

A E Q U A L I T A S

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES



NÚMERO 27

JULIO-DICIEMBRE 2010

PERIODICIDAD SEMESTRAL





CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTORA

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

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

SUBDIRECTORA

ROSA BORRAZ PALLARÉS

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

SECRETARIA TÉCNICA

Documentación y Publicaciones del Instituto Aragonés de la Mujer.

Departamento de Servicios Sociales y Familia.
Gobierno de Aragón.

VOCALES

■ GABRIEL GARCÍA CANTERO

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

■ ALTAMIRA GONZALO VALGAÑÓN

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

■ RICARDO PINA

Abogado.
Coordinador 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^a JOSÉ SÁNCHEZ MARTÍN

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

■ CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE

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

■ MARÍA JOSÉ LOPERA CASTILLEJO

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

EDITA:

■ Instituto Aragonés de la Mujer.

Departamento de Servicios Sociales y Familia.
Gobierno de Aragón.

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

■ Universidad de Zaragoza.

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

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN: Los Sitios talleres gráficos.

DEPÓSITO LEGAL: Z-1508-99

ISSN: 1575-3379

■ www.unizar.es/gobierno/vr_institucionales/catedras/genero/aequalitas/aequalitas24.pdf

■ <http://portal.aragon.es/portal/page/portal/IAM/PUBLICACIONES/REVISTAS/Aequalitas>

CONSEJO ASESOR

■ ANA FERNÁNDEZ ABADÍA

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

■ FERNANDO GARCÍA VICENTE

Justicia de Aragón.

■ FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

■ JOSÉ MARÍA RIVERA HERNÁNDEZ

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

■ VEGA ESTELLA IZQUIERDO

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

■ MARÍA JOSÉ PONCE MARTÍNEZ

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

■ JOSÉ IGNACIO GUTIÉRREZ ARRUDI

Decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

■ JUAN JOSÉ BRUN ARAGÜÉS

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Huesca.

■ 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

Inspectora. Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

■ ELISA SIERRA

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

■ CARMEN ORTÍZ LALLANA

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

■ MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

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

■ ROBERT ALEXY

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

■ ALFONSO RUIZ MIGUEL

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

■ DOLORES SERRAT MORÉ

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

■ TERESA PÉREZ DEL RÍO

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

■ FERNANDO REY MARTÍNEZ

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

■ PALOMA DURÁN Y LALAGUNA

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

■ AMPARO BALLESTER PASTOR

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

■ MARÍA ÁNGELES BARRERE UNZUETA

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

■ BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO

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

■ MARÍA PILAR DE LUIS CARNICER

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

■ LUIS NAVARRO ELOLA

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

■ CARMEN SÁEZ LARA

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

■ ASUNCIÓN VENTURA

Profesora Titular de Derecho Constitucional.
Facultad de Derecho. Universidad 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

1

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

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

2

Los originales serán remitidos a la directora de la revista:

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

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

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

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

3

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

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

4

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

5

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

FE DE ERRATAS

La autora del artículo "La paridad participativa en la obra de Nancy Fraser", publicado en el nº 26 de *Aequalitas* (2010), pp. 58-70, es Martha Palacio Avendaño.

Esta subsanación ha sido realizada también en la versión electrónica de la revista.



En este número 27 de la revista se abordan en profundidad algunos temas novedosos. La profesora Ballester Pastor, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia, aporta los resultados de una reciente investigación realizada en Canadá subvencionada por el *International Council for Canadian Studies* sobre la política antidiscriminatoria canadiense por razón de sexo y por razón de edad, ofreciendo datos valiosos en un momento en que países como Francia y España están discutiendo reformas legales sobre la edad de la jubilación. Ello cumple con otro de los objetivos de la revista como es ofrecer al legislador español pautas sobre la legislación de otros países que puedan servir de referencia.

La abogada Carmen López-Rendo analiza exhaustivamente el nuevo artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social y su incidencia en la pensión compensatoria en los supuestos de separación y divorcio, ofreciendo a su vez un amplio estudio jurisprudencial. En su extenso artículo propone concretas reformas de *lege ferenda* para el legislador español, basadas en su experiencia en la práctica de la abogacía y en su participación activa en anteriores reformas legislativas.

Entre los comentarios a la Jurisprudencia, en este caso de la Sentencia 214/2006, del Tribunal Constitucional, se incide en un tema clásico, a saber la protección de las mujeres frente a la discriminación por motivo de embarazo, insistiendo la autora en el hecho de que el embarazo no debe tratarse como una enfermedad, principio que quedó sentado ya en las Directivas comunitarias y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entre otras la Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, tema ya tratado en anteriores artículos de la revista (Cfr., ROFES Y PUJOL, M.I., “El embarazo no es una enfermedad”, *Aequalitas*, nº 1, (1999), pp. 20-23).

En el foro de debate contamos con dos aportaciones innovadoras. La primera, titulada “La violencia de género en el colectivo extranjero: factores culturales e indicadores de prevención”, ha recibido el Primer Premio de Investigación Feminista Concepción Gimeno de Flaquer en el año 2009, convocado por el SIEM (Seminario Interdisciplinar de Estudios de la Mujer). En esta investigación se dedica una especial atención a la violencia de género en las mujeres inmigrantes de origen chino. Siendo una característica de esta revista su enfoque intercultural (en la línea de hablar sobre los grupos culturales oyendo su voz y con sus propias aportaciones), nos honra contar como coautora de dicho artículo con Fang Pan, filóloga e intérprete china, junto con Jorge Fleta Asín, Profesor Asociado de la Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de la Universidad de Zaragoza.

Por otra parte, el artículo aportado por Carmen Mesa y Félix Gracia (ocupando los cargos en el primer caso de Jefa de Sección de Planificación y Programación del Instituto Aragonés de la Mujer y en el segundo caso de Asesor Técnico del Departamento de Servicios Sociales y Familia del Gobierno de Aragón), está avalado por su propia experiencia como actores de la Administración Autonómica de Aragón en la puesta en práctica de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (LAAD) y el Sistema Público de Servicios de Aragón.

Les agradecemos desde aquí el esfuerzo realizado, ya que no existían apenas análisis datados sobre la puesta en práctica de dichas leyes, con el impacto de género en relación con los/las receptores de dichas ayudas económicas.

En los próximos números de la Revista del Año 2011 el Consejo de Redacción invita a enviar artículos relacionados con otros temas novedosos como son la puesta en práctica por la jurisprudencia de la figura de “custodia compartida” (tema al que se dedicó ya un número monográfico de la revista *Aequalitas*, nº 7, en el año 2001 y nº 18, en 2006); la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la ruptura de convivencia de los padres; los nuevos problemas jurídicos derivados de la inmigración en el Derecho de Familia; la proyectada reforma de la Ley del Registro Civil que llevará a la sustitución del Libro de Familia por un certificado registral individual para cada persona; el Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles; la experiencia de la asistencia letrada en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; y cuestiones relacionadas con las pensiones de viudedad y los planes de pensiones privados desde una perspectiva de género, sin necesidad de que las aportaciones se vean limitadas a las temáticas señaladas.

María Elósegui Itxaso

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza.
Directora de la Revista *Aequalitas*

**Últimos
acontecimientos
en la política
antidiscriminatoria
canadiense,
particularmente
por razón de sexo:**

**LAS NUEVAS CAUSAS Y
LA CRISIS INSTITUCIONAL** ■

POR MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR.
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia.

DERECHO COMPARADO



RESUMEN

El tema fundamental que el artículo plantea es el de la repercusión de la aparición de nuevas causas de discriminación prohibidas (de nueva generación) en el firme marco normativo e institucional en torno a la discriminación por razón de sexo que hasta ahora regía en Canadá. También plantea las consecuencias que, en la evolución del principio antidiscriminatorio, está teniendo cierta crisis institucional de las Comisiones de Derechos Humanos Canadienses, unos órganos emblemáticos que hasta la fecha han garantizado la efectividad del principio antidiscriminatorio en Canadá. El artículo destaca que el nuevo contexto puede implicar la aparición de un marco de excepciones y matizaciones al principio antidiscriminatorio general, particularmente en relación con el sexo, que el contexto anterior definitivamente no favorecía.

Palabras clave: discriminación, legislación canadiense, género

ABSTRACT

Latest developments on the Canadian non-discrimination policy, particularly in relation to gender: new causes and institutional crisis

The main subject of the article is on one of the consequences of the appearance of new causes for forbidden discrimination (new generation causes) in the solid legislative and jurisprudential protection against sex discrimination that has so far existed in Canada. This article also analyzes the consequences that, in the evolution of the non-discrimination principle, the Canadian Human Rights Commissions institutional crisis is producing, taking into account that up to now these Commissions have been the guardians of the non-discrimination principle in Canada. The new context could bring an extensive frame of exceptions to this principle, particularly in relation to discrimination because of gender, which could lead to a new situation in Canada.

Key words: discrimination, Canadian law, gender

1

El presente ha sido subvencionado por el International Council for Canadian Studies (Gobierno de Canada) -Faculty Research Program- convocatoria 2010. Mi sincero agradecimiento tanto al Gobierno Canadiense como a las profesoras Judy Fudge (University of Victoria) y Colleen Sheppard (McGill University) por sus sabias aportaciones y por haber encauzado mis pasos en esta investigación.



1. CONTEXTO NORMATIVO DE LA DISCRIMINACIÓN EN CANADÁ: LA REPERCUSIÓN DE LA APARICIÓN DE CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN PROHIBIDAS DE NUEVA GENERACIÓN EN LAS CAUSAS ANTIDISCRIMINATORIAS CLÁSICAS, PARTICULARMENTE POR RAZÓN DE SEXO

Cuando se plantea el análisis del principio antidiscriminatorio es frecuente que se tienda a centralizar la cuestión en torno a las dos causas clásicas que, desde una perspectiva histórica, en mayor medida han contribuido a configurarlo como uno de los ejes de la realidad jurídico laboral del mundo occidental: la raza y el sexo.

El primer factor, que continúa evolucionando², fue el que desencadenó, en la década de los 60, las reivindicaciones lideradas por la comunidad negra en Estados Unidos que condujeron a la Carta de Derechos Civiles de 1964, generalmente considerada el germen del principio antidiscriminatorio, dando lugar a un desarrollo doctrinal y jurisprudencial que se ha expandido a todo el mundo³.

La segunda, el sexo, expresamente referida también en la Carta de Derechos Civiles de Estados Unidos, fue el eje de la consolidación del principio antidiscriminatorio en los años posteriores, dando lugar a una teorización intensa y a un desarrollo normativo generalizado.

Otras causas de discriminación prohibidas han ido progresivamente incorporándose a la protección dispensada por el principio antidiscriminatorio en los ordenamientos occidentales, configurando poco a poco un marco de diferencias de trato intolerables, que reflejan perfectamente el sistema de valores dominante.

Pero como consecuencia de esta configuración continuamente variable y tendencialmente expansiva de las causas de

discriminación prohibidas se produce una convivencia a veces compleja entre las causas clásicas de discriminación, particularmente por razón de género, que dispone de una doctrina antidiscriminatoria firme y consolidada, y las causas de nueva generación, algunas de las cuales admiten numerosas excepciones y configuran una evidente degradación de los firmes principios antidiscriminatorios clásicos.

Sirva como ejemplo de esta degradación causal el tratamiento otorgado a la edad, pese a que es una de las causas de discriminación prohibida más generalmente admitida tanto en el ámbito de los ordenamientos internos como en la normativa de la Unión Europea. Un referente suficientemente significativo de esta compleja concepción es el actual art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que, tras la reforma operada por el Tratado de Amsterdam en 1997, configuró, como causas susceptibles de actuación comunitaria, las siguientes: sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. En la formulación de este precepto comunitario la edad parece una causa de discriminación tan reprobable como las otras, pero a poco que se profundice en el tratamiento jurídico aportado por la propia normativa comunitaria es fácil advertir que la edad no tiene el mismo rango que el resto de causas: de un lado, la discriminación por razón de sexo dispone de una formulación específica más intensa (siquiera por su aplicación directa) en el mismo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 157); de otro lado, el art. 6 de la Directiva 2000/78 (Directiva antidiscriminatoria general en desarrollo de algunas de las causas prohibidas por el art. 157 del Tratado de Funcionamiento) contiene un gran número de excepciones al principio antidiscriminatorio por razón de la edad que no existen para las otras causas⁴. Finalmente, la jurisprudencia del TJUE ha centrado la cuestión de la legitimidad de la jubilación obligatoria en su virtualidad como instrumento de política de empleo⁵, sin entrar en ulteriores consideraciones acerca de su legitimidad intrínseca.

2

THORNTON Y LUKER, "The New Racism in Employment Discrimination: Tales from the Global Economy", *The Sydney Law Review*, vol. 32, No 1, 2010, analizan el modo en que ha evolucionado el principio antidiscriminatorio en el empleo por razón de la raza con posterioridad a los atentados del 11 de Septiembre.

3

Por ejemplo, el propio concepto de discriminación indirecta, que actualmente forma parte del concepto de discriminación prohibida en la Unión Europea y en la mayoría de los países occidentales, nació a partir de un conflicto suscitado por una discriminación étnica. *Griggs v. Duke Power*, 401 US 424.

4

Analizaba la degradación de la edad como causa discriminatoria comunitaria en BALLESTER PASTOR, "Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar", en BALLESTER PASTOR (Coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio al ordenamiento jurídico laboral español*, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp. 26 y ss.

5

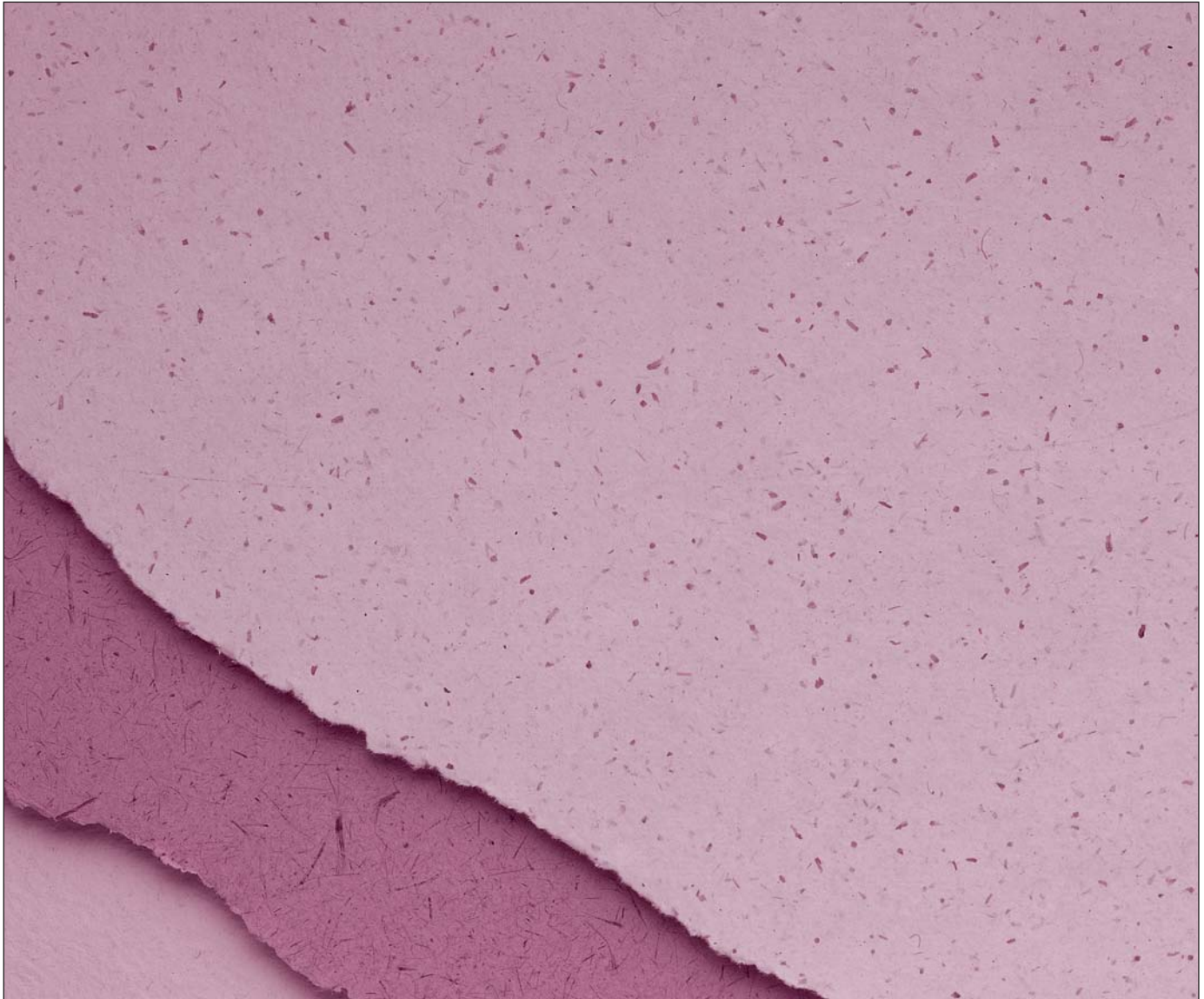
Por ejemplo, SSTJUE dictadas en los asuntos Petersen, STJUE de 12 de Enero de 2010, C-341/08 y Rosenbladt STJUE de 28 de Abril de 2010, C45/09). Un comentario sobre el alcance de la doctrina jurisprudencial comunitaria sobre la discriminación por razón de la edad, entre otros, por TAPIA HERMIDA, "La edad como criterio normativo. Conculcación de la libertad de trabajar y del derecho al trabajo", *Trabajo y Seguridad Social*—CEF—, 326, 2010, pp. 82 y ss.

6

En el asunto *Age Concern England*, STJUE de 18 de Diciembre de 2008, C-306/07, el Tribunal de la Unión Europea admitió la legitimidad comunitaria de una edad máxima de terminación contractual configurada normativamente como instrumento de política de empleo.

7

Configurado en la DA 10 ET. El mecanismo español fue declarado acorde al derecho comunitario por el TJUE, incluso en el supuesto de que la finalidad de generación de empleo no constara expresamente en el convenio colectivo. Asunto *Palacios de la Villa*, STJUE de 16 de Octubre de 2007, C-411/05.

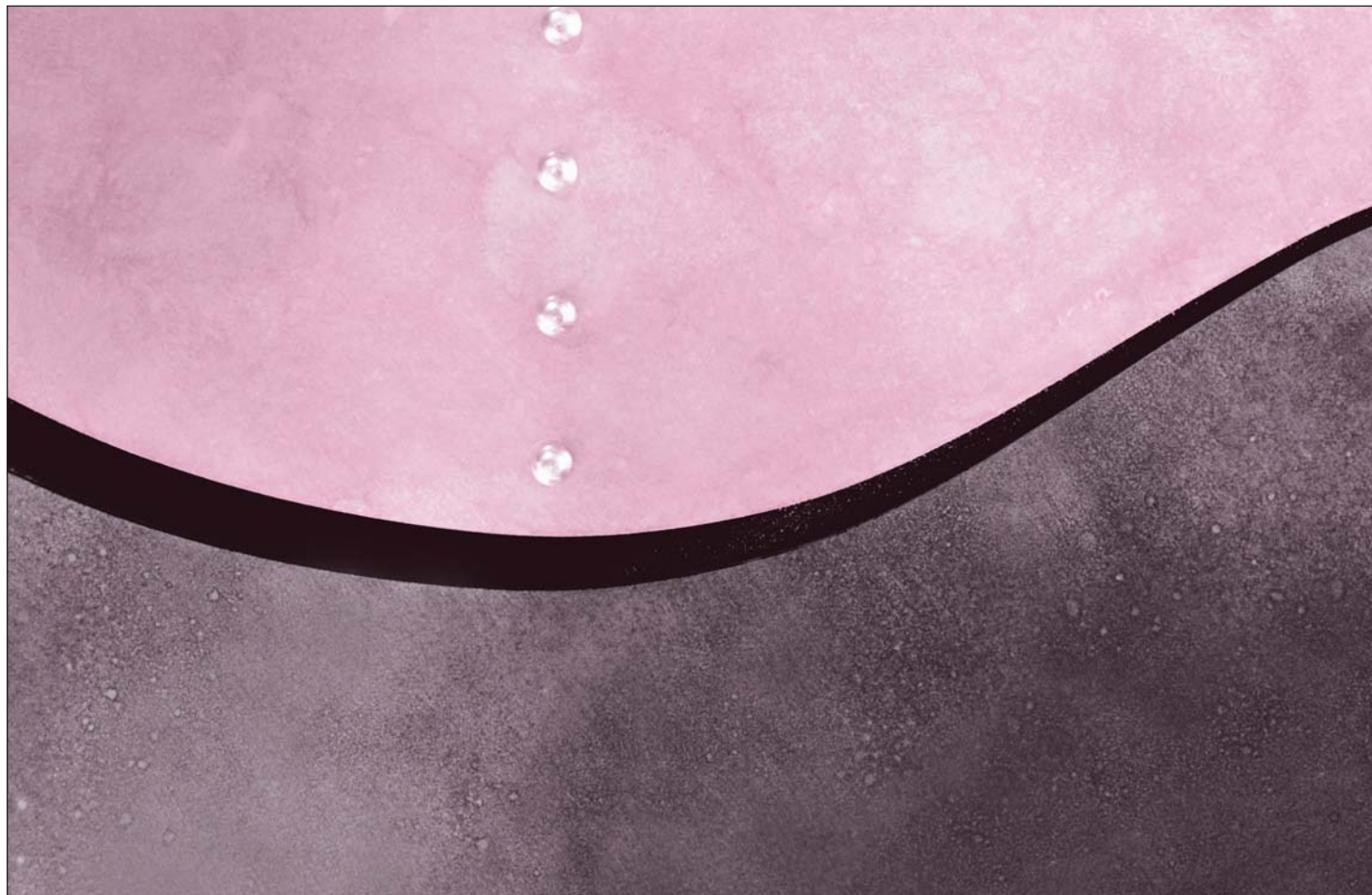


Si se traslada la cuestión a los ámbitos de la regulación interna la situación es semejante. La legislación británica (legitimada por el TJUE)⁶ autoriza el trato diferenciado para los mayores de 65 años. También la legislación española autoriza las diferencias de trato por razón de la edad a través de la negociación colectiva cuando tienen como objetivo la generación de empleo⁷. Otros indicios más sutiles dan cuenta asimismo, en el ordenamiento español, de la degradación de la edad como causa de discriminación prohibida. Así, existe una prohibición de discriminación general en el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores que se refiere tanto a la edad como a la discapacidad, el sexo, el origen, incluido el racial o étnico, el estado civil, la condición social, la religión o

convicciones, las ideas políticas, la orientación sexual, la adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, los vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y la lengua. Pero a poco que se profundice se advierte, como en el caso comunitario, que la norma laboral española otorga también una mayor protección frente a la discriminación por razón de sexo (tanto por lo establecido en la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva –ley 3/2007–, como por otras referencias en el propio texto del Estatuto de los Trabajadores –por ejemplo, art. 28 ET, sobre igualdad de remuneración por razón de sexo–). Asimismo, en la propia formulación del art. 17 ET se advierte que el legislador ha querido otorgar un tratamiento diferenciado a la edad, puesto que solo para esta cau-

sa y para la discapacidad admite la validez de discriminaciones “favorables”. Pese a lo que pudiera parecer resulta evidente que esta equiparación a la discapacidad en el art. 17 del texto estatutario español no significa que la edad adquiera el mismo rango que la discapacidad en el ámbito de la protección antidiscriminatoria: Al contrario, puesto que la edad es una causa sin adscripción clara la posibilidad de discriminación favorable que se establece en el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores español, es en realidad, una especie de patente de corso que legitima prácticamente cualquier acción diferenciadora por razón de edad.

La cuestión que inevitablemente queda planteada es hasta qué punto la aparición de estas causas tibias de dis-

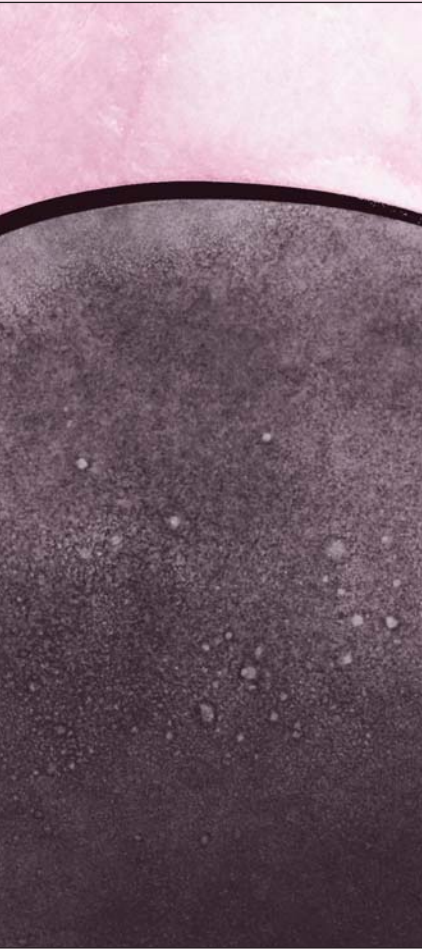


criminación prohibidas de nueva generación es susceptible de alterar un marco normativo e institucional tan firme como el que se había configurado hasta ahora en torno a la discriminación por razón de sexo. La experiencia canadiense es particularmente valiosa, porque su ordenamiento tiene tanto influencias de la consolidada e intensa doctrina norteamericana en torno al principio antidiscriminatorio (con su firme desarrollo conceptual de origen jurisprudencial) como de la doctrina europea (con su configuración normativa más desarrollada). La evaluación que han sufrido las instituciones clásicas antidiscriminatorias con la aparición y desarrollo de las causas de discriminación prohibidas de nueva generación es particularmente interesante, porque puede indicar la dirección en que avanza (o tal vez retrocede) la protección antidiscriminatoria por razón de sexo. Esta es la perspectiva del presente trabajo: se toma como referencia la causa de la edad porque es, de las nuevamente

configuradas, la que más quiebras plantea con relación al tratamiento otorgado hasta ahora a la discriminación por razón de género. Se sitúa, asimismo, en el ordenamiento canadiense, porque permite una comparación de ordenamientos y de estrategias que difícilmente se encuentra en otros países. Y, finalmente, pretende configurar un marco comparativo entre causas de discriminación prohibidas, poniendo en el centro la discriminación por razón de sexo, a la luz de instituciones antidiscriminatorias que, hasta la fecha, han tenido una eficacia indudable en la lucha antidiscriminatoria pero que actualmente se enfrentan a momentos críticos: las Comisiones de Derechos humanos canadienses.

Podría decirse que en Canadá tradicionalmente la edad era una causa menor de discriminación prohibida que admitía numerosas excepciones en las legislaciones de Derechos Humanos de las provincias canadienses (que son los textos normativos en los que se regula el principio antidiscrimi-

minatorio). La diferencia legítima más llamativa era la posibilidad de que la protección antidiscriminatoria desapareciera con el cumplimiento de los 65 años, lo que venía a legitimar todo tipo de jubilaciones obligatorias a instancia empresarial. Pero en los últimos años en Canadá se asiste a una interesante alteración de estos planteamientos: de un lado, la tendencia normativa actual ha eliminado cualquier vestigio legitimador de la jubilación obligatoria a instancia empresarial mediante la alteración de los textos de las legislaciones de Derechos Humanos de las provincias canadienses; de otro lado, la jurisprudencia canadiense, que antes de la reforma normativa de dichos textos ya se había pronunciado acerca de la necesidad de que las diferencias de trato atendieran a criterios de razonabilidad, ha adoptado recientemente una postura mucho más rotunda, exigiendo para la justificación de diferencias la concurrencia de los factores necesarios para aplicar la doctrina de la *Bo-*



8

En este asunto la Corte de Apelación Federal consideró discriminatorio por razón de la edad el establecimiento de los 60 años como edad de jubilación obligatoria de los pilotos en líneas aéreas, si no se habían agotado las posibilidades de traslado a puestos compatibles con los requerimientos de la asociación de navegación aérea internacional (que en la fecha en que se planteó el litigio establecía la edad máxima de 60 años en los vuelos internacionales). *Vilven v. Air Canada*, (2009) FC, 367; y *Vilven v. Air Canada* (2009), CHRT, 24 (éste se corresponde con la posterior resolución del Tribunal Federal de Derechos Humanos al que se devolvieron las actuaciones para nueva Resolución).

9

New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc. (2008) 2, SCR, 604.

10

Describe estas interesantes aportaciones a la efectividad del sistema de protección antidiscriminatoria de las Comisiones de Derechos Humanos en Canadá MENDELZON, “Rights, Remedies and Rhetoric: on a Direct Access Model for Human Rights Complaints in Ontario”, *Journal of Law and Equality*, Vol. 6, n° 1, 2008, p. 56.

11

Por ejemplo, estas directrices han sido referidas por la Corte Suprema de Ontario en *Assn. Of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)*, (2008), 92 OCR (3d) 16, par. 45.

na Fide Occupational Requirement (en términos de la normativa comunitaria “requisito profesional esencial y determinante”) incluyendo la necesidad de que se agoten todos los mecanismos razonables de acomodación del puesto al trabajador/a –por ejemplo en 2009 asunto *Vilven v. Air Canada*⁸. No faltan, sin embargo, las matizaciones jurisprudenciales a la posibilidad de la jubilación obligatoria que se niegan a abandonar definitivamente su legitimidad y autorizan consiguientemente la jubilación a instancia empresarial si viene formulada en el correspondiente plan de pensiones –por ejemplo, en 2008 *Asunto Potash*⁹. Los pronunciamientos jurisprudenciales son muy recientes y está pendiente la consolidación doctrinal de sus presupuestos pero no hay duda de que, en este momento en el ordenamiento canadiense, la edad como causa de discriminación prohibida es objeto de un profundo debate normativo y social. Particularmente interesante es el tratamiento otorgado a la cuestión en las legislaciones de Derechos Humanos canadienses (las trece jurisdicciones provinciales y la jurisdicción federal). Con el sonido de fondo de una doctrina jurisprudencial diletante los órganos de Derechos Humanos (particularmente las Comisiones de Derechos Humanos) van evolucionando en torno a la cuestión y sufriendo sus propias crisis institucionales.

2. LA PROTECCIÓN DISPENSADA POR LAS LEGISLACIONES DE DERECHOS HUMANOS CANADIENSES

Las Comisiones de Derechos Humanos canadienses han sido, desde su configuración, los baluartes del principio antidiscriminatorio en Canadá tanto por su tarea educativa como por su actividad resolutoria mediante sus procedimientos informales de gestión extrajudicial de conflictos. La actuación de las Comisiones de Derechos Humanos se complementa con la de los Tribunales de Derechos Humanos (con poderes dirimientes) cuya intervención, hasta hace poco, estaba reservada exclusivamente a la iniciativa de la propia Comisión de Derechos Humanos. El sistema confi-

gurado, tanto en la fase de intervención de la Comisión como, en su caso, del Tribunal de Derechos Humanos correspondiente tiene naturaleza extrajudicial. La principal virtualidad del sistema de protección antidiscriminatoria configurado en torno a la legislación de Derechos Humanos ha sido tradicionalmente la gran fuerza que en el mismo adquirirían las Comisiones para promover el acuerdo entre las partes (fundamentalmente porque la intervención del Tribunal de Derechos Humanos correspondiente hasta hace poco sólo se producía a instancia de la Comisión, lo que servía como instrumento promocional de la solución autónoma generalmente propuesta por la propia Comisión) así como la agilidad que imprimían al proceso (lo que garantizaba asimismo el acceso de todas las personas) y la diversificación de sus funciones (investigación, educación, asesoría...)¹⁰. Actualmente los temas que, con relación a la discriminación por razón de la edad, más interés están mostrando son los criterios configurados al respecto por las Comisiones de Derechos Humanos y la propia crisis institucional que sufren las Comisiones.

2.1

Los criterios adoptados por las Comisiones de Derechos Humanos canadienses en torno a las causas de nueva generación y particularmente ante la edad: el avance

El alcance real del principio configurado en las legislaciones de Derechos Humanos ha quedado tradicionalmente en manos de las Comisiones de Derechos Humanos que, habilitadas por las propias legislaciones de Derechos Humanos, tienen competencia para la elaboración de directrices y guías interpretativas que en la práctica han tenido una gran importancia en la interpretación dispensada por los Tribunales de Justicia canadienses¹¹. Resalta particularmente en la actuación de las Comisiones mediante estas directrices su tendencia a aplicar sin restricciones relevantes los mismos conceptos antidiscriminatorios configurados fundamentalmente para la discriminación por



género (por ejemplo, discriminación indirecta) y para las otras causas de discriminación prohibidas (por ejemplo, adecuación razonable). Esta equiparación conceptual resulta particularmente importante porque refuerza el alcance de los conceptos integrantes de la identificación y protección por actos discriminatorios en general, evitando que se justifiquen eventuales quiebras tanto en las causas nuevas como en las clásicas. Entre las varias jurisdicciones canadienses (las provinciales y la federal) destacan las directrices sobre edad publicadas por la Comisión de Derechos Humanos de Ontario¹² (en adelante OHRC) –*Policy on discrimination against older people because of age*¹³– que, en su momento, tuvieron una importancia fundamental para la modificación de la legislación de Derechos Humanos de Ontario y del resto de provincias canadienses sobre la jubilación obligatoria (que hasta hace menos de diez años legitimaban en su mayoría el trato diferencial para personas mayores de 65 años). Su contenido esencial se sintetiza a continuación:

1

El ámbito material de las Directrices abarca un espectro muy amplio: empleo, acceso a bienes y servicios, vivienda, contratos y pertenencia a asociaciones. El ámbito subjetivo se refiere al colectivo de personas mayores, pero sin establecer una edad de referencia a partir de la cual se considera existente la posible concurrencia de causa discriminatoria¹⁴. En las Directrices de la OHRC se diferencia entre *ageism* y discriminación por razón de edad: el primer concepto se refiere a actitudes ambientales contra las personas mayores, el segundo a actuaciones contrarias por discriminatorias a la legislación de Derechos Humanos. Las Directrices también destacan la frecuente concurrencia de varias causas de discriminación prohibidas que pueden producirse simultáneamente con la edad. La configuración de la edad como causa de discriminación prohibida tiene una trascendencia social ambiental y una conexión cruzada con otras causas de discriminación

prohibida de alcance similar a la que se produce en el caso de discriminación por razón de género.

2

Las Directrices reproducen la interpretación de la Corte Suprema de Canadá para que prospere un caso de discriminación por razón de la edad. Esta jurisprudencia requiere la concurrencia de tres elementos:

- I existencia de un tratamiento diferenciado;
- II por alguna de las causas prohibidas (entre las que se encuentra la edad);
- III provocando una discriminación sustancial por cuanto atenta a la dignidad de las personas al fundarse en estereotipos.

Resulta particularmente interesante que la estrategia de lucha antidiscriminatoria por razón de la edad que sintetizan las directrices de las Comisiones de Derechos Humanos es la que generalmente se aplica, para cualquier causa de discriminación prohibida, por la doctrina judicial canadiense. Resalta también la referencia a la dignidad, que actúa como parámetro de referencia de todas ellas.

3

Tan solo las diferencias discriminatorias por razón de la edad son contrarias a la legislación de Derechos Humanos de Ontario, pero no aquellas diferencias que tienen como objetivo establecer beneficiosas preferencias para las personas mayores de 65 años. Esta formulación viene a ser una forma de acción afirmativa como mecanismo para la consecución de la igualdad real, con un alcance similar al que resulta aplicable en la protección antidiscriminatoria por razón de sexo.

4

Es posible que la diferencia de trato hacia las personas mayores resulte justificada, sin constituir por tanto trato discriminatorio, cuando constituya un *bona fide occupational requirement* (en adelante BFOR), esto es, cuando la edad requerida venga exigida por el

desarrollo de la actividad. Para ello resulta necesario que el requisito de la edad se haya establecido con un propósito que esté racionalmente conectado con la función a desarrollar; que se adopte con buena fe, con el convencimiento de que es necesario para satisfacer el objetivo del trabajo; y que no sea posible la acomodación del trabajo a la situación del trabajador/a sin exigir un sacrificio desproporcionado (*to accommodate without undue hardship*). Resulta particularmente interesante que el BFOR tan solo puede ser alegado en caso de imposibilidad de acomodación del puesto de trabajo. De hecho en las Directrices elaboradas por la OCHR se dedica una especial atención a la necesidad de que el empresario/a agote las posibilidades de acomodación. Es la misma doctrina que encuentra apoyo jurisprudencial en el asunto *Vilven (supra)*. Gran interés adquiere en el texto de las Directrices que la jubilación parcial gradual se describa como una posibilidad

12

En el presente trabajo se refieren como “directrices” porque el concepto de “policies” con el que se denominan resulta de difícil traslación al idioma castellano (porque propiamente no se identifican con “políticas”, pese a lo que pudiera parecer).

13

Aprobado por la Ontario Human Rights Commission el 26 de Marzo de 2002. Existieron cambios posteriores en Febrero de 2007 y en Diciembre de 2009 (estos últimos para adecuar las Directrices al cambio en la legislación de Derechos Humanos de Ontario que se produjo en 2006 –con efecto a partir del 30 de Junio de 2008– sobre prohibición de la jubilación obligatoria).

14

Esta configuración se diferencia de la protección antidiscriminatoria por edad dispensada por la legislación de Estados Unidos (*Age Discrimination in Employment Act* de 1967), que aplica la protección a los mayores de 40 años. Sobre su alcance, por todos, NEUMARK, “Age discrimination legislation in the United States”, *NBER Working Paper Series*, working paper 8.152, Marzo 2001, pp. 5 y ss.

15

Los casos paradigmáticos de la Corte Suprema canadiense durante la década de los 90 fueron los siguientes: *Mc Kinney v University of Guelph*, (1990), 3 SCR 229; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, (1990), 3 SCR 483; *Harrison v. University of British Columbia*, (1990), 3 SCR 451; *Douglas/Kwantlen Faculty Association v Douglas College*, (1990), SCR 570; *Dickason v. University of Alberta*, (1992), 2 SCR 103.



de acomodación, junto a la configuración de jornadas flexibles y otras adecuaciones temporales del trabajo. El derecho a la acomodación obliga al empresario/a a un diseño de los puestos de trabajo que evite la exclusión de las personas trabajadoras mayores. (No puede olvidarse, sin embargo que pese a la configuración establecida en estas Directrices de la OHRC la jurisprudencia de la Corte Suprema Canadiense ha admitido la posibilidad de que los planes de pensiones establezcan jubilaciones obligatorias, sin necesidad de que, en tal caso, su configuración siga los criterios de la BFOR).

5

Las Directrices de la OCHR establecen la prohibición de conductas discriminatorias indirectas por razón de la edad, por ejemplo consistentes en el rechazo de candidatos/as por excesiva experiencia, por hipercualificación o por excesiva especialización, a me-

nos que estén estrictamente relacionados con el desarrollo del trabajo. También advierte de la posibilidad de conductas discriminatorias en caso de despidos por reorganización empresarial o por crisis, que pueden implicar discriminación por razón de la edad detectable a partir de datos estadísticos. Otros elementos que pueden conducir a discriminaciones indirectas por razón de la edad son la utilización de criterios subjetivos, como el entusiasmo, la flexibilidad o la voluntad de adaptación, en lugar de criterios objetivos derivados de la calidad del trabajo y de las cualidades individuales de la persona.

6

Particular importancia se otorga en las Directrices elaboradas por la OHRC a la jubilación, en parte matizando la interpretación que hasta ahora se había hecho de la jubilación obligatoria por parte de los Tribunales canadienses. La postura de la OCHR sobre la

materia se manifiesta en torno a dos fenómenos, la jubilación obligatoria y la jubilación anticipada. Con relación a la jubilación obligatoria (acerca de la cual existe una voluminosa doctrina jurisprudencial en Canadá) la OHRC se manifiesta con total rotundidad estableciendo que, aunque en el pasado se había admitido la legalidad de las jubilaciones obligatorias a instancia empresarial por cumplimiento de la edad de jubilación¹⁵, en la actualidad esta posibilidad es inaceptable. Refiere la OHRC al respecto que la jurisprudencia canadiense no es tan rotunda como lo fue antaño acerca de la legitimidad de las jubilaciones obligatorias a instancia empresarial, y que actualmente exige un análisis específico de cada caso a efectos de determinar si la medida es razonable y proporcionada, en atención exclusivamente a la concurrencia de BFOR. Refiere asimismo la OCHR que no es aceptable, al respecto, justificar una jubilación obligatoria a instancia empresarial en



atención a características presuntas de un determinado grupo de edad y que es imprescindible probar que previamente se han agotado las posibilidades razonables de acomodación. Se advierte inmediatamente, pues, que el BFOR queda considerablemente merchado como mecanismo para la legitimación de jubilaciones obligatorias e instancia empresarial. Existe otro factor que refuerza, en las Directrices de la OHRC, esta dificultad aplicativa de la jubilación obligatoria a instancia empresarial: ni siquiera los convenios colectivos están legitimados para permitir jubilaciones obligatorias si no cumplen los requisitos establecidos para la aplicación de la BFOR (en los términos restrictivos que más arriba se han expuesto). Con relación al otro término de la cuestión, la jubilación anticipada integrada en paquetes de beneficios de naturaleza empresarial o convencional, su legitimidad viene condicionada a

que no traigan aparejada la amenaza de despido por causa económica o que, de cualquier modo, impliquen un trato peyorativo para el colectivo de personas trabajadoras cuya edad se acerca a la de jubilación.

La principal característica de la regulación de la prohibición de discriminación por razón de la edad en la legislación de Derechos Humanos de las diferentes jurisdicciones canadienses es su grado de compromiso y sus elevados estándares. La postura de las Comisiones de Derechos Humanos (siendo la OHRC un buen ejemplo de ello) es rotunda con relación a la identificación y represión de conductas discriminatorias por razón de la edad.

La gran trascendencia que otorgan las Comisiones canadienses de Derechos Humanos a la discriminación por razón de la edad es el mecanismo más

efectivo para garantizar su aplicabilidad real dado que las tasas de acceso a los mecanismos jurisdiccionales reclamando la aplicación del principio antidiscriminatorio por razón de la edad son bajas. Incluso la posibilidad de reclamación judicial contra las resoluciones de los Tribunales de Derechos Humanos (como órganos dirimientes de intervención posterior a las Comisiones) es escasamente utilizada porque los Tribunales de Justicia ordinarios suelen seguir los criterios de las Comisiones y Tribunales de Derechos Humanos, lo que implica que las revocaciones de sus resoluciones suelen limitarse a los errores muy evidentes y no a diferentes valoraciones de sus criterios¹⁶. La mayoría de los conflictos suele resolverse en los órganos de las Comisiones de Derechos Humanos conforme a acuerdos favorecidos por mecanismos de conciliación y mediación.



2.2

La crisis institucional de las Instituciones de Derechos Humanos: una nueva etapa en los mecanismos de garantía contra la discriminación en Canadá. El retroceso

En los últimos años las Comisiones de Derechos Humanos canadienses han sido objeto de críticas en algunos medios de comunicación que les han achacado radicalismo en sus planteamientos así como falta de garantías procesales mínimas. Desde la doctrina se han contestado estas críticas¹⁷, que en parte parecen haber surgido de incorrectas interpretaciones de las cifras y de cierto desconocimiento de la informalidad que rige el proceso de reclamación (lo que constituye precisamente uno de sus principales atractivos). Existe también, en el fondo, un debate ideológico más o menos interesado que, desde ámbitos conservadores (los que actualmente rigen el Gobierno canadiense) consideran que las Comisiones de Derechos Humanos canadienses se han radicalizado demasiado en sus planteamientos antidiscriminatorios (aunque lo que estos sectores consideran radicalización puede también ser considerado rigor y acceso generalizado de todos los colectivos a la protección dispensada). En todo caso resulta evidente que el sistema tenía defectos¹⁸ fundamentalmente porque el gran volumen de casos planteados ante las Comisiones ha hecho que se resintiera gravemente su

agilidad. Al final, la intervención de las propias Comisiones ha llegado a verse no propiamente como un mecanismo facilitador de la resolución, sino como un trámite hacia la resolución dirimente de los Tribunales de Derechos Humanos. Desde esta perspectiva, la actual configuración resultaba ciertamente frustrante, porque solo la Comisión correspondiente tenía competencia, conforme a la legislación de Derechos Humanos, para instar el oportuno procedimiento dirimente ante el Tribunal de Derechos Humanos.

Esta situación explica los cambios esenciales que se han producido en los últimos años en el ámbito de la actividad resolutoria de los órganos de Derechos Humanos canadienses. La principal novedad es que se han introducido en algunas jurisdicciones (por ejemplo British Columbia en 2002 y en Ontario en 2006) reformas en los textos legislativos de Derechos Humanos que posibilitan que los casos de discriminación se planteen directamente ante los Tribunales de Derechos Humanos, sin que dicha instancia tenga que hacerse forzosa a través de la Comisión de Derechos Humanos. De este modo se pretende imprimir agilidad al sistema y eliminar de raíz las críticas a la arbitrariedad por la exclusividad en la instancia de las Comisiones. Pero también resulta evidente que este cambio implica una renuncia al principal mérito del sistema clásico de preeminencia de las Comisiones: el sistema de resolución de controversias de Derechos Humanos pasará a ser fundamentalmente contradictorio (o adversarial en terminología inglesa), lo que implicara una disminución del ámbito de la protección dispensada, tanto en su vertiente subjetiva (siquiera porque los más desfavorecidos dejaran de estar representados y asesorados por la propia Comisión ante el Tribunal) como material (porque la Comisión en el proceso garantizaba la intervención neutral de la sociedad en el mismo y aseguraba que no se perpetuaran estereotipos). La reforma, en definitiva, fomenta el formalismo cuasi procesal de la actuación litigiosa

ante el Tribunal de Derechos Humanos en lugar de fomentar verdaderamente la eficacia de los mecanismos informales de resolución mediante una mayor inversión en los mismos¹⁹ susceptible de revertir la tendencia gubernamental en los últimos años caracterizada por una disminución de fondos públicos que, inevitablemente, ha desencadenado problemas de efectividad.

Resulta interesante destacar que las críticas frente a la actuación de las Comisiones de Derechos Humanos se han producido simultáneamente al surgimiento de las causas discriminatorias de nueva generación y parecen una reacción de los sectores más reaccionarios frente a la extensión de sus presupuestos, en identidad de términos, a causas consideradas menores, como la edad. Resalta particularmente que, de un lado, las Comisiones de Derechos Humanos, en la configuración de su estrategia de actuación a través de sus directrices, tienden a extender la protección antidiscriminatoria configurada por razón de género a las nuevas causas de discriminación prohibidas pero que, de otro, ven restringido su poder efectivo mediante su alejamiento del sistema de resolución de controversias vinculadas a actuaciones discriminatorias, permitiendo que las demandas se dirijan directamente a los Tribunales de Derechos Humanos. El riesgo que esta nueva situación plantea es indudable: si hasta ahora la homogeneidad de la protección antidiscriminatoria ha sido debida fundamentalmente en Canadá a la decidida y firme actuación de las Comisiones de Derechos Humanos que no han admitido quiebras ni con relación al género ni con relación a las nuevas causas de discriminación prohibidas, es previsible que la pérdida de homogeneidad que va a provocar el cambio de escenario (por la actuación litigiosa que más arriba se refería) pueda implicar la aparición de un marco de excepciones y matizaciones al principio antidiscriminatorio general, particularmente en relación con el sexo, que el contexto anterior definitivamente no favorecía.

16

Así lo refiere GUNDERSON, "Age discrimination...", op. Cit., p. 321.

17

MOON, "The Attack on Human Rights Commissions and the Corruption of Public Discourse", *Saskatchewan Law Review*, vol. 73, No 1, 2010, pág. 95.

18

Un interesante trabajo acerca de la crisis del sistema y del alcance de las reformas por HART Y SANSON, "Getting not of the Gatekeeper: A practical model for Human Rights Reform", en PINTO (Ed.) *Human Rights Update*, Toronto, 2005.

19

Estas y otras críticas a la reforma por MENDELZON, "Rights, Remedies...", op. cit. págs. 60 a 76.

**El nuevo
artículo 174.2 de la
Ley General de la Seguridad Social
y su incidencia en la
pensión compensatoria en los
supuestos de separación
y divorcio**

DERECHO ESPAÑOL

POR CARMEN LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ
Abogada.
Bufete jurídico
Manzanares & López Rendo.
AEA Cantabria.



RESUMEN

La nueva reforma del artículo 174.2 de la LGSS mediante Ley 26/2009, de 23 de diciembre sobre presupuestos generales del 2010, realiza reformas de gran importancia en el artículo 174.2 de la LGSS y además contempla una norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008 que se recoge en la Disposición Transitoria decimoctava que se introduce en el texto refundido mediante la Ley General de Seguridad Social. En el presente estudio se analiza la reforma así como los problemas que plantea pero limitada exclusivamente a los supuestos de separación judicial o divorcio.

Palabras clave: artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social 26/2009, pensión de viudedad, supuestos de separación y divorcio

ABSTRACT

The new article 174.2 of the General Law of Social Security and its influence in the Compensatory Pension in the cases of separation and divorce

The new reform of article 174.2 of General Law of Social Security 26/2009, of 23th December 2010 about the general budget for 2010, makes great reforms in the article 174.2 of the LGSS and moreover has a transitory norm about widow's pensions in the situations of judicial separation or divorce before the first of Januar of 2008 which are in the transitory norm number 18, which it is introduced in the refunded text of the General Law of Social Security. In the present article it is analysed the reform as well as the problems in its application, but limited exclusively to the situations of judicial separation or divorce.

Key Words: article 174.2 of General Law of Social Security 26/2009, widows pension, cases of judicial separation or divorce.



I. INTRODUCCIÓN

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) proclamó, el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 25 consagra, entre otros, el derecho de todos los seres humanos a un nivel de vida adecuado en caso de viudedad¹. Esta importante conquista social se incorporó al Derecho positivo español a través de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, explicitada en sus sucesivos textos articulados y refundidos.

Si se examinan los antecedentes históricos y legislativos tanto los anteriores a la Disposición Adicional 10^a de la Ley 30/1981 como los posteriores², ha de concluirse que **desde sus orígenes en el caso de la viuda no era preciso acreditar la dependencia económica**, sino que ésta se presumía, supeditando el nacimiento del derecho a la mera convivencia. En los supuestos de crisis matrimoniales, el legislador NO EXIGE LA EXISTENCIA EN VIDA DEL CAUSANTE DE UNA RELACIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA EFECTIVA, que determine la protección a la muerte del trabajador o pensionista, ni la insuficiencia de recursos de la beneficiaria de la prestación acreditativa de una situación real de necesidad.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 184/1990, de 15 de noviembre³, considera que la pensión de viudedad se configura legítimamente como una prolongación de la situación matrimonial, “*un reconocimiento de efectos jurídicos post mortem*”. En esta línea el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de mayo de 2004 ha indicado que la pensión de viudedad aparece concebida por la legislación como “**una renta devengada a favor de los cónyuges por la ayuda mutua y la aportación al interés de la familia**”.

En definitiva, la justificación de la pensión de viudedad **reside en la solidaridad patrimonial entre los cónyuges que rige durante el matrimonio** procurando, a través de la pensión de viudedad que dicha solidaridad **siga después de la muerte de uno de ellos**.

Estos criterios se han mantenido sin fisuras hasta el 1 de enero de 2008. La primera vez que la legislación general de la seguridad social hace referencia a la pensión compensatoria es con la reforma efectuada por Ley 40/2007 de 4 de diciembre.

El artículo 174 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RDL 1/1994, de 20 de junio), tras la reforma sufrida por Ley 40/2007 de 4 de diciembre inició un cambio en la naturaleza y requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial y divorcio. La defectuosa redacción del precepto favoreció que la entidad gestora efectuase una interpretación restrictiva y en contra del beneficiario/a con la finalidad de denegar la pensión de viudedad a la práctica totalidad de separados/as o divorciados/as, cuyas separaciones o divorcios habían acaecido antes de la entrada en vigor de la ley y en las mismas se había renunciado o no se había establecido pensión compensatoria o si se había reconocido pensión compensatoria ésta era temporal o se reconoció como prestación única. Se han venido generando en la realidad social unas situaciones totalmente injustas y de absoluta desprotección, al excluir de la prestación a un amplio colectivo de ciudadanos, que con la redacción anterior al 1 de enero de 2008 si que eran beneficiarios de la prestación de viudedad.

Ello ha venido dando lugar a una oleada de procedimientos judiciales, que finalizaron con resoluciones judiciales de diverso signo⁴, críticas doctrinales⁵ y un clamor social de los colectivos desprotegidos. Ante esta situación, el legislador optó por realizar una nueva reforma del artículo 174.2 mediante la Ley 26/2009 de 23 de diciembre sobre presupuestos generales del 2010.

Precisamente su Disposición Final 3^a, apartado 10, realiza reformas de gran importancia en el artículo 174.2 de la LGSS y además contempló una norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008 que se recoge en la Disposición

1 Artículo 25.1. Declaración Universal de Derechos Humanos: “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad*”.

2 LOPÉZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I. “Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174, tras la reforma por LEY 40/2007, 4 de diciembre”, *Revista Abogados de familia*. Diciembre 2008, pp. 5-6, donde de forma detallada se consagran los siguientes antecedentes históricos y legislativos:

“1. SITUACIÓN ANTERIOR A LA LEY 30/1981. DA 10^a”

1.1 En los orígenes: La situación de dependencia económica en ocasiones se presumía, a los efectos de considerar la pensión de viudedad como una prestación sustitutoria de la merma de ingresos ocasionados por el fallecimiento del causante. Decreto 22 de junio de 1956 recogía como sujeto beneficiario de la pensión de viudedad a la viuda, para quien presumía la situación de dependencia económica. El viudo sólo tenía derecho si probaba la situación de necesidad.

1.2. Con la Ley 24/1972 no se volvió a plantear el hecho de que la pensión de viudedad fuera sustitutoria de los ingresos del causante y que el fallecimiento hubiera ocasionado una situación de necesidad consecuencia directa de la merma de ingresos de la unidad familiar producida por el óbito. Tampoco se planteó la incompatibilidad entre trabajo y pensión. Estableció presunción iuris et de iure de la situación de necesidad de la viuda, de tal forma que cumpliendo el requisito de la convivencia se accedía a la prestación.

1.3. Decreto 2065/1974 de 30 de mayo. Requisito para ser beneficiaria de pensión de viudedad: convivencia con el causante hasta el fallecimiento, sin hacer referencia a situación de dependencia de la viuda que atribuyera a la pensión de viudedad carácter de renta sustitutoria de la aportada por el fallecido. Excepción. En caso de separación, que hubiese sido declarada inocente o el marido estuviese obligado a prestarle alimentos. Ante estas disposiciones la doctrina del Tribunal Central de Trabajo se centró en ese requisito de la convivencia que era exigida como condición indispensable, salvo los supuestos de declaración de inocencia, en los casos de separación judicial, puesto que como señalaban sus sentencias, con las prestaciones de viudedad se intenta compensar la pérdida del mutuo auxilio implícito en la vida en común. De todo lo anterior se evidencia que desde sus orígenes en el caso de la viuda no era preciso acreditar la dependencia económica, sino que ésta se presumía, supeditando el nacimiento del derecho a la mera convivencia.



2. SITUACIÓN TRAS LEY 30/1981. DA 10^a

2.1. DA 10, Ley 30/1981 admitió reconocimiento de la pensión de viudedad en supuestos de separación, nulidad y divorcio tomando como parámetro: *Periodos de convivencia*.

2.2. Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio mantuvo reconocimiento de pensión de viudedad para el cónyuge, con independencia de su sexo, admitiendo la pensión de viudedad en supuestos de separación, nulidad y divorcio tomando como parámetro: *Periodos de convivencia*. El reconocimiento de la prestación al separado o al divorciado, únicamente puede derivar de que en su momento «se convivió y ganó día a día esa posible cualidad que puede darle derecho al beneficio». Idem en *Aequalitas*. Revista jurídica para la Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, 23, julio-diciembre 2008, pp. 59-60.

3

TC (Pleno), sentencia núm. 184/1990 de 15 de noviembre. RTC\1990\184.

4

Estimando el reconocimiento del derecho a la prestación de viudedad: entre otras, se citan la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 26 de Barcelona, de 28 de julio de 2008. Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 6 de Valencia, 7 de agosto de 2009. Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de Huelva, 41/2009. STSJ de Cantabria de 22 de enero de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Pérez Obregón. Sentencia n.º 38/09. STSJ de Cantabria, Sección 1.ª Sala de lo Social de 4 de febrero de 2009. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Mercedes Sancha. STSJ de Castilla y León de 20 de octubre de 2009. Ponente el Ilmo. Sr. D. Rafael A. López Parada. Sentencia 1573/2009. Rec. n.º 1573/09. STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2009. Sentencia: 660/2009. Ponente: Ilmo. Sr. Miguel Ángel Luelmo Millán. Recurso Suplicación 2990/2009. En sentido desestimatorio y por tanto favorable a la Interpretación del INSS, entre otras, STSJ de Asturias, Sala de lo Social de 11, 25 de septiembre y 2 de octubre de 2009; STSJ de Zaragoza, 30 de marzo, 6, 7 y 21 de julio de 2009.

5

PÉREZ ALONSO, M.ª A. *La nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*. Valencia, 2008. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I. "Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174, tras la reforma por Ley 40/2007, de 4 de diciembre", *Revista Abogados de familia*. Diciembre 2008. Idem en *Aequalitas*. Revista jurídica para la Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, 23, julio-diciembre 2008, pp. 55 y ss. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. "Análisis de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación a la temporalidad de la pensión compensatoria y estudio de la reforma del artículo 174 de la LGSS, que entró en vigor el 1 de enero de 2008 y su incidencia en la pensión compensatoria". *El Derecho de Familia*. *Novedades en dos perspectivas*. Madrid, 2010.

Transitoria 18^a que se introduce en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

En el presente estudio analizaré la nueva reforma así como los problemas que plantea pero limitada exclusivamente a los supuestos de separación judicial o divorcio.

2. ALCANCE DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS QUE AFECTAN A LOS SUPUESTOS DE SEPARACIÓN JUDICIAL O DIVORCIO

2.1

Pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio derivados de fallecimientos acaecidos antes del 1 de enero de 2008

El artículo 174 de la Ley General de la Seguridad social, en la redacción dada por el RDL 1/1994 TRLGSS, reconocía el derecho a la prestación de viudedad a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.

Desde el 1 de enero de 2002 se introduce un número 3 del artículo 174, redactado por el número 7 del artículo 34 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE 31 de diciembre), por el cual dispone que los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil, sin perjuicio de lo que reglamentariamente se establezca en el supuesto que se contraiga nuevo matrimonio.

En consecuencia, hasta el 1 de enero de 2008 la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas, cuyo hecho causante hubiese acaecido antes del 1 de enero de 2008, presentaba los siguientes caracteres:

1

Beneficiario/a fuera o hubiera sido cón-

yuge legítimo y no hubiera contraído nuevas nupcias.

2

Su cuantía era proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido.

3

Se dejaba sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil.

Hasta el 1 de enero de 2008, la pensión de viudedad era independiente de la pensión compensatoria. En los supuestos de crisis matrimoniales, el legislador no exige la existencia en vida del causante de una relación de dependencia económica efectiva, que determine la protección a la muerte del trabajador/a o pensionista, ni la insuficiencia de recursos del beneficiario/a de la prestación acreditativa de una situación real de necesidad.

2.2

Pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio, en el que el fallecimiento del causante se produjo entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009

El 5 de diciembre de 2007 se publicó en el BOE la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. La disposición final sexta marcó el día 1 de enero de 2008 como fecha de entrada en vigor de la norma que realizó una reforma del artículo 174.2 de la LGSS en el siguiente sentido:

“En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extin-



guida por el fallecimiento del causante”.

La redacción este texto legal en la práctica ha planteado problemas de interpretación, generados por la propia entidad gestora, al entender que para que las personas separadas judicialmente o divorciadas puedan tener derecho a la pensión de viudedad, la nueva redacción exigía que al momento del fallecimiento sean titulares de una pensión compensatoria y ésta se extinga con el fallecimiento del deudor.

Esta interpretación del precepto legal tiene como consecuencia la supresión de la pensión de viudedad en los casos de separación judicial y divorcio y desde luego una discriminación tanto por razón de estado civil, de efectos de la nulidad, separación o divorcio, de la forma de pago de la pensión, duración de la misma, así como por razón de sexo, teniendo en cuenta que en este país el número de viudos/as que tengan reconocida una pensión compensatoria y que ésta se extinga con el fallecimiento del deudor es prácticamente inexistente.

Por otro lado el legislador parece haber olvidado, que desde las sentencias del TS (Sala 1^a) de 10 de febrero de 2005 y de 24 de abril de 2005 y posteriores, así como desde la reforma del artículo 97 del CC por la Ley 15/2005, la compensación del artículo 97 del CC puede consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia, y que la tendencia jurisprudencial de los tribunales civiles iba dirigida hacia la temporalización de la pensión compensatoria o incluso a modificar las pensiones compensatorias indefinidas transformándolas en temporales⁶.

López-Rendo y Abella⁷ sostienen que la interpretación que efectúa la entidad gestora no es ajustada a derecho y defienden que el artículo 174.2 LGSS tal como estaba redactado, ha de interpretarse en el sentido de entender que a partir del día 1 de enero de 2008 se produce una incompati-

bilidad entre la pensión de viudedad del artículo 174.2 de la LGSS y la pensión compensatoria del art. 97 del CC que sea abonada por los herederos *ex art. 101*.

La interpretación que ha venido postulando la entidad gestora de la seguridad social antes de la reforma y la nueva redacción del artículo 174.2 introducida por Ley 26/2009, tiene como consecuencia la desprotección social, económica y jurídica de la familia de muchas personas divorciadas o separadas judicialmente, que renunciaron en su día a una pensión compensatoria, no porque no les correspondiera, sino por conseguir la paz familiar o a quienes se les reconoció pensiones compensatorias temporales o prestaciones de pago único.

La reforma del artículo 174.2 de la LGSS introducida por Ley 40/2007, de 4 de diciembre, ha motivado que los beneficiarios/as, que con la redacción anterior vigente en el momento de su separación judicial o divorcio tenían perfecto derecho al reconocimiento de la prestación de viudedad, de forma repentina, con premeditación y sin que se haya producido una reforma integral de la pensión de viudedad, tal como dispone la Disposición Adicional 25 de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre⁸, se vean privados del reconocimiento de su derecho a la prestación de viudedad cuando el causante fallece a partir del 1 de enero de 2008. Esta situación injusta y discriminatoria dio lugar a que reclamasen el reconocimiento de sus derechos antes los tribunales, que finalizaron con sentencias contradictorias sobre la interpretación de este precepto legal, unas a favor del INSS y otras a favor de los beneficiarios.

La reforma de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, tal como era interpretada por la entidad gestora establecía una *condictio iuris* que infringía el principio de seguridad jurídica y de irretroactividad, pues la supeditación a la pensión compensatoria que se extingía al fallecimiento del deudor es un efecto de separaciones y divorcios caecidos antes de la entrada en vigor

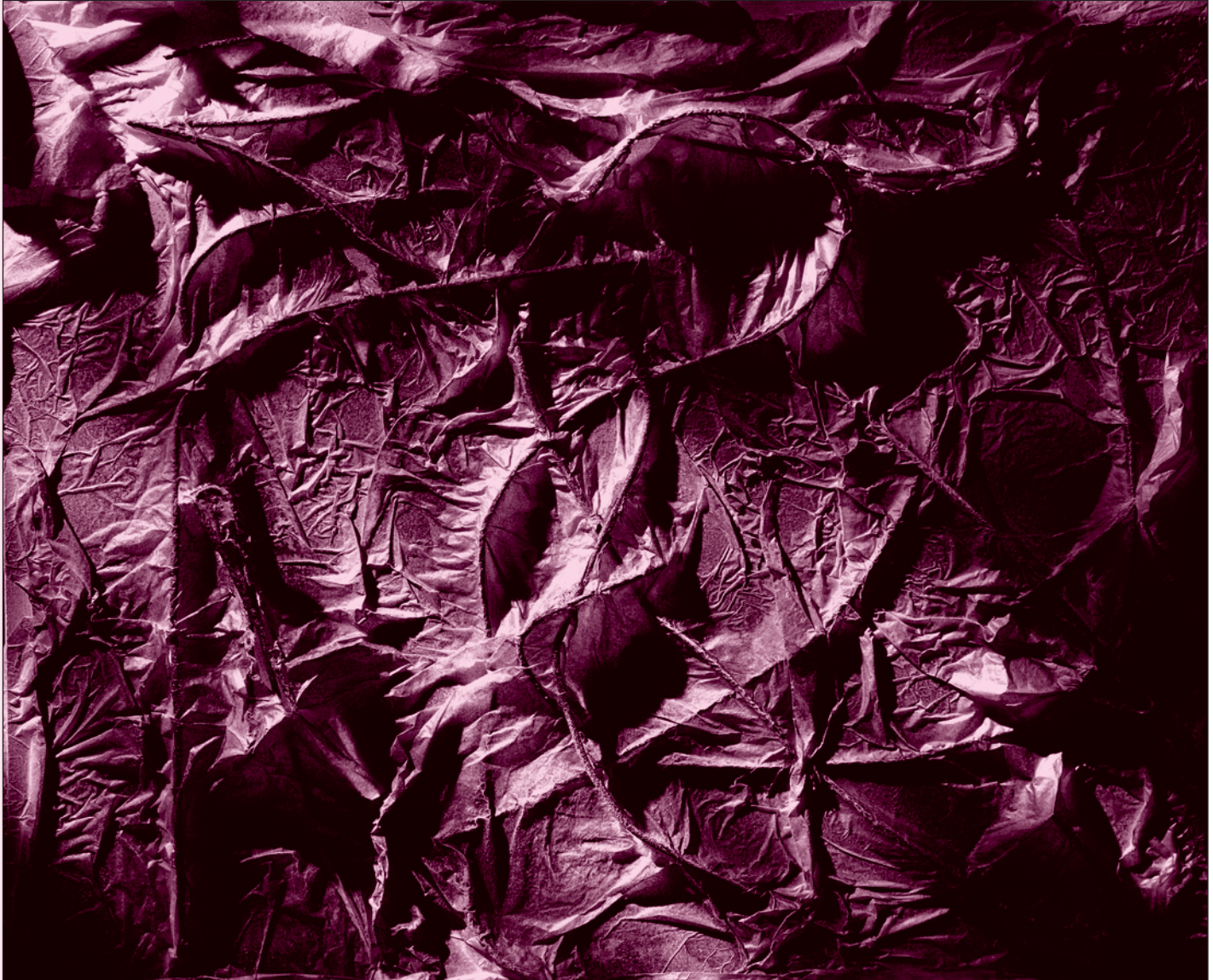
de la norma que producen cosa juzgada y supone aplicar la misma con efectos retroactivos, perjudicando los derechos de los beneficiarios/as que en el momento de su separación o divorcio tenían intactos sus eventuales derechos a la prestación de viudedad, al no tener influencia alguna la pensión compensatoria en la pensión de viudedad.

Para paliar las críticas que se efectuaron y solucionar los problemas generados a un número importante de beneficiarios/as que, sin previo aviso, se vieron privados de su pensión de viudedad, a la que tenían derecho de no haberse reformado el artículo 174, la Ley 26/2009 de Presupuestos Generales del Estado de 2010, en su **Disposición Final 3^a, apartado catorce**, introduce una **Disposición Transitoria 18^a** al RDL 1/2004, titulada: *Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008*, con el siguiente texto:

“El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concorra en el beneficiario/a alguna de las condiciones siguientes:

- a) *la existencia de hijos/as comunes del matrimonio o*
- b) *que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.*

La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente



6 LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. “Análisis de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación a la temporalidad de la pensión compensatoria y estudio de la reforma del artículo 174 de la LGSS, que entró en vigor el 1 de enero de 2008 y su incidencia en la pensión compensatoria”. *El Derecho de Familia. Novedades en dos perspectivas*. Madrid, 2010.

7 LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I. “Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174, tras la reforma por Ley 40/2007, 4 de diciembre”. *Revista Abogados de familia*. Diciembre 2008, p. 12. Idem en *Aequalitas. Revista jurídica para la Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 23, julio-diciembre 2008, pp. 55 ss.

8 DISPOSICIÓN ADICIONAL 25^a de la Ley 40/1007 de 4 de diciembre. Reforma integral de la pensión de viudedad. “*El Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad*”.

con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

En los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad.

En cualquier caso, la separación o divorcio debe haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1

de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2, de esta Ley”.

Esta Disposición Transitoria 18^a plantea tres cuestiones a tener en cuenta: 1) Ámbito de aplicación temporal. 2) Requisitos. 3) Cuantía de la pensión de viudedad.

1 **Ámbito de aplicación temporal**

Esta Disposición Transitoria 18^a se aplica a todos los supuestos de separación o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008 y a los hechos causantes producidos a partir de la entrada en vigor (1 de enero de 2010) y también a los producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciem-



bre de 2009, esto es a los fallecimientos acaecidos durante la vigencia de la reforma introducida por la Ley 40/2007. Si bien, teniendo en cuenta el requisito 1º de exigir que entre la fecha del divorcio o la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante haya transcurrido un periodo de tiempo superior a 10 años, puede afirmarse que el 31 de diciembre de 2018 dejará de producir efectos esta disposición transitoria decimoctava.

De tal forma, que todas aquellas personas que como consecuencia de la reforma del artículo 174.2 de la LGSS introducida por Ley 40/2007, se vieron privadas de la prestación de viudedad, por no ser acreedoras de una pensión compensatoria que se extinga con el fallecimiento del deudor, pueden volver a solicitar el reconocimiento de su derecho a la prestación de viudedad al amparo de la nueva Disposición Transitoria Decimoctava, aún cuando su denegación se hubiera confirmado por sentencia firme, pues la sentencia no tiene el efecto de cosa juzgada o aún cuando no la hubieran solicitado. Ahora bien el reconocimiento no opera de oficio, sino que es preciso petición de reconocimiento a instancia de parte.

2

Requisitos

Para que a las personas que en el momento del fallecimiento del causante no son o no eran acreedoras de pensión compensatoria que se extinguiese con el fallecimiento del causante, se les reconozca su derecho a la prestación de viudedad es preciso que cumplan los siguientes requisitos:

1

Que la separación judicial o divorcio sea anterior al 1 de enero de 2008.

2

Entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante **no hayan transcurrido más de 10 años**.

Una interpretación literal del precepto aboga por entender que el momento inicial para el cómputo del plazo de 10 años ha de ser la fecha de la última reso-

lución judicial que establezca los efectos del divorcio o de la separación judicial. Si existe una resolución judicial de separación dictada hace más de 10 años y una acordando el divorcio cinco años antes del fallecimiento del causante, en mi opinión se entiende cumplido el requisito temporal, puesto que el precepto legal primero habla de la fecha de divorcio y con carácter disyuntivo menciona la separación judicial, debiendo entenderse que esta referencia se da para el supuesto de que no exista divorcio.

En este mismo sentido se ha expresado el INSS en la Instrucción de 16 de febrero de 2010, que recoge los criterios interpretativos para la aplicación del primer párrafo del apartado 2 del artículo 174 y de la Disposición Transitoria Decimoctava de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos generales del estado para el año 2010, en relación con el derecho a la pensión de viudedad, en los casos de separación o divorcio⁹.

3

Que el vínculo matrimonial haya durado mínimo 10 años. Al referirse el texto legal a la duración del vínculo matrimonial, esto significa que para el cálculo de la duración del vínculo matrimonial no debe tenerse en cuenta la fecha de la separación ni de hecho ni judicial, ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 del Código Civil, el matrimonio se disuelve por muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio. La separación no disuelve el vínculo matrimonial. La entidad gestora en su Instrucción de 16 de febrero de 2010 está conforme con esta interpretación¹⁰.

4

Que el beneficiario/a **no hubiera sido deudor de pensión compensatoria**.

Este requisito a efectos del ámbito de la seguridad social choca bastante, al no existir precedentes que puedan justificar la *mens* del legislador, imponer un requisito que afecta a la esfera civil y no distinguir situaciones en las que el beneficiario/a es deudor pero por imposibi-

9

INSTRUCCIÓN INSS 16 DE FEBRERO DE 2010, p. 5: “En este caso, la fecha que debe tomarse en consideración será la de la separación judicial, si no ha habido divorcio posterior, o la fecha del divorcio si éste ya se ha producido. Este requisito, por otra parte marca la fecha en que dejará de tener efectos esta disposición transitoria decimoctava, situándose el 31 de diciembre de 2017”.

10

INSTRUCCIÓN INSS 16 DE FEBRERO DE 2010, p. 5: “A estos efectos, se entenderá conforme a lo establecido en el artículo 85 CC, que el matrimonio se disuelve por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio. Por ello, para el cómputo de la duración del vínculo matrimonial no debe tenerse en cuenta la fecha de la separación judicial”.

11

STSJ Madrid, Social, Sección 3ª de 19 de octubre de 2009. Sentencia nº 856/2009: “El tema a interpretar es el sentido de «hubieran tenido hijos comunes». Hubieran tenido es perfecto y expresa la sucesión temporal. Luego si la viuda fáctica hubiese traído al mundo al descendiente común, después del fallecimiento de su pareja, aunque hubiera quedado embarazada en el período de convivencia, el requisito, ¿se cumpliría aplicando por analogía lo previsto en los arts. 959 a 967 del CC o no se cumpliría? ¿Y si aborta? ¿Y si queda embarazada y aborta antes del fallecimiento? ¿Y si el hijo nace y muere a las pocas semanas? ¿Y si por el contrario los hijos son adultos independientes que a su vez tienen hijos fruto de una distinta unión de hecho? ¿Y si el hijo/a es viudo/a, divorciado/a o separado/a? ¿Hijos quiere decir “hijos” en general o “más de un hijo”? ¿Y si sólo tienen “nietos” comunes como consecuencia de haberse casado hijos de anteriores relaciones a la propia? ¿Es común el natural de uno adoptado por el otro miembro de la pareja? ¿Y si se impugna la filiación y se demuestra que el hijo tenido por común, no lo era realmente? Si a la fecha del óbito está pendiente la acción impugnatoria, ¿hay que esperar a su resultado? ¿Y si por el contrario la acción es de reconocimiento de la filiación? Si la prestación a reconocer es autónoma de la de orfandad, no tiene mucho sentido matizar estas cuestiones pues la finalidad del precepto de exigir una garantía objetiva e indiscutible de la convivencia se cumple en todo caso. Entonces, ¿y si al tratarse de una pareja infértil –como el 15% de la parejas españolas– se somete a un prolongado –y enojoso– tratamiento de fertilidad que resulta infructuoso? Bueno, dirán los inconformistas lógicos, ¡que adopten hijos! Ya, pero ¿y si iniciado el procedimiento de adopción justo antes de la resolución final, muere el causante? Estas consideraciones demandan una interpretación flexible y humanizadora del requisito litigioso. Desde una perspectiva gramatical la utilización de “hubieran tenido” en vez de “han tenido” dado el contraste de realidad/irrealidad que caracteriza al subjuntivo español,



lidad de pagar la pensión compensatoria al estar en el paro, o estar inmerso en un procedimiento de suspensión de pagos, o incurso en un proceso de modificación de medidas instado para la supresión de la pensión compensatoria etc., va a verse privado del derecho a la prestación de viudedad.

5

Que además **existan hijos/as comunes**. En este extremo, la instrucción de 16 de febrero de 2010 del INSS indica que la Ley no hace ninguna matización al respecto, por lo que esta condición debe tomarse en su sentido literal, sin exigir requisitos adicionales de los hijos/as.

Esta interpretación realmente no resuelve todos los problemas que este requisito puede plantear y si se opta por una interpretación literal sin tener en cuenta la interpretación *pro beneficiario/a* que rige en la aplicación de las normas de la seguridad social, las desprotecciones y situaciones injustas y discriminatorias estarán servidas.

Los problemas ya han surgido con la exigencia del requisito de que “el causante y el beneficiario/a hubieran tenido hijos/as comunes” establecido en la DA 3ª de la Ley 40/2007, en aquellos supuestos en que no han tenido hijos/as comunes, pese a que han hecho lo humanamente posible sometándose a los tratamientos precisos. En este sentido se ha dictado por el TSJ Madrid, Sala de lo Social, sección 3ª, el 19 de octubre de 2009¹¹ sentencia estimatoria de la demanda y entendiendo cumplido este requisito cuando los miembros de la pareja han hecho lo humanamente posible para tener hijos/as comunes, impidiéndolo la insoslayable injusticia del azar.

Comparto la opinión de LOUSADA AROCHENA¹², quien afirma: “*La referencia a hijos/as comunes del matrimonio se antoja muy restrictiva, ya que, con mayor motivo, se debería de reconocer al/a cónyuge histórico/a que cuida o ha cuidado de los hijos/as del causante*”.

6

O que el beneficiario/a tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión. Este requisito podría ser inconstitucional por favorecer una discriminación por razón de la edad proscrita por el artículo 14 de la CE.

Sería deseable que con el esfuerzo que ha hecho el legislador para solucionar estos problemas, la entidad gestora en la interpretación de las normas respetase y aplicase la interpretación *pro beneficiario/a*, evitando que la ciudadanía tenga que acudir a los tribunales.

El establecimiento de estos requisitos no soluciona todos los problemas que se plantean en los casos de separación judicial o divorcio, ya que deja fuera a todos los colectivos que no reúnan estos requisitos, a quien se les continuará aplicando la norma con efectos retroactivos y se infringirá su principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE, originándose situaciones discriminatorias por razón de edad, de efectos del divorcio, por la existencia o no de hijos/as comunes, la posibilidad o no de haberlos tenidos por problemas fisiológicos, etc.

3

Cuantía de la pensión de viudedad

La Disposición Transitoria 18ª, en esta materia establece: “*La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*”.

Esta remisión a la normativa vigente con anterioridad a la ley 40/2007 en lo que afecta a la cuantía de la pensión, plantea ya los siguientes problemas:

1

Supuesto de concurrencia de varios beneficiarios/as: ex-cónyuge y cónyuge o pareja de hecho sobreviviente

La STS (Sala General) de 21-3-1995 (RJ 1995, 2171)¹³, rompiendo el criterio distributivo hasta entonces nunca

permite relativizar aún más la interpretación al tratarse de una exigencia hipotética y no real. [Alambicando más y “tirando” de la inconmensurable capacidad matizadora de nuestro verbo, la utilización de “hubieran” frente a la forma en general equivalente de “hubiesen” le impronta un matiz optativo (a añadir a la irrealidad)] pues precisamente la forma en -RA (antiguo pluscuamperfecto de indicativo latino y del castellano viejo) es capaz de sustituir al condicional, —en su valor optativo— pero no la forme en -SE (que viene también del pluscuamperfecto del perfectum latino, pero subjuntivo) [por ejemplo, querria una buena sentencia (o quisiera...)] pero no [quisiese...]. Así hubieran tenido no supone una declaración de existencia como “hayan tenido” y si al sentido irreal del equivalente “hubiesen tenido” le añadimos un “toque” optativo-condicional no resulta forzado leerlo como “hubiesen (quizás) tenido”. Y es que este valor de subjuntivo irreal y a la vez condicional de la forma en -RA, justifica una aplicación humanizadora del requisito superando la idea de una jurisprudencia puramente literalista (*bouche de la loi*) y realizando, dentro del positivismo aquella noción clásica, llena de esperanza en el derecho de “*divinarum atque humanarum rerum noticia iusti atque iniusti sciencia*” “que en sus genitivos recepciona el valor actual de la fraternidad humana componente con la libertad y la igualdad de la trinidad axiológica del Estado democrático [*liberté, égalité, fraternité*]. Así el cumplimiento del requisito ha de apreciarse cuando los miembros de la pareja han hecho lo humanamente posible para tener hijos comunes, impidiéndolo la insoslayable injusticia del azar y, como en este caso, lo acreditan, desde esta perspectiva podría (o pudiera pero no pudiese) estimarse también la demanda”. Esta sentencia contiene un voto particular de la Magistrada Sra. Ruiz Jarabo que se aparta de este criterio.

12

LOUSADA AROCHENA, J. F. “Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las leyes 40/2007, de 4 de diciembre, Y 26/2009, de 23 de diciembre”. *Aranzadi Social*, 1/2010 parte Estudio, Pamplona, 2010.

13

La STS (Sala General) de 21-3-1995 (RJ 1995, 2171), contemplaba una concurrencia entre una cónyuge existente en el momento del fallecimiento con una ex cónyuge divorciada donde la convivencia derivada del primer matrimonio se extinguió en 1968, aunque el divorcio acació en 1985, mientras el segundo matrimonio se celebró en 1986 con una previa convivencia de hecho desde 1968. De imputar esta previa convivencia de hecho desde 1968 hasta 1986 al segundo matrimonio se hubiera alcanzado igual conclusión a la alcanzada con el criterio atributivo. Por ello, la sentencia unificadora, revocando la de suplicación, dejó firme la de instancia, donde se hacía esa imputación, advirtiendo que esa confirmación se produce aunque sus «razonamientos no (sean) correctos.



cuestionado –distribución proporcional al tiempo de convivencia–, siguió el criterio atributivo –atribución al cónyuge sobreviviente detrayendo la parte del cónyuge histórico–, que se reiteró en los supuestos de divorcio –SSTS de 10.4.1995 (RJ 1995, 3032) y de 26-4-1995 (RJ 1995, 3733)–, incluso cuando el causante divorciado no hubiera vuelto a contraer nuevo matrimonio, limitando la pensión del/a cónyuge histórico al tiempo de convivencia –STS de 24-1-2000 (RJ 2000, 1062)–. Justamente en este aspecto se habían concentrado las críticas doctrinales porque el causante no generaba una pensión de viudedad, sino sólo una parte, y la otra parte quedaba en las arcas de la Seguridad Social –como si la entidad gestora fuese una viuda–.

Después de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, la redacción del artículo 174.2 de la LGSS se dirige hacia otros caminos, al establecer «si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios/as con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada persona con el causante».

La remisión a la normativa vigente antes del 1 de enero de 2008 quiere decir que en caso de existencia de matrimonio anterior, no se aplica la garantía del 40% a favor del cónyuge o pareja de hecho sobreviviente y por el contrario se aplica el criterio existente de que la pensión se ha de reconocer a quien era cónyuge en el momento del fallecimiento, cuya cuantía era minorada en función de la proporción entre la duración del primer matrimonio y el período de duración desde la celebración del primer matrimonio y la fecha del fallecimiento; es decir, que los **períodos sin existencia de matrimonio beneficiaban a quien era cónyuge en el momento del fallecimiento**.

En mi opinión, si nos atenemos a una interpretación literal de la DT18, debería concluirse que la cuantía de la pensión que se reconociese al cónyuge sobreviviente debería ser minorada

en función de la proporción entre la duración del primer matrimonio y el período de duración desde la celebración del primer matrimonio y la fecha del fallecimiento; es decir, que **los períodos sin existencia de matrimonio beneficiarían a quien era cónyuge en el momento del fallecimiento**, pero sin que se le garantizase el 40%, pues esta garantía no estaba prevista en la normativa anterior a la Ley 40/07 y precisamente la remisión en lo referente a la cuantía se produce para que el cálculo se efectúe en proporción al tiempo de convivencia, debiendo aplicarse el principio general del derecho según el cual *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (donde la Ley no distingue, nosotros no debemos distinguir).

Esta interpretación, que se obtiene mediante una aplicación literal de la norma, no es la que sostiene el INSS en la instrucción de 16 de febrero de 2010. La entidad gestora, por el contrario, sostiene que cuando por aplicación de la DT 18, se reconozca a un nuevo beneficiario una pensión de viudedad, cuyo hecho causante se hubiera producido entre el 1 de enero de 2008 y 31 de diciembre de 2009, y además, concorra con otro beneficiario que ya tenía reconocida la pensión, a éste se le mantendrá la cuantía en los mismos términos que viniera percibiendo la pensión.

Esta interpretación que efectúa el INSS no la encuentro ajustada a derecho, ni a la literalidad del texto legal, que indica claramente que la cuantía ha de calcularse conforme a la normativa vigente con anterioridad a la Ley 40/07 sin exclusión, ni reserva alguna del 40% para el cónyuge sobreviviente. ¿Qué sentido tiene entonces la remisión a la cuantía?

Además es lógico que no se reserve el 40% al cónyuge o pareja de hecho sobreviviente, cuando precisamente, con la normativa vigente hasta el 1 de enero de 2008 los períodos sin existencia de matrimonio beneficiaban a quien era cónyuge en el momento del fallecimiento.

Si la entidad gestora opta por mantener la cuantía al cónyuge o pareja de hecho sobreviviente con la garantía del 40%, ¿qué ocurre con los períodos sin existencia de matrimonio, se asignarán al ex cónyuge, al inss viudo o también se imputarán al cónyuge sobreviviente? En mi opinión deberían asignarse al Excónyuge.

La polémica está servida con esta nueva interpretación que pretende efectuar la entidad gestora, y que va en detrimento de los colectivos de las personas separadas judicialmente o divorciadas, a quien perjudicó y continúa perjudicando la reforma de la pensión de viudedad.

2

Supuesto de pensión de viudedad, cuyo hecho causante se produce a partir del 1 de enero de 2010 y concurren dos ex cónyuges, cuyas pensiones se deben calcular respectivamente, una según la legislación vigente hasta el 1 de enero de 2008 y la otra según la ley 40/2007

En este caso el INSS en la Instrucción de 16 de febrero de 2010 indica: “*Al primero se le reconocerá en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, computando desde la fecha de su matrimonio hasta la del divorcio, y al segundo se le asignará el resto de la pensión, sin que tenga la garantía del 40% de ésta, que es exclusivo del cónyuge o pareja de hecho sobreviviente, conforme a lo establecido en el artículo 174.2 de la LGSS*”.

3

Supuesto de no concurrencia de varios beneficiarios. Existencia de un solo cónyuge separado judicialmente o inexistencia de cónyuge o pareja de hecho sobreviviente (divorcio)

Con la normativa vigente hasta el 1 de enero de 2008, la Administración aplicó *strictu sensu* la doctrina del TS (la introducción de lo que corrientemente se ha conocido como la teoría del «INSS viudo»), de modo que la pensión del ex-cónyuge se limitaba a la



proporción en la duración del matrimonio respecto del período consistente entre la celebración del matrimonio y el fallecimiento, tesis avalada por la jurisprudencia de los Tribunales (entre otras, SSTs de 14-7-99; 17-1, 20-3, 10-4 y 26-9-2000 ó 27-1-2004).

Piénsese en la situación de un causante que contrae matrimonio con otra (A), con la que convive durante 15 años hasta que se produce la separación judicial. El causante hasta el fallecimiento, el cual se produce 5 años desde la separación judicial, permanece sin pareja de hecho. Para el cálculo de las pensiones se operaría del siguiente modo:

- Duración desde la fecha de celebración del matrimonio hasta el fallecimiento: 20 años.
- Duración del primer matrimonio: 15 años.
- Períodos sin convivencia: 5 años.

La distribución de la pensión según la normativa vigente hasta el 1 de enero de 2008, se efectuaría del modo siguiente:

Pensión para cónyuge separada judicialmente:

15/20

Parte de pensión que no se distribuye:

5/20

(Esta parte constituiría el llamado "INSS viudo")

Por el contrario, si se aplica la Ley 40/07, en los supuestos de separación, la pensión se reconoce en su integridad a la única persona titular, superando la doctrina jurisprudencial que establecía su reparto en función del tiempo de convivencia. Y ello entiendo que es así al no existir una sola norma que indique que la pensión de los cónyuges separados es en proporción al tiempo de convivencia. El artículo 174.2 TRLGSS únicamente contempla la pensión reducida para el supuesto de **divorcio con varios beneficiarios/as y para el cónyuge con matrimonio nulo**. Esto significa que *sensu* contrario, la pen-

sión de separados/as es una pensión íntegra, acabando con la figura del "INSS viudo".

Estas diferencias son importantes tenerlas en cuenta, por cuanto si el INSS en el caso de concurrencia de cónyuges pretende aplicar la garantía del 40% a favor del cónyuge sobreviviente prevista en el artículo 174.2 de la LGSS, también debería aplicar el mismo precepto respecto a la pensión que no se distribuye (llamado INSS Viudo) y en el caso de separación judicial sin cónyuge sobreviviente ni pareja de hecho el 100% ha de reconocerse a la única persona titular.

En mi opinión, esta reforma no va a evitar los problemas ni la desprotección de muchas familias, generándose situaciones discriminatorias incluso entre las mismas personas separadas judicialmente o divorciadas, por ello, hasta que se dé cumplimiento a lo dispuesto en la Disposición Adicional 25, que el Gobierno efectúe una reforma integral de la pensión de viudedad, hubiera sido más sencillo y totalmente ajustado a derecho, sin discriminación alguna, una disposición transitoria 18 en la que únicamente se dijese: "En los supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008, el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley, aplicándose la normativa vigente con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social".

No obstante lo anterior, con esta Disposición Transitoria decimoctava se viene a confirmar que no puede hacerse una aplicación indiscriminada de la norma y que ser acreedor de una pensión compensatoria que se extinga al fallecimiento del deudor no se exige en todo caso como requisito para el nacimiento del derecho a la pres-

tación de viudedad, admitiéndose excepciones en los casos de violencia de género y en los supuestos de la DT 18^a.

La Ley silencia el momento a partir del cual se disfrutará la pensión de viudedad al amparo de la DT 18^a, si desde la fecha de la solicitud, desde los tres meses anteriores a la solicitud o desde el fallecimiento del causante.

La instrucción del INSS de 16 de febrero de 2010 sostiene que "los efectos económicos del reconocimiento se producirán a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud, sin que en ningún caso, puedan retrotraerse a una fecha anterior al 1 de enero de 2010". Interpretación *pro* INSS y en contra del beneficiario/a.

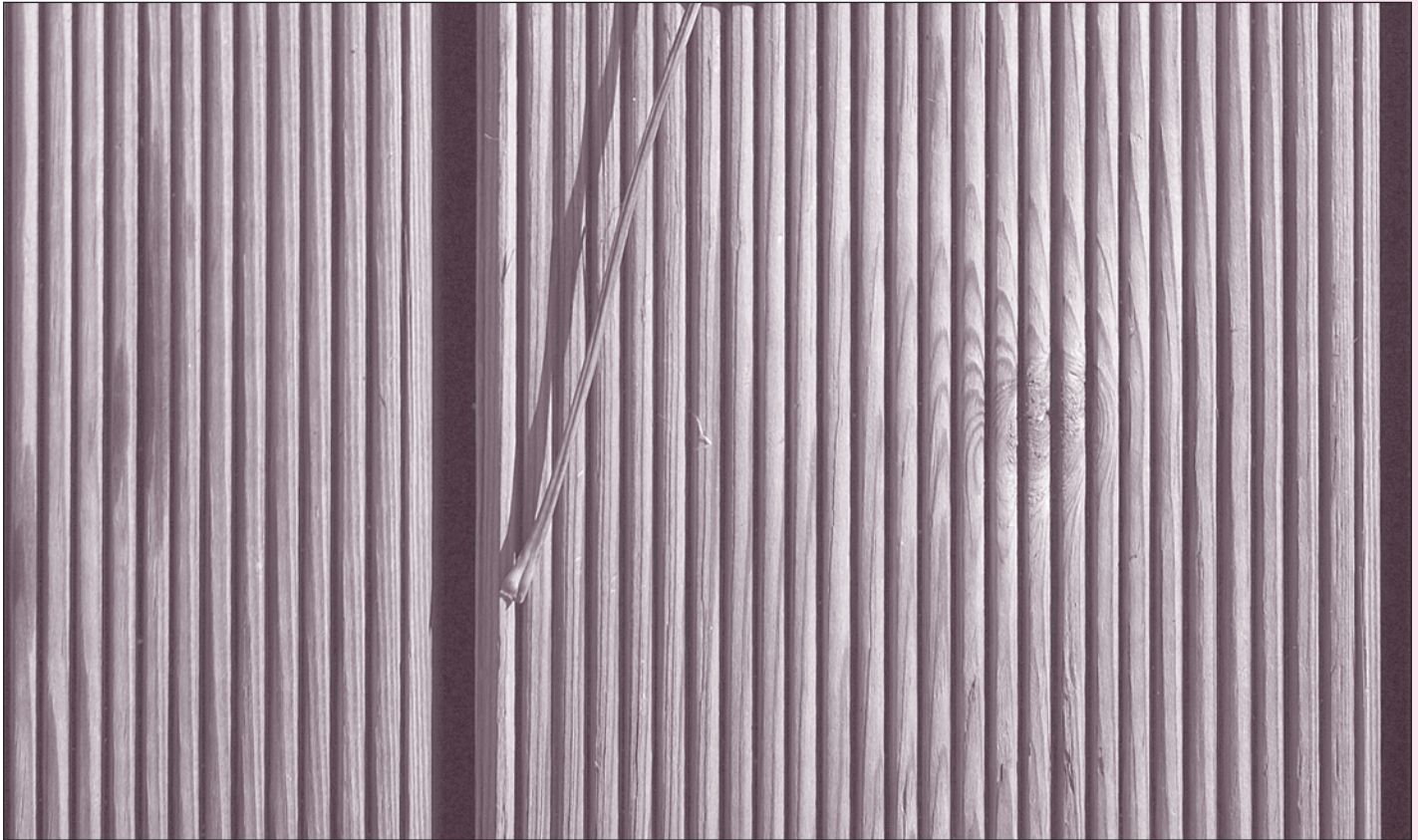
Esta situación planteará problemas en los procedimientos judiciales en curso pendientes de resolución judicial firme, ya que si se continúan y se estiman los recursos es evidente que los efectos serán desde la fecha del fallecimiento, o desde los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud.

La interpretación *pro* beneficiario/a llevaría a entender que, cuanto menos debería reconocerse el derecho a la prestación desde el fallecimiento del causante o desde los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud que se presentó conforme a la Ley 40/07 de 4 de diciembre.

4 Pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio, en los que el fallecimiento del causante tiene lugar desde el 1 de enero de 2010

Si el hecho causante tiene lugar a partir del día 1 de enero de 2010, la normativa aplicable es la introducida por Ley 26/2009 tanto en lo referente a la modificación del artículo 174.2 de la LGSS, como la Disposición Transitoria 18^a que introduce en el TRLGSS.

El artículo 174.2 de la LGSS, tras la reforma operada por la Ley 26/2009 dispone:



“2. En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del Código Civil y ésta quedará extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última. En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aún no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de

sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40% a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente.

En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 CC, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Dicha pensión será reconoci-

14

Art. 174.1 LGSS: “Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. En los supuestos en que se cause aquélla desde una situación de alta o de asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. En cualquier caso, si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización. También tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años. En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años”.

15

LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I. "Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174, tras la reforma por Ley 40/2007, 4 de diciembre". *Revista Abogados de familia*. Diciembre 2008, p. 12. Idem en *Aequalitas. Revista jurídica para la Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 23, julio-diciembre 2008. pp. 55 y ss. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. "Análisis de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación a la temporalidad de la pensión compensatoria y estudio de la reforma del artículo 174 de la LGSS, que entró en vigor el 1º de enero de 2008 y su incidencia en la pensión compensatoria", *El Derecho de Familia. Novedades en dos perspectivas. Pensión compensatoria. Liquidación del Régimen económico matrimonial. Guarda y Custodia VS Patria potestad. Sustracción internacional de menores. Problemas penales en las crisis de familia. Conflictos*. Madrid, 2010.

16

Entre otras, y por ser la pionera, es de destacar la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona, de 28 de julio de 2008, citada en LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I. "Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174, tras la reforma por Ley 40/2007, 4 de diciembre". *Revista Abogados de familia*. Diciembre 2008. Idem en *Aequalitas. Revista jurídica para la Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 23, julio-diciembre 2008.

17

PANIZO ROBLES, J.A. "La reforma de la Seguridad Social (Comentarios a la LMSS, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social)", *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 298, 2008, p. 70. **Instrucción del INSS de 3 de abril de 2008:** "Cuando se trate del cónyuge superviviente, separado o no legalmente, pareja de hecho o persona divorciada y no concurren otros beneficiarios con derecho a pensión, percibirán la pensión íntegra. En consecuencia, a partir de la nueva regulación, en estos supuestos, no se determinará la pensión en proporción al tiempo de convivencia cuando solo exista un beneficiario, aunque sea persona divorciada". LOUSADA AROCHENA, J.F. "Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las leyes 40/2007, de 4 de diciembre, y 26/2009, de 23 de diciembre", *Aranzadi Social*, 1/2010 parte Estudio, Pamplona, 2010. "De nuevo la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas de Seguridad Social, viene a alterar la paz jurisprudencial porque, en el artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825), no existe una sola norma de la cual se pueda deducir que la pensión de viudedad de los/as cónyuges separados/as es en proporción al tiempo de convivencia. Antes al contrario, como esa pensión reducida sólo se establece para el supuesto de divorcio con varios/as beneficiarios/as, y para el/a cónyuge con matrimonio nulo, la conclusión a contrario sensu es la de que la pensión de viudedad de separados/as es una pensión íntegra. Y no creemos se trate un olvido legislativo, sino una intención de acabar con la doctrina del «INSS viudo»".

da en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo previsto en el párrafo anterior en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios/as".

El párrafo segundo del artículo 174 contempla las siguientes cuestiones: 1) Requisitos para el nacimiento o reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los casos de separación y divorcio. 2) Concurrencia de beneficiarios/as con derecho a pensión, si hubiera mediado divorcio. 3) Cuantía de la pensión de viudedad VS cuantía pensión compensatoria.

1

Requisitos para el nacimiento o reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los casos de separación y divorcio

En los casos de separación judicial y divorcio como regla general para el nacimiento del derecho a la pensión de viudedad exige los siguientes requisitos:

1

además de los mencionados en el párrafo primero del artículo 174 de la LGSS que se exigen con carácter general para acceder a las pensiones de viudedad¹⁴ y

2

que sea cónyuge (caso de separación) o haya sido cónyuge legítimo (caso de divorcio), siempre que *no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente*.

3

que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante. Con esta redacción, la pensión compensatoria que se extinga al fallecimiento del deudor se ha convertido en requisito del nacimiento del derecho a la prestación de viudedad.

Esta nueva redacción se ha efectuado para evitar los problemas de interpre-

tación que generaba la redacción anterior y que fueron puestos de manifiesto por la doctrina¹⁵ y los Tribunales de justicia¹⁶, si bien continúa infringiendo el principio de igualdad y generando discriminación.

La nueva redacción, utilizando la expresión: "*Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 CC y ésta quedara extinguida a la muerte del causante*", no parece dar lugar a dudas de que la referencia a la pensión compensatoria ya es un requisito para el nacimiento del derecho a la pensión de viudedad.

De este requisito se exonera a un especial colectivo: "*Las mujeres que no siendo acreedoras de la pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o divorcio*". Para ello se les exige que aporten como medios de prueba:

1

la sentencia firme o

2

archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento

3

en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género,

4

así como cualquier otro medio de prueba admitido en derecho.

2

Concurrencia de beneficiarios/as con derecho a pensión, si hubiera mediado divorcio. Cónyuge viudo y el cónyuge histórico, o varios cónyuges históricos

La norma comienza con la siguiente expresión: "*Si, habiendo mediado divorcio*". Esto se ha interpretado por la doctrina y el INSS en la Instrucción de 3 de abril de 2008¹⁷ en el sentido de



que, fuera de los casos de divorcio, esto es, **en los supuestos de separación, la pensión se reconoce en su integridad a la única persona titular**, superando la doctrina jurisprudencial que establecía su reparto en función del tiempo de convivencia y terminando con la doctrina del “IN-SS Viudo”.

LOUSADA AROCHENA¹⁹ comparte esta interpretación, indicando: *“porque se contempla la reducción de la cuantía de la pensión de viudedad en el único supuesto de que «habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios/as con derecho a pensión», no en consecuencia, en una conclusión a contrario sensu, cuando, habiendo mediado divorcio, no se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, de modo que, en estos casos, la literalidad de la norma nos conduce al reconocimiento de la pensión de viudedad de una manera íntegra, sin posible reducción cuando esa reducción no encuentra amparo en norma legal alguna. Así las cosas, se recuperaría la equivalencia entre un causante y una pensión de viudedad”*.

El artículo 174,2 LGSS, estima como beneficiarios/as que pueden tener derecho a pensión:

a
Cónyuge sobreviviente.

b
El que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario/a de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente.

c
Cónyuge o ex cónyuge histórico.

Se reconoce la pensión en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40% a favor del cónyuge superviviente, separado o no legalmente o en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario

de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente.

Comparto la opinión de LOUSADA¹⁹ se está recogiendo el criterio distributivo entre el/a cónyuge existente al momento del fallecimiento y el/a cónyuge divorciado/a, al aplicarse la prorrata a «cada uno de (los beneficiarios/as)», lo cual incluye al/a cónyuge existente en el momento del fallecimiento.

El INSS en la Instrucción de 3 de abril de 2008 manifiesta que la garantía del 40% debe reconocerse también a la persona separada, ya que sigue legalmente siendo cónyuge, siempre que cause derecho de pensión de viudedad.

El artículo 172.2, de forma expresa en el supuesto de divorcio con concurrencia de beneficiarios/as se refiere al “*tiempo vivido*” con el causante, de tal forma que la cuantía de la pensión depende de la convivencia con el causante.

En este sentido, el INSS en la Instrucción de 3 de abril de 2008 manifestó que con esta nueva redacción ha perdido vigencia la interpretación del TS iniciada a partir de la sentencia de 21 de marzo de 1995 que atribuía los periodos sin convivencia a quien tuviera la condición de cónyuge en el momento del fallecimiento. El tiempo de convivencia respecto de matrimonios y parejas de hecho se computa desde su celebración o constitución respectivamente, hasta su extinción.

No obstante lo anterior, en caso de fallecimiento del beneficiario/a o de extinción de la pensión o prestación temporal, con garantía del 40%, los restantes beneficiarios/as que concurren recuperarán la porción de pensión que se hubiera minorado²⁰.

Comparto la opinión de MOLINS GARCÍA-ATANCE²¹ quien pone de relieve: *“Pero desde el momento que la convivencia debe ser inmediata al deceso del causante, las parejas de hecho «históricas» (que convivieron con el causante en el pasado pero no lo hacen en el momento del deceso), no*

tienen derecho a pensión de viudedad, a diferencia de los cónyuges históricos, aunque la convivencia se prolongara durante muchos años. Se produce así una situación de desigualdad: las parejas de hecho históricas en ningún caso devengan la pensión de viudedad, mientras que los cónyuges históricos sí que pueden devengarla. Si el causante contrajo matrimonio, se divorció y posteriormente inició una convivencia de hecho que no alcanzó los cinco años en el momento de su fallecimiento, la única pensión de viudedad le corresponderá al cónyuge histórico, ya que el conviviente no reuniría el requisito de convivencia quinquenal”.

A las separaciones o divorcios acaecidos antes del 1 de enero de 2008, cuyo hecho causante se hubiera producido después del 1 de enero de 2010 se aplica la Disposición Transitoria 18^a al RDL 1/2004, titulada: Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008, de tal forma que si se cumplen los requisitos en ella establecidos no se contempla la pensión compensatoria como requisito determinante para el nacimiento del derecho a la prestación de viudedad.

3
Cuantía de la pensión de viudedad VS cuantía pensión compensatoria

La nueva reforma dispone que en el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella disminuirá hasta alcanzar la cuantía de ésta última.

Para determinar el importe de la pensión compensatoria, que ha de servir de base para la aplicación del tope a que se refiere el apartado 2 del artículo 174, el INSS en la instrucción de 16 de febrero de 2010 dispone: *“Se requerirá al interesado/a la aportación de los resguardos bancarios, correspondientes a los tres meses anteriores al mes de fallecimiento, en los que se refleje su importe, salvo que el*



procedimiento de pago fuese distinto al de transferencia bancaria, en cuyo caso se constatará a través de cualquier medio de prueba admitido en derecho. En el supuesto de que, siendo acreedor de pensión compensatoria, el interesado/a no pudiera acreditar su importe actual como consecuencia de un incumplimiento reiterado y constante en el pago por parte del deudor, se estará a lo establecido en el convenio regulador o sentencia". En el anexo I de la citada instrucción parece que en los supuestos de violencia de género, aunque hubiera compensatoria no operaría el ajuste de la pensión de viudedad a la pensión compensatoria.

Este requisito, ha sido introducido para evitar que en convenios reguladores se fijasen cantidades mínimas para que en caso de fallecimiento del ex cónyuge no se perdiera el derecho a la pensión de viudedad. Pero en mi opinión, se le ha ido demasiado la mano al legislador con el establecimiento de este requisito y el mismo genera situaciones totalmente injustas, máxime cuando la pensión compensatoria también se reconoce en sentencias judiciales dictadas en procesos contenciosos, en los que el Juez establece una cuantía atendiendo al de-

sequilibrio económico producido. No tiene nada que ver el desequilibrio económico que exige la compensación del artículo 97 CC con la pensión de viudedad.

La pensión de viudedad es una pensión de naturaleza contributiva, y su importe es proporcional a lo realmente cotizado. La pensión compensatoria tiene una naturaleza totalmente diferente a la pensión de viudedad y su importe, bien por convenio o bien determinado judicialmente, suele ser siempre inferior al importe de la pensión de viudedad, habiendo aprovechado el legislador para reducir sustancialmente las cuantías de las pensiones de viudedad.

4
Supuesto de separaciones judiciales o divorcios, cuyo hecho causante se haya producido entre el 1 de enero de 2008 y 31 de diciembre de 2009 y en el que la beneficiaria pueda acreditar que fueron víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o divorcio

Según la Instrucción del INSS de 16 de febrero de 2010, debe entenderse que, *"de acuerdo con el último párrafo de la nueva DT 18^a, la existencia de violencia de género EXIME de tener pensión compensatoria cuando el hecho causante se haya producido a partir del 1 de enero de 2008. Los dos primeros aspectos que se han mencionado, y, salvo lo dispuesto en la DT 18^a de la LGSS que a continuación se analiza, se aplicarán a hechos causantes producidos a partir del 1 de enero de 2010, con independencia que la separación judicial o el divorcio sea anterior o posterior al 1 de enero de 2008, fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre"*.

En el anexo I de la Instrucción se indica que en los casos de violencia de género para que nazca el derecho a la pensión de viudedad no se exige ni pensión compensatoria, ni cumplimiento de requisitos de la DT 18^a, ni siquiera para hechos causantes acaeci-

dos entre el 1 de enero de 2008 y 31 de diciembre de 2009.

Esta exención recoge la doctrina de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, sala de lo social, **de 22 de enero de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Pérez Obregón. Sentencia n^o 38/09 y la de 4 de febrero de 2009. Ponente: Ilma. Sra. Mercedes Sancha. Sentencia n^o 80/2009. Recurso 1193/2008**, en las que entiende que **no cabe efectuar una interpretación indiscriminada de la norma de la Seguridad Social (art. 174.2 de la LGS), como hace el juzgador de instancia al afirmar que como "la ley es igual para todos, no cabe distinciones"**. Deben superarse los efectos perversos de esa aplicación indiscriminada, con la conjunción interpretativa de las dos leyes orgánicas citadas (la 1/2004 y la 3/2007), y está claro que si una mujer sometida a violencia de género no ha solicitado una pensión por desequilibrio económico como consecuencia de su difícil situación familiar y personal (con un cónyuge alcohólico que la agredió), fue por la imposibilidad de hacerlo. En consecuencia, estima que la actora tenía derecho a la pensión compensatoria pese a su no percepción, y procede estimar el recurso y revocar la resolución de instancia".

En estos supuestos, el INSS estima que respecto a la cuantía no ha lugar a realizar ajuste alguno entre pensión de viudedad a la pensión compensatoria, si bien si existe cónyuge o pareja de hecho se garantiza a estos últimos el 40% de la cuantía.

La reforma efectuada por Ley 26/2009 es de mas calado del que parece y evidencia la supresión paulatina de la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial y divorcio. Además obligará a la jurisdicción de familia a replantearse las pensiones compensatorias, no solo su nacimiento, sino también su forma de pago, y hasta su cuantía, la cual deberíamos procurar que no se fijase por debajo de la que le pudiera corresponder en concepto de pensión de viudedad,

18

LOUSADA AROCHENA, J.F. "Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las leyes 40/2007, de 4 de diciembre, Y 26/2009, de 23 de diciembre", *Aranzadi Social*, 1/2010 parte Estudio, Pamplona, 2010.

19

LOUSADA AROCHENA, J.F. "Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las leyes 40/2007, de 4 de diciembre, Y 26/2009, de 23 de diciembre", *Aranzadi Social*, 1/2010 parte Estudio, Pamplona, 2010.

20

Vid. Instrucción del INSS de 3 de abril de 2008. LOUSADA AROCHENA, J.F. "Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las leyes 40/2007, de 4 de diciembre, Y 26/2009, de 23 de diciembre", *Aranzadi Social*, 1/2010 parte Estudio, Pamplona, 2010.

21

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. "La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social", *Aranzadi Social*, 6/2008.



puesto que si se fija una pensión compensatoria por debajo de lo que le correspondería por pensión de viudedad, ello implicaría una pérdida de parte del derecho a la prestación de viudedad.

Tras estas rápidas reflexiones, puedo concluir sin temor a equivocarme que en los supuestos de separación judicial o divorcio a la pensión de viudedad lamentablemente le quedan los días contados.

3. VINCULACIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD A LA PENSIÓN COMPENSATORIA. PROBLEMAS QUE PLANTEA

La reforma del artículo 174.2 tras la redacción dada por la Ley 26/2009 equipara la naturaleza de la pensión de viudedad con la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil²² prevista para los casos de separación judicial o divorcio, con la finalidad de que la pensión de viudedad recupere la naturaleza de renta de sustitución y ello en mi opinión es erróneo, puesto que la naturaleza, finalidad y presupuestos de la pensión compensatoria son totalmente diferentes de la pensión de viudedad. Además ha de tenerse presente que la pensión compensatoria no representa todos los supuestos en que verdaderamente existe una dependencia del cónyuge histórico separado judicialmente.

Esta referencia a la pensión compensatoria del artículo 97 CC deja fuera otros supuestos en los que verdaderamente existe una situación de dependencia del cónyuge histórico separado judicialmente, como son los aquéllos en que en el convenio regulador el deudor se obliga al abono de una cantidad en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos.

En estos casos, el fallecimiento del deudor extingue estas obligaciones y el cónyuge histórico se encuentra que además de dejar de percibir del deudor estas cantidades, el INSS le deniega el derecho a la prestación de viudedad, al no estar percibiendo una pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del causante.

La norma general que se establece en el artículo 97 CC es la de que no existe un derecho a pensión en todos los casos y que sólo se acreditará cuando se produce la existencia de desequilibrio económico patrimonial, que constituye el supuesto de hecho para su reclamación; en consecuencia, sólo surge la pensión de viudedad, cuando dándose las circunstancias previstas en el artículo 97 la pactaron los cónyuges en el convenio regulador –artículo 90-C) del Código Civil– o cuando la establece el Juez.

Por otro lado, la pensión compensatoria²³ no es una pensión de derecho necesario sino de derecho dispositivo²⁴, en palabras del Tribunal (STS 2 de diciembre de 1987. Ponente: Eduardo Fernández Cid de Temes) *“no nos encontramos ante una norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes”*. Por ello, aún existiendo desequilibrio económico real, la pensión puede existir o no, pues puede ser renunciada.

En el supuesto de la pensión de viudedad del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, su razón y fundamento no es el desequilibrio económico de los cónyuges, **sino el fallecimiento de uno de ellos**. La prestación de muerte y supervivencia, como prestación de protección familiar que es, **está asentada además de en un principio de solidaridad genérico, en un principio de solidaridad entre los “próximos”**, procurando, a través de la pensión de viudedad que dicha solidaridad **siga después de la muerte de uno de ellos**. En este sentido, el Tribunal Constitucional en su sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, considera que la pensión de viudedad se configura legítimamente como una prolongación de la situación matrimonial, *“un reconocimiento de efectos jurídicos post mortem”*. En esta línea el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de mayo de 2004 ha indicado que la pensión de viudedad aparece concebida por la legislación como **“una renta devengada a favor de los cónyuges por la ayuda mutua y la aportación al interés de la familia”**.

22

Sobre la pensión compensatoria, vid, entre otros: CAMPUZANO TOMÉ, H. *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, Barcelona, 1986. HAZA DÍAZ, P. *La pensión de separación y divorcio*. La Ley, Madrid, 1989. Idem: “La transmisión mortis causa de la pensión de separación y de divorcio”, *AC*, 32, semana 5/11 de septiembre de 1988; PEREDA GÓMEZ, F.J. y VEGA SALA, F. *Derecho de familia*, Barcelona, 1994, pp. 157 y ss. GARCÍA MANCEBO, M. y LLERANDI GONZÁLEZ, N. *La pensión compensatoria entre cónyuge: su limitación temporal*. Estudio de Jurisprudencia, Cuadernos de Jurisprudencia. Servicio de Publicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, julio 1995. Comentarios a las reformas de derecho de familia, artículos 97 a 101, Vol. I, Madrid, 1984, pp. 415 y ss.; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T. “Transmisión mortis causa del pago de la pensión por separación y divorcio”, *RGD* octubre-noviembre 1993, pp. 9.619 y ss. HOYA COROMINA, J. y ANAUT ARREDONDO, S. “La pensión compensatoria”. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1.873, de 15 de julio de 2000. MARFIL GÓMEZ, J. “Hacia un planteamiento racional de la pensión compensatoria”. *La tabulación. Revista de Derecho de familia*, 2000, 6, pp. 23-28. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio, (naturaleza jurídica, determinación, transmisión y extinción)*. 2ª ed. Lex Nova. Valladolid, 2003, pp. 26 y ss. Sobre la gestación parlamentaria de la reforma del Código Civil reguladora del matrimonio, vid, pp. 47 y ss. REBOLLEDO VARELA, A.L. “La compensación económica del art. 97 del CC en la Ley 15/2005 de 8 de julio”. *Aranzadi civil*, 20/2005, Pamplona, 2006. BIB 2005/2647.

23

De gran interés por analizar exhaustivamente la pensión compensatoria, su naturaleza y diferencias con otros efectos que produce la separación y el divorcio es la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa**, Sección 1ª, de 3-1-2000, nº 2/2000. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Hoya Coromina: “(...) ello conduce a considerar que *la pensión compensatoria y la pensión por alimentos son dos instituciones de naturaleza jurídica diferente* (Sentencia de 2 de diciembre de 1987 [RJ 1987/9174]), y así la doctrina está de acuerdo en excluir el carácter alimentario de la pensión compensatoria, y ello por cuanto se afirma que son conceptos diferentes por cuanto la pensión alimenticia propiamente dicha, tiene su base en el deber de auxilio mutuo entre cónyuges exigido en el artículo 68 CC, en relación con los artículos 142 y ss, que se ha entendido compatible por el Tribunal Supremo incluso con la separación de hecho libremente consentida (STS de 25 noviembre 1985 [RJ 1985/5908]). Pero sin embargo no lo es con las situaciones de divorcio, pues disuelto el matrimonio, no se genera en cuanto a los cónyuges causa de obligación alimenticia conforme a los artículos 143, 150 y 152 del Código Civil, pudiendo únicamente fijarse una pensión conforme al artículo 97 del mismo texto legal (STS de 29 junio de 1988 [RJ 1988/5138]). (...) 22º. Como conclusión de lo hasta aquí expuesto, deberá señalarse como diferencia fundamental entre la pensión compensatoria y el resto de las medidas derivadas de los procesos de crisis matrimoniales que tengan como destinatarios a los hijos menores de edad del matrimonio, que la primera es-



tá regida, no por el principio de «*ius cogens*», propio de las segundas, sino por el dispositivo, en cuanto tal, sometido a los principios de autonomía de la voluntad de los esposos en el ámbito material y al de rogación en su aspecto procesal, pudiendo por ello ser renunciada, bien expresamente o bien no haciéndola valer, renuncia tácita, en tal sentido las Sentencias AP Asturias, Sección 6ª, S. 11-9-1998, nº 439/1998, rec. 117/1998. Pte: Rodríguez-Vigl Rubio, Mª Elena; AP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª S. 16-3-1998, nº 176/1998, rec. 549/1997. Pte: Velázquez de Castro Puerta, Fulgencio V.; lo que lleva como consecuencia su imposibilidad de fijación de oficio y sin que constituya un obstáculo para su reconocimiento el hecho de que con anterioridad a la demanda de divorcio, en la cual se interesa su establecimiento, le haya precedido la separación, aun cuando en ella no se hubiese fijado, pues esta posibilidad no le está vedada por el art. 97 CC, y lo que sucederá es que para determinar la existencia de los presupuestos que justifican su concesión—desequilibrio económico—, habrá de estarse al momento en que se produjo el cese de la convivencia, esto es, la separación de hecho del matrimonio. (AP Valencia, Sección 9ª, S. 14-12-1998, nº 1036/1998, rec. 124/1998). Finalmente habrá de destacarse que la pensión por desequilibrio habrá de fijarse teniendo en cuenta en su caso las circunstancias que menciona el artículo 97, y señaladamente la contenida en el número 8, es decir la relativa al caudal y medios económicos y necesidades de uno y otro cónyuge, lo que revela que estos últimos elementos constituyen más bien la base real y material de la efectividad de la pensión, pero que viene determinada esencialmente en función de las demás circunstancias anteriores. (SAP Palma de Mallorca, 22 de diciembre de 1982, SSTS 2 de diciembre de 1987 y 29 de junio de 1988; Sentencia de 7-7-1995 [AC 1995] 1661], rollo de apelación nº 114/1995; AP de Toledo Sección 2ª; Sentencia de 27-10-1994 [AC 1994]1771], rollo de apelación nº 341/1993.

24

Vid ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. *ob. cit.*, pp. 132 y ss.

25

Art. 97 del Código Civil en la redacción actual, tras la reforma producida por 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 dispone: “*El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia*”.

26

LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I. “Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174, tras la reforma por Ley 40/2007, 4 de diciembre”, *ob. cit.* p. 10. Idem en *Aequalitas. Revista jurídica para la Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 23, julio-diciembre 2008.

A partir de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las STS (Sala 1ª) de 10 de febrero de 2005 y 24 de abril de 2005 y posteriormente con la última reforma sufrida en el 2005, la pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil²⁴ se concibe, en principio, **de forma temporal** y no permanente, porque su verdadera naturaleza es la de corregir la descompensación económica en los patrimonios de los cónyuges hasta que el que percibe menos ingresos se rehaga y la compensación puede consistir en una prestación única.

Resulta anómalo que la pensión compensatoria, en principio, sea temporal, y la pensión de viudedad que la sustituye, sea permanente. Puede suceder que el beneficiario/a estuviera percibiendo una pensión *compensatoria temporal*, que se iba a extinguir el mes siguiente al fallecimiento del causante, pero como la estaba percibiendo al fallecer éste y se extinguió por su fallecimiento (aunque sólo le quedase un mes), pasa a percibir una pensión de viudedad vitalicia²⁵.

También deberá tenerse en cuenta que una pensión compensatoria temporal, que se extinga antes de la muerte del causante implicará la imposibilidad de acceder a la pensión de viudedad y si la tendencia tras la reforma civil del año 2005 es atribuir a las pensiones compensatorias un carácter temporal, la consecuencia obvia es la DESAPARICIÓN DE LAS PENSIONES DE VIUEDAD EN SUPUESTOS DE SEPARACIÓN JUDICIAL Y DIVORCIO.

En mi opinión, vincular la existencia de una pensión de viudedad a la existencia o no de una prestación compensatoria distorsiona los principios a que responde el sistema protector de la Seguridad Social (art.2 de la LGSS, 39 y 41 de la CE) y los caracteres, naturaleza y regulación que el Código civil realiza de la pensión compensatoria

Por otro lado, al supeditar el reconocimiento del derecho a la prestación de viudedad a que además de ser acreedoras de una pensión compensatoria del artículo 97 CC, esta quede extinguida a la muerte del causante, se produce

una colisión y contradicción evidente entre el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social y el artículo 101 del Código Civil, en el que se contemplan unas causas taxadas y numerus clausus que producen la extinción de la pensión compensatoria y en el que de forma expresa se indica: “EL DERECHO A LA PENSIÓN NO SE EXTINGUE CON EL SOLO FALLECIMIENTO DEL DEUDOR”.

¿Cómo es posible que el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad social pretenda imponer como requisito para que el derecho a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas una *conditio iuris* que contradice claramente el artículo 101 del Código civil?

Esto únicamente puede explicarse desde confusión entre la pensión compensatoria y el resto de efectos de la separación judicial o divorcio. Si lo que quiere el legislador es que la pensión de viudedad recupere la naturaleza de renta de sustitución, no debería condicionarla a la pensión compensatoria y en todo caso debería suprimir que la pensión compensatoria se extinga a la muerte del causante, ya que civilmente (art. 101 CC) la muerte del deudor no es un supuesto de extinción de la pensión compensatoria. Por el contrario, sí podía haberla referido al concepto de contribución a las cargas del matrimonio y/o alimentos, que sí se extinguen con el fallecimiento del deudor. Claro está que también plantearía el problema de que con el divorcio el deudor no está obligado al pago de alimentos al cónyuge, que deja de serlo al producirse la disolución del matrimonio, ni tampoco está obligado al abono de cantidad alguna en concepto de contribución a las cargas del matrimonio, pues éstas dejan de existir con el divorcio.

Por ello, si lo que el legislador quiere es que la pensión de viudedad varíe su naturaleza y adquiera naturaleza sustitutoria, debería haber dicho: “*Asimismo se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de cualquier tipo de pensión o de contribución a las cargas*



del matrimonio que se extingan a la muerte del causante”.

La incidencia de la reforma en la pensión compensatoria obliga a Abogados/as y a Jueces/zas y Tribunales a plantearse de nuevo los criterios que han de tenerse en cuenta a la hora de determinar la concesión de una pensión compensatoria, su vigencia, su forma de abonarse, esto es, si se opta por una prestación única o por una pensión periódica y ahora tras la nueva reforma hasta su cuantía.

La nueva redacción del art. 174.2 de la LGSS tiene una gran incidencia en la pensión compensatoria del artículo 97 del CC y está afectando a varias situaciones:

a

Separaciones judiciales o divorcios anteriores al 1 de enero de 2008, en las que se renunció a la pensión compensatoria o no se pactó pensión compensatoria

La realidad social nos muestra la existencia de **multitud de convenios reguladores** homologados antes del 1 de enero de 2008, en los que se contienen cláusulas de renuncia a pensiones compensatorias o en los que simplemente no se pactó pensión compensatoria alguna, por cuanto en el momento de su separación o divorcio, la renuncia a la pensión compensatoria no tenía efecto alguno reflejado en las pensiones de la Seguridad Social, al estar en vigor la Disposición Adicional 10 de la Ley del Divorcio 30/1981 que reconocía el derecho a la pensión de viudedad, sin ningún otro requisito que ser o haber sido cónyuge. Precepto que se plasmó en el artículo 174 tras la redacción dada por el Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, que es el que ha estado en vigor hasta el 1 de enero de 2008.

En consecuencia la renuncia a la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil afectaba exclusivamente a ésta, conservando sus derechos a una pensión de viudedad, en el caso de que acaeciera el fallecimiento de su cónyuge.

Elevar a la categoría de requisito para el nacimiento del derecho a la pensión de viudedad aplicable en todos los supuestos de separación judicial y divorcio, que el cónyuge separado judicialmente o divorciado sea acreedor de una pensión compensatoria en el momento del fallecimiento, tiene como efecto hacer extensible la renuncia a la pensión compensatoria efectuada antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, a la pensión de viudedad que se devengue a partir del 1 de enero de 2008, adjudicando a la renuncia mayor alcance que el que de modo expreso le otorgaron las partes, tratándose como se trataba de un negocio jurídico privado, sin que haya de afectar a los derechos derivados del sistema público de Seguridad Social, máxime teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 3 de la LGSS.

Es decir, todos aquellos matrimonios en los que los cónyuges renunciaron a la pensión compensatoria, antes del 1 de enero de 2008, y que tenían un **derecho expectante a la pensión de viudedad**, verían extendida dicha renuncia a la compensatoria a la pensión de viudedad, en contra de lo dictaminado de forma unánime por la jurisprudencia hasta el momento en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de enero de 1996 (AS 1996, 750)²⁷; STSJ País Vasco de 9 de diciembre de 1998. Ponente: Juan Carlos Iturri Garate²⁸; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Recurso de Suplicación núm. 221/2008²⁹.

Ante esta regulación que atentaba a la seguridad jurídica y al principio de irretroactividad, el legislador del año 2009, mediante Ley 26/2009 introduce una **Disposición Transitoria 18^a** en el TRLGSS titulada: *Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008, que se aplica a todas los supuestos de separación o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008* y a los hechos causantes producidos a partir de la entrada en vigor y también a los producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, esto es a los fa-

27

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de enero de 1996 (AS 1996, 750): “Al amparo del artículo 190, c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia el cuarto motivo del recurso inaplicación de la norma 5^a de la DA 10^a de la Ley 30/1981, de 7 julio (RCL 1981\1700 y ApNDL 2355). Se razona en su contenido que, habida cuenta de la renuncia de la primera causahabiente a una posible pensión de divorcio, dicha renuncia ha de surtir efectos del mismo modo en cuanto a la pensión de viudedad, por lo cual esta prestación debe corresponder en su integridad a la recurrente. Dicha argumentación no puede ser acogida, pues no cabe adjudicar a la renuncia referida mayor alcance que el que de modo expreso le otorgaron las partes, tratándose, como se trataba, de un negocio jurídico de carácter privado, sin que haya de afectar a los derechos derivados del sistema público de Seguridad Social, máxime teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 69 (RCL 1974, 1482 y NDL 27361) (actual artículo 3) de la LGSS”.

28

STSJ País Vasco de 9 de diciembre de 1998. Ponente: Juan Carlos Iturri Garate. “Se entiende que la renuncia a pensión compensatoria prevista en el Convenio regulador del divorcio ratificado judicialmente se extiende a la pensión de viudedad y la misma es válida. El carácter irrenunciable de los derechos conferidos en la Ley General de la Seguridad Social previsto en el artículo 3 de la LGSS abarca también el previsto para el que fue divorciado del difunto, en relación con la pensión de viudedad del artículo 174.2 de la propia Ley y siempre y cuando no se dé el supuesto previsto en el art. 174.3 de tal Norma en relación con el art. 101 CC, pues está previsto en la Ley. Por otra parte, la validez de la renuncia se condiciona en el citado Código Civil a determinados presupuestos, entre ellos que no contrarie el orden público. Se impone una interpretación integradora de ambas normas que lleva a entender que cuando se establece la irrenunciabilidad de tales derechos expresamente y por Ley es porque se considera que lo es porque se trata de materia de orden público (tratamos de PRESTACIONES PÚBLICAS, REGULADAS EN SU MAYOR PARTE POR NORMAS IMPERATIVAS) y por tanto, la renuncia a tales derechos contraría el orden público. La irrenunciabilidad de un pacto en el sentido expuesto por la recurrente es afirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 18 enero 1996 (AS 1996\750). Por otro lado, el hecho de pactar la renuncia a la pensión compensatoria en el divorcio (arts. 97 CC y ss) no permite llegar a considerar que se extendiese la misma a la pensión de viudedad en el régimen general de la Seguridad Social, pues es tradicional considerar el carácter restrictivo al interpretar la renuncia, sin que quepa entender incluidos derechos distintos de los expresamente señalados en la renuncia. Uno y otro derecho son distintos”.

29

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 20 de junio de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Poves Rojas, en el Recurso de Suplicación n.º 221/2008: “De todas maneras, dejando ahora al margen esta cuestión terminológica, que no es irrelevante en derecho en



cuanto que destaca dos situaciones distintas que pueden ser reguladas por el legislador de manera distinta, la finalidad del precepto del art. 174.2 de la LGSS, en la redacción adoptada a partir del texto refundido de la LGSS de 1994 es muy clara a la vista de su enunciado. Tal finalidad es que, sean cuales sean las causas de la separación matrimonial o de la disolución del matrimonio, éste genera de manera mecánica un derecho expectante a una eventual pensión de viudedad (o asimilada a viudedad) que sólo se desvanece cuando el ex cónyuge contrae nuevas nupcias. Tal derecho a la pensión de viudedad (o asimilada a viudedad) se concibe así como una especie de renta diferida cuyo título de adquisición es la contribución de los cónyuges, bien por toda la vida en común bien mientras dura el matrimonio, a la ayuda y socorro mutuos y a la actuación «en interés de la familia» a que les obliga el estado de casados (artículos 67 y 68 del Código Civil [LEG 1889, 27]-CC-). Cuando se devenga o materializa a la muerte del causante, el contenido del derecho expectante o en curso de adquisición del ex cónyuge divorciado (o del cónyuge separado) no equivale a la pensión de viudedad íntegra sino a una pensión proporcional al tiempo vivido con el ex cónyuge (o cónyuge separado) fallecido. La jurisprudencia de esta Sala de lo Social del TS ha aplicado este criterio de proporcionalidad tanto al supuesto de pensión asimilada de viudedad en favor de ex cónyuge divorciado que no concurre con otro beneficiario o beneficiaria de pensión de viudedad (STS 14-7-1999 [RJ 1999, 6803], 23-7-1999 [RJ 1999, 7752], 17-1-2000 [RJ 2000, 978], 20-3-2000 [RJ 2000, 2865] entre otras) como al supuesto de concurrencia de pensión en favor del viudo o viuda propiamente dichos con pensión en favor de ex cónyuge divorciado (STS 21-3-1995 [RTC 1995, 2171], 10-4-1995 [RJ 1995, 3032], 26-4-1995 [RJ 1995, 3733], 10-11-1999 [RJ 1999, 9501], 27-1-2004 [RJ 2004, 849], entre otras).»

llecimientos acaecidos durante la vigencia de la reforma introducida por la Ley 40/2007.

Esta Disposición Transitoria establece una serie de requisitos que han de cumplir los beneficiarios/as que no son acreedores de la pensión compensatoria que se extingue a la muerte del causante.

Estos requisitos no solucionan todos los problemas que se plantean en los casos de separación judicial o divorcio, ya que deja fuera a todos los colectivos que no reúnan estos requisitos, a quien se les continuará aplicando la norma con efectos retroactivos y se infringirá su principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la CE, originándose situaciones discriminatorias por razón de edad, de efectos del divorcio, por la existencia o no de hijos/as comunes, la posibilidad o no de haberlos tenidos por problemas fisiológicos, etc.

Por otro lado esta DT está siendo aplicada por la entidad gestora generando una disminución de la cuantía a percibir por el beneficiario/a al realizar el cálculo de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de

4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

b

Separaciones judiciales o divorcios posteriores al 1 de enero de 2008, en el que los cónyuges renuncien a la pensión compensatoria en convenio regulador o silencien la misma en convenio o en demanda judicial

A partir de esta fecha, si nada se dice sobre la pensión compensatoria o si se renuncia a ella, se presume que la propia viuda entendió que no existió desequilibrio en su ruptura, y ello tendrá como efecto que no se le reconozca el derecho a la prestación de viudedad, si el otro cónyuge fallece, con las excepciones de los supuestos de violencia de género.

b1

Supuestos de renuncia en convenio regulador

En estos casos se plantearán conflictos en el orden civil, puesto que lo primero que tendría que cuestionarse el Juez/a competente en el orden civil es si a partir del 1 de enero de 2008 podría



rechazar la renuncia a una pensión compensatoria contenida en un convenio regulador, aun cuando existe desequilibrio económico, al implicar dicha renuncia la imposibilidad de acceder a una pensión de viudedad.

El artículo 90 del CC impone al Juez la obligación de aprobar los pactos contenidos en los convenios reguladores de separación, nulidad y divorcio, con dos únicas excepciones:

a si los pactos son dañosos para los hijos y

b que sean gravemente perjudiciales para los cónyuges.

A la luz de este precepto, el/la Juez/a podría y debería rechazar la renuncia a una pensión compensatoria, puesto que la misma es gravemente perjudicial para el cónyuge renunciante y le puede traer como consecuencia la pérdida del derecho a una pensión de viudedad, lo que va a obligar al Juez/a a comprobar si existe o no, en cada caso, el desequilibrio económico que es presupuesto indispensable para el reconocimiento de la pensión compensatoria. Igualmente puede entenderse que la renuncia a la pensión compensatoria también es perjudicial para los hijos/as, puesto que si fallece el cónyuge obligado al pago de alimentos y el otro cónyuge se queda sin percibir pensión de viudedad, se vería afectada la supervivencia de la familia y por ende de los hijos/as.

c
Supuestos en que el cónyuge no solicite en su demanda el reconocimiento de una pensión compensatoria o se omita la misma en el convenio regulador

Al ser la pensión compensatoria una pensión de carácter dispositivo y no haberla solicitado en el momento en que se solicita la separación judicial o el divorcio, con posterioridad no puede solicitarse y ello conllevará una pérdida del derecho a la prestación de

viudedad, con la nueva redacción del artículo 174.2, salvo que se cumplan los requisitos de la DT 18^a o se trate de una víctima de violencia de género.

c
Separaciones judiciales o divorcios en el que la compensación del artículo 97 del CC consista en una pensión por tiempo indefinido o temporal, estableciendo como límite una fecha cierta o en una prestación única

c1
Compensación consistente en una pensión por tiempo indefinido

En este supuesto, si aplicamos la regla general del artículo 101 del CC, la muerte del deudor por sí sola no extinguiría la compensación del art. 97 CC, transmitiéndose dicha obligación a los herederos/as.

Esta situación plantea el problema de determinar si el cónyuge histórico o ex cónyuge tendría derecho a la prestación de viudedad.

La **Instrucción de la Subdirección general de ordenación y asistencia Jurídica de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de 2 de enero de 2008** para la aplicación de la Ley 40/2007 con el fallecimiento presume la extinción de la pensión si la sentencia que se aporte no dispone nada y salvo prueba en contrario.

A pesar de esta instrucción, el INSS ha obligado en algunos supuestos a los herederos/as a instar un procedimiento de supresión de la pensión, conforme al artículo 101 del CC, denegando el derecho a la prestación de viudedad, al no extinguirse la pensión compensatoria por el fallecimiento del deudor-causante o procediendo a un procedimiento de revisión de oficio, en un supuesto de pensión ya reconocida.

c2
Compensación consistente en una pensión temporal

1
Pensión temporal referida a plazo fijo

Si la duración o vigencia de la pensión se efectúa con referencia a un plazo fijo, establecido por años (3, 4, 5, 7 años), la extinción de la pensión compensatoria se va a producir por el transcurso del plazo fijado y no por el fallecimiento del deudor. En este caso, si el fallecimiento del causante se produce con posterioridad a la extinción de la compensación por transcurso del plazo, el INSS denegaría el reconocimiento a la prestación de viudedad.

2
Pensión temporal referida al fallecimiento del deudor

En este caso, la extinción de la pensión compensatoria se producirá por el fallecimiento del deudor, y en consecuencia el cónyuge histórico sí tendría derecho a la percepción de la pensión de viudedad.

c3
Compensación consistente en prestación única

Si bien el artículo 97 CC, tras la reforma efectuada por Ley 15/2005 de 8 de julio, contempla la posibilidad de que la compensación consista en una prestación única, lo cierto y real es que si los cónyuges optan por esta fórmula, perderán sus derechos expectantes a la pensión de viudedad, puesto que en el momento en que se vaya a producir el fallecimiento del deudor, ya se habrá percibido la prestación única y no existirá pensión compensatoria que se extinga por el fallecimiento del deudor.

30
Respecto a las propuestas de reforma y posibles soluciones a la problemática, *vid.* LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I. "Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174, tras la reforma por Ley 40/2007, 4 de diciembre", *ob. cit.* pp. 12 y ss. Idem en *Aequalitas. Revista jurídica para la Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 23, julio-diciembre 2008.



La reforma del artículo 174.2 de la LGSS está incidiendo de modo notable en la compensación económica del artículo 97 CC, cuyas manifestaciones en estos momentos se observan en las siguientes situaciones:

1 La lucha por el reconocimiento de una pensión compensatoria temporal, pero estableciendo como término final la muerte del deudor.

2 En las negociaciones de las separaciones o divorcios de mutuo acuerdo, en cuyos convenios reguladores se buscan fórmulas para establecer pensiones compensatorias que se extingan al fallecimiento del causante.

3 Separaciones o divorcios anteriores a la entrada en vigor a la ley en las que se renunciaron o sencillamente no se pactó pensión compensatoria vitalicia y que ahora se encuentran con una denegación del reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad por no cumplir los requisitos de la Disposición Transitoria 18.

4 El artículo 97 del CC introdujo la posibilidad de que la compensación económica adoptase la forma de prestación única. A raíz de la entrada en vigor de la Ley 26/2009, estimo que esta fórmula quedará vacía de contenido, puesto que si se opta por la prestación única, ello automáticamente implicará que por parte del INSS se le deniegue la prestación, al no estar percibiendo la pensión compensatoria en el momento del fallecimiento y no extinguirse con el mismo.

5 Igualmente esta reforma va a dejar vacío de contenido la temporalidad de la pensión compensatoria, entendiendo ésta como la determinación con referencia a plazos determinados por años.

6 Por otro lado, esta reforma da lugar a

problemas entre los herederos/as del difunto y la persona acreedora de la pensión compensatoria, quien se verá obligada a reclamarles el pago de la pensión.

7 Igualmente va a provocar que en algunos casos los herederos/as tengan que instar la supresión de la pensión al amparo del artículo 101 CC.

8 Las cuantías de las pensiones compensatorias han de ser como mínimo iguales las que pudieran corresponder en concepto de pensión de viudedad, convirtiéndose la cuantía de la pensión de viudedad en un parámetros muy importante a la hora de tener en cuenta la cuantía a fijar en concepto de pensión compensatoria.

Todo lo anterior, aconseja que hasta que se realice una reforma integral de la pensión de viudedad en su conjunto se proceda a la DEROGACIÓN O SUPRESIÓN DEL TEXTO SIGUIENTE: *“El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante”, volviendo a instaurar la redacción que tenía el art. 174.2 LGSS tras la reforma de 1994*” y se mantenga la misma regulación que existía antes de la reforma por Ley 40/2007⁸⁰.

4. CRITICAS A LA REFORMA DEL ART. 174.2 DE LA LGSS Y PROPUESTAS DE REFORMA

La nueva redacción del artículo 174.2 de la LGSS introducida por Ley 26/2009 de 23 de diciembre, tiene como consecuencia la desprotección social, económica y jurídica de la familia de muchas personas divorciadas o separadas judicialmente, que renunciaron en su día a una pensión compensato-

ria, no porque no les correspondiera, sino por conseguir la paz familiar. Estas personas, normalmente mujeres, tras haberse dedicado durante más de 20, 30 e incluso 40 años al cuidado de la familia, y haber abonado a la seguridad social las cuotas correspondientes con dinero ganancial, en el final de sus días se encuentran totalmente desprotegidas, al negarles el Instituto Nacional de la Seguridad Social su derecho a la pensión de viudedad si su esposo o ex esposo fallece a partir del 1 de enero de 2008 y no reúnen los requisitos de la Disposición Transitoria 18^a y carecen de una pensión compensatoria que se extinga al fallecimiento del mismo. ¿Es esta una medida de acción positiva que tiene a proteger a las mujeres viudas a las que la LO 3/27 de 22 de marzo que encuadra dentro del colectivo de especial vulnerabilidad y una manifestación de la consideración de las singulares dificultades en que se encuentran?

Evidentemente no, y por ello estimo que esta interpretación atenta contra el artículo 14 de la LO 3/2007 de 22 de marzo, además de infringir el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los artículos 39 y 41 de la CE.

Tampoco garantiza la asistencia y prestaciones sociales a familias de personas separadas judicialmente, en cuyo convenio regulador homologado judicialmente o en la sentencia de separación, se ha fijado con cargo al cónyuge, ahora fallecido, el abono de una cantidad en concepto de CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO Y ALIMENTOS DE HIJOS/AS, de la que la cónyuge supérstite separada judicialmente se va a ver privada como consecuencia del fallecimiento del causante y en el que la esposa/o ha renunciado a la pensión compensatoria. En estos supuestos, muy comunes en la realidad social, el fallecimiento del obligado al pago les priva de la cantidad que éste estaba obligado a abonar todos los meses en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos de sus hijos/as, puesto que en



este caso el fallecimiento del causante si extingue tanto la obligación de pago de la contribución a las cargas del matrimonio, ya que el matrimonio se disuelve por la muerte del esposo y esta obligación no se transmite a los herederos/as y la obligación de alimentos también se extingue con el fallecimiento del deudor, tal como dispone el artículo 150 CC.

A nadie se le oculta que la falta o minoración de ingresos y en consecuencia la situación de necesidad que tiene la esposa tras el fallecimiento del marido es evidente, aun cuando no tenga reconocida en el momento del fallecimiento una pensión compensatoria, ya que tiene que atender sola a las cargas familiares y mantener a los hijos/as que conviven con ella en el hogar familiar, habiéndose quedado sin la cantidad que el esposo le abonaba en concepto de cargas del matrimonio y alimentos de los hijos/as, negándole la Entidad demandada el derecho a una pensión de viudedad, de forma contraria a derecho.

El fallecimiento del obligado al pago ha tenido como consecuencia que las cargas del matrimonio y alimentos de sus hijos/as deba afrontarlos sólo el superviviente y que a su vez el sistema público le niegue el derecho a una pensión, por haberse dedicado toda su vida a la familia mientras estuvo casada y no reunir los requisitos mínimos para acceder en su momento a una pensión de jubilación y ahora negarle la seguridad social la pensión de viudedad al haber renunciado en su día a la pensión compensatoria, a pesar de que existe una situación real de necesidad. La muerte, en estos casos produce una merma de ingresos y una desprotección total de estas familias.

Esta situación aboca a dichas personas a la exclusión social y no respeta el principio de solidaridad, unidad, universalidad e igualdad que consagra el art. 2.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, ni el artículo 14 de la LO 3/2007 de 22 de marzo de igualdad entre hombres y mujeres, lo que de-

termina que no pueda sostenerse al contrariar el orden público.

Esta regulación de la pensión de viudedad atenta contra la naturaleza de la pensión de viudedad como pensión contributiva que es y **genera un enriquecimiento injusto para la entidad gestora**, al quedarse con la totalidad de las cotizaciones la entidad gestora y no garantizar a las familias la protección social y económica precisa, generando situaciones de desprotección en casos de auténtica y real necesidad.

LÓPEZ-RENDO y ABELLA⁶¹ ya pusieron de manifiesto en sus comentarios y críticas a la redacción del artículo 174.2 introducida por Ley 40/2007: *“Esta interpretación de limitar la concesión de la pensión de viudedad a las personas acreedoras de una pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del causante que se extinga como consecuencia del fallecimiento del mismo es totalmente discriminatoria e infringe claramente el artículo 14 de la CE, y el artículo 2 de la LGSS, puesto que ello implicaría que a los viudos (hombres) se les privaría de una pensión de viudedad, a la que antes tenían derecho, dado no existen prácticamente pensiones compensatorias a favor de maridos o ex esposos. Los datos del INE, que pueden observarse en Internet corroboran esta afirmación. Si a los viudos se les priva de la pensión de viudedad por no ser acreedores de una pensión compensatoria, esta exigencia debería ser declarada inconstitucional, tal como ya tuvo ocasión de declarar la STC 103/1983, 22 de noviembre y la n.º 140/1984 de 23 de noviembre, respecto al requisito que se exigía en el artículo 160.2 de la LGSS en su redacción originaria que requería la dependencia económica de la esposa. Esta misma argumentación se reiteraría en sucesivas sentencias, concretamente en STC 104/1983, 23 de noviembre, entre otras.*

La redacción vigente introducida por la Ley 26/2009 de 23 de diciembre al modificar su redacción ya no deja

lugar a dudas de que se vulnera el artículo 14 de la CE, así como los artículos 4, 6, 14 y 15 de la Ley de Igualdad 3/2007, al introducir una discriminación y desigualdad de trato en los siguientes supuestos:

1a

Viudos/as (hombres/mujeres) de **matrimonio en vigor con convivencia VERSUS los viudos/as divorciados o separados judicialmente.** (Discriminación por estado civil)

Viudas de Matrimonio en Vigor

No se exige prueba de la dependencia económica interconyugal. Es irrelevante si efectivamente existe dependencia económica o situación de necesidad. Mantiene **carácter asistencializador o de renta diferida** (SSTS 14 y 23 de julio de 1999).

Divorciados o separados judicialmente

Exige prueba de dependencia económica interconyugal pero únicamente circunscrita a la pensión compensatoria que se extinga por fallecimiento del deudor. Supuesto absurdo cuando en definitiva la cuantía de la pensión va a ser proporcional al tiempo de convivencia. “Naturaleza sustitutoria”.

Esta nueva redacción está discriminando no solo por razón de sexo (viudos v. Viudas), sino también por razón de estado civil, penalizando a los divorciados o separados judicialmente (que continúan siendo cónyuges), cuando en ambos supuestos (matrimonio vigente como matrimonio disuelto o separado) se ha cotizado a la seguridad social y en la mayoría de los casos con dinero ganancial. Desde el año 1981 hasta la actualidad **no existía discriminación por razón del estado civil**, teniendo reconocidas las personas separadas judicialmente y divorciadas su derecho a la pensión de viudedad en proporción al tiempo de convivencia matrimonial.

**1b**

Viudos/as (hombres/mujeres) **de matrimonio en vigor sin convivencia separados de hecho** en relación con los viudos/as divorciados o separados judicialmente

Matrimonio en Vigor sin convivencia, separados **de hecho**

No se exige prueba de la dependencia económica interconyugal. Es irrelevante si efectivamente existe dependencia económica o situación de necesidad. **Mantiene carácter asistencializador o de renta diferida** (SSTS 14 y 23 de Julio 1999).

Divorciados o separados judicialmente

Exige prueba de dependencia económica interconyugal pero únicamente circunscrita a la pensión compensatoria que se extinga por fallecimiento del deudor. Supuesto absurdo cuando en definitiva la cuantía de la pensión va a ser proporcional al tiempo de convivencia en el caso del divorcio. Naturaleza sustitutoria.

1c

Viudos divorciados o separados judicialmente VERSUS Viudas divorciadas o separadas judicialmente. (Discriminación por razón de sexo)

VIUDOS

No suelen tener pensiones compensatorias reconocidas. Lo que determi-

naría que dicha interpretación sea declarada inconstitucional, tal como ya tuvo ocasión de declarar el Tribunal Constitucional en la STC 103/1983, 22 de Noviembre, respecto al requisito que se exigía en el art. 160.2 de la LGSS en su redacción originaria que requería la dependencia económica de la esposa. Esta misma argumentación se reiteraría en sucesivas sentencias, concretamente en STC 104/1983, 23 de noviembre, entre otras.

Los datos del INE, que pueden observarse en Internet, corroboran esta afirmación.

1d

Viudas divorciadas o separadas judicialmente acreedoras de pensión compensatoria (art.97) en relación con viudos/as acreedoras **de una pensión de alimentos para hijos/as y contribución a las cargas del matrimonio.** (Discriminación por razón de efectos del divorcio o de la separación judicial)

Divorciadas/separadas judicialmente acreedoras de pensión compensatoria

Exige prueba de dependencia económica interconyugal pero únicamente circunscrita a la pensión compensatoria que se extinga por fallecimiento del deudor. Supuesto absurdo cuando en definitiva la cuantía de la pensión va a ser proporcional al tiempo de convivencia. Naturaleza Sustitutoria.

Divorciados/separados judicialmente acreedores de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos de hijo/a

Si se extinguen por el fallecimiento no tienen derecho a viudedad, **a pesar de que se pruebe la dependencia económica y que el fallecimiento del deudor conlleva la pérdida de dichos ingresos.**

1e

Viudos/as separados judicialmente o divorciados a quienes se les ha reconocido una pensión compensatoria única o que ha sido sustituida por una entrega de bienes o cualquier otra forma prevista en el art. 99 CC antes del fallecimiento del causante. (**Discriminación por razón de forma de percepción de la pensión compensatoria**).

1f

Viudos/as separados judicialmente o divorciados a quienes se les ha reconocido pensión compensatoria de pago único o que ha sido sustituida por una entrega de bienes o cualquier otra forma prevista en el art. 99 del Código Civil antes del fallecimiento del causante **y la pensión de viudedad prevista en supuestos de nulidad matrimonial.**

f1

Pensión compensatoria de pago único o sustituida mediante entrega de bienes antes del fallecimiento del causante. En este caso, en que si existe dependencia económica, al existir desequilibrio económico y tener reconocida pensión compensatoria, resulta que se deniega la pensión de viudedad al no extinguirse la pensión compensatoria por el fallecimiento del deudor.

f2

En supuestos de nulidad matrimonial, se exige que el beneficiario haya sido acreedor de la indemnización prevista en el artículo 98 del Código Civil. De tal forma que una vez percibida la indemnización antes del fallecimiento del deudor, se le sigue reconociendo la pensión de viudedad.

1g

También deberá tenerse en cuenta que esta interpretación provoca desigualdad y discriminación entre los propios cónyuges o *ex cónyuges*, puesto que sólo **uno de los ex cónyuges** podrá tener, en su caso, eventualmente derecho a una pensión de viudedad, esto es, **sólo aquél que haya**

31

LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I. "Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174, tras la reforma por Ley 40/2007, 4 de diciembre", *ob. cit.* pp. 10. Idem en *Aequalitas. Revista jurídica para la Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 23, julio-diciembre 2008.



obtenido a su favor una pensión compensatoria, con lo que aquél que no la obtenga perderá la posibilidad de percibir, en su caso, una pensión de viudedad en el supuesto de premo-nencia del ex cónyuge, consecuencia que no se producía con la regulación precedente y que atenta contra el artículo 14 de la CE y los artículos 4, 14, 15 de la LO 3/2007, además de los artículos 2, 39 y 41 de la CE.

1h

La postura que sostuvo el INSS interpretando el artículo 174.2 en la redacción dada por la Ley 40/07 y que ha acogido la nueva reforma del artículo 174.2 de la LGSS introducida por Ley 26/2009, de 23 de diciembre, estimo que igualmente es contraria al principio constitucional de igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE, en el artículo 2 del Real Decreto legislativo 1/1994, así como en los artículos 4, 14, 15 de la LO 3/2007, especialmente teniendo en cuenta los diversos ordenamientos jurídicos privados vigentes en nuestro Estado. De tal forma que el artículo 97 del Código Civil no se aplica en todo el territorio español. Varias Comunidades Autónomas han legislado, de forma diversa, sobre los efectos personales y patrimoniales derivados de las crisis matrimoniales, especialmente teniendo en cuenta la propia regulación tradicional del régimen económico matrimonial. *Carece de toda lógica condicionar una prestación pública de ámbito estatal a concretas circunstancias jurídicas derivadas de la regulación del Derecho Civil Común, que no es aplicable en todo el territorio, sin considerar las peculiaridades de los distintos ordenamientos privados.*

En efecto, el artículo 97 del Código Civil, no se aplica en Cataluña, en donde rige su propio Código de Familia, por consiguiente los viudos/as de Cataluña nunca serán acreedoras de una pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil, puesto que el artículo 97 del Código Civil no es aplicable en dicha Comunidad, quien tiene su propia regulación en

esta materia. ¿Implicaría ello, que siguiendo una interpretación literal, tal como postula la sentencia recurrida, la pensión de viudedad no se reconoce a los viudos/as catalanes, puesto que nunca serían acreedores de una pensión del artículo 97 del Código Civil que se extinguiera con el fallecimiento del deudor?

La pregunta se contesta por sí sola y evidencia que el artículo 174.2 ha de suprimir la referencia y la supeditación a la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil, **evitando interpretaciones discriminatorias que atentan contra uno de los más sagrados derechos fundamentales, cual es el principio de igualdad.**

1i

Asimismo deberá tenerse en cuenta una interpretación literal del artículo 174.2 de la LGSS **también conduciría a negar el derecho a la prestación de viudedad en el supuesto de separaciones judiciales o divorcios ocurridos en el extranjero**, seguramente sometidos a regímenes jurídicos muy diversos, en los que pueden o no existir pensiones compensatorias de muy diferente naturaleza y con un alcance dispar entre todas ellas y con la regulada en el artículo 97 del Código Civil.

Basta pensar en el supuesto en que un ordenamiento jurídico reconozca en una sentencia de separación judicial una pensión alimenticia –en vez de compensatoria (que no existe en dicho país)– a un cónyuge. En este caso, ¿tendrá el mismo alcance, a efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad, que la pensión compensatoria del artículo 97 CC? En puridad y con la interpretación literal, no, puesto que la naturaleza, finalidad, caracteres de una y u otra son diferentes y por parte del INSS, si sigue manteniendo su interpretación literal, se le denegaría el derecho a la prestación de viudedad, en un supuesto claramente injusto en el que se evidencia la situación de necesidad de la cónyuge que se quedará sin pensión alimenticia, pues se extingue por el fallecimiento del deudor.

1j

Discriminación por recursos económicos

La redacción del artículo 174.2 de la LGSS introducida por Ley 26/2009 conduce a generar situaciones de desigualdad de trato entre viudos/as separados judicialmente o divorciados con elevados recursos económicos que permiten que un cónyuge pueda reconocer al otro una pensión compensatoria frente a viudos/as separados judicialmente o divorciados que por carecer de recursos económicos, no pueden abonar al otro cónyuge cantidad alguna en concepto de pensión compensatoria, pese a que el divorcio o la separación judicial genere una situación de desequilibrio económico.

A título de ejemplo de otra gravísima discriminación anticonstitucional que sufren las viudas por el mero hecho de haber estado divorciadas o separadas judicialmente sirve el siguiente ejemplo: mujer joven de 23 años, que lleve formalmente casada sólo dos años con un hombre joven de 25 años, y quede viuda por fallecimiento de su esposo por accidente o enfermedad, sin necesidad de que este haya cotizado a la Seguridad Social un plazo determinado ni de ningún otro requisito tiene derecho, vía complemento de mínimos, a percibir íntegra la cuantía mínima de la pensión de viudedad si carece de otros recursos, puesto que es “mínima” y no puede ser reducida so pena de incurrir en ilegalidad.

Por el contrario, una mujer si es viuda divorciada o separada judicialmen-

32

El art. 39 CE: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

33

LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I. “Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174, tras la reforma por Ley 40/2007, 4 de diciembre”, *ob. cit.* Idem en *Aequalitas. Revista jurídica para la Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 23, julio-diciembre 2008, p. 69.

te y carece de otros recursos, sólo percibirá una pensión si tiene reconocida una pensión compensatoria que se extinga al fallecimiento del deudor y en otros casos, no percibirá ni los mínimos. En consecuencia, la pensión de viudedad, con esta interpretación **ni es igual ni es universal para todas las viudas/os españoles, vulnerando los mandatos constitucionales que prohíben toda discriminación y desigualdad, así como los arts. 2 y 3 de la LGSS.**

Si no se ha efectuado una reforma integral de la pensión de viudedad, y es preciso como paso previo que el Gobierno estudie una reforma integral de la pensión de viudedad, tal como se reconoce en la DA 25 de la Ley 40/07, ¿Por qué el Legislador del año 2009 ha variado la naturaleza de la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente y divorciadas, penalizando este estado e introduciendo situaciones discriminatorias afirmando que tras la reforma la prestación de viudedad tiene carácter de renta de sustitución?

En su versión anterior a enero de 2008, la pensión de viudedad contemplada en la Ley General de la Seguridad Social en su artículo 174.2 se constituye como una ayuda económica estatal con carácter vitalicio a favor del cónyuge superviviente, sin distinción de género, ni de estado civil, ni de recursos económicos.

Toda reforma que se lleve a cabo de la pensión de viudedad, por muy loables que sean sus fines, ha de tener presente que no puede contradecir los principios constitucionales recogidos en el artículo 39 y 41 de la Constitución española y que no puede generar situaciones discriminatorias.

El artículo 39 de la CE³² impone un mandato a todos los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Igualmente el artículo 41, obliga a los poderes públicos a mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y prestaciones

sociales suficientes ante situaciones de necesidad.

Esta nueva reforma, en mi modesta opinión no respeta los arts. 39 y 41 de la CE, pues aboca a muchas personas y familias a la exclusión social y no respeta el principio de solidaridad, unidad, universalidad e igualdad que consagra el artículo 2.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994.

En el año 2008, LÓPEZ-RENDO y ABELLA³³ ya efectuaron las siguientes propuestas: “Para el supuesto que se continúe adelante con la reforma integral de la pensión de viudedad, como parece ser va a efectuarse, se propone como hipótesis que pudieran tener acogida en el nuevo texto normativo para los supuestos de separación judicial o divorcio los siguientes:

1 Reconocimiento como cotizaciones propias (útiles para causar después otras prestaciones por derecho propio y no derivado: desempleo, vejez, invalidez), siempre que hubieran tenido régimen de gananciales con el causante, de las acreditadas en la Seguridad Social a nombre del o la difunta y correspondientes al período de duración del matrimonio. Cónyuge o ex-cónyuge separado/a judicialmente o divorciado/a que no tengan derecho a pensión de viudedad podrían beneficiarse del trasvase de cuotas a su nombre abonadas por el/la cónyuge fallecido/a durante el período de duración del matrimonio, que servirían en su caso para poder acceder en un futuro a prestaciones propias de vejez e invalidez; excluyendo del trasvase las cotizaciones que se superpongan en el tiempo con las propias del viudo o viuda. En definitiva, la medida parte de considerar como bienes gananciales las cotizaciones sociales efectuadas durante el matrimonio, con lo que con toda probabilidad se incrementarían los derechos de protección propios de las mujeres.

2 Incorporar en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad

Social (RCL 1994, 1825) y en sus Reglamentos el método de cálculo no proporcional y más favorable al último cónyuge que se precisa en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 marzo 1995 (RJ 1995, 2171): es decir, atribuir la pensión en su integridad y con independencia de la duración del matrimonio al último cónyuge y detraer de ella, para asignarla a los demás, la parte que pueda corresponderles, esta sí, adecuada al tiempo de convivencia en los matrimonios respectivos.

3 Si se pretende cambiar la naturaleza de la pensión de viudedad y condicionar la misma a la situación de dependencia económica, lo que en estos momentos no estimamos adecuado a la realidad social, ni tampoco oportuno ni conveniente, previo reconocimiento de las cotizaciones como propias en proporción al tiempo de convivencia, la *condictio iuris* ha de ser no a la pensión compensatoria, sino a la percepción por parte del superviviente de cualquier cantidad por parte del o la difunta, bien en concepto de alimentos de hijos/as, esposo/a o ex cónyuge, contribución a las cargas del matrimonio, en su caso”.

El legislador se dio cuenta y tomó conciencia del problema que generaba la reforma por Ley 40/2007 a las personas separadas judicialmente o divorciadas antes del 1 de enero de 2008 y para solventar parte del mismo introdujo una DT 18ª en el TRLGSS, que no ha solucionado todos los problemas, pero sí ha permitido ampliar el núcleo de beneficiarios, y eximió del requisito referente a la pensión compensatoria a las mujeres víctimas de violencia de género.

Lamento que el legislador no hubiera querido solucionar el problema para todas las personas separadas judicialmente o divorciadas sin discriminación y otorgándole un trato igualitario.

Legislador del año 2009 podía haber solucionado totalmente el problema aceptando alguna de estas propuestas, ignorando los motivos por los que,



cuanto menos no se suprimió la referencia a la pensión compensatoria del artículo 97 del CC, cuyas referencias ha sido objeto de varias críticas doctrinales. Si se quería contemplar la pensión de viudedad como renta de sustitución, hubiera sido más conveniente, vincularla, a parámetros internos del sistema de la seguridad social, capaces de demostrar la dependencia del supérstite respecto del causante en el momento del fallecimiento y no acudir a la polémica figura del derecho civil de la pensión compensatoria.

No obstante lo anterior y si el legislador quería acudir a algún efecto de la separación judicial o divorcio, mucho más racional y ajustado a derecho y que no habría creado tanta desprotección sería haber supeditado la pensión de viudedad a la percepción por parte del supérstite de **cualquier cantidad por parte del o la difunta, bien en concepto de alimentos de hijos/as, esposo/a o compensación o indemnización al ex cónyuge, contribución a las cargas del matrimonio, en su caso, pues todos estos supuestos acreditan dependencia y en todos ellos la pensión de viudedad operaría como renta de sustitución.**

Por otro lado debe tenerse presente que el legislador pudo contemplar y no contempló la propuesta de la OIT fundada en el reparto de cuotas: “mientras una pareja se mantenga unida, cada uno de sus integrantes debería tener sus propios derechos fundados en las cotizaciones comunes. Si se separan, los derechos deberían dividirse en partes iguales entre los titulares por cada año en que hubiesen vivido juntos. Una persona casada dos veces antes de alcanzar la edad de admisión a pensión, adquiriría derechos basados en sus cotizaciones por cada año que estuvo soltero, viudo, divorciado o separado y derechos equivalentes a la mitad de los comunes con su cónyuge por cada año que estuvo casada³⁴”.

En mi opinión, cualquier reforma que se efectúe en estos supuestos de separación judicial o divorcio ha de

suprimir la referencia a la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil así como el requisito de que la pensión compensatoria se extinga al fallecimiento del causante, y ser sustituido por el siguiente texto: *“Los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil, sin perjuicio de lo que reglamentariamente se establezca en el supuesto de que se contraiga nuevo matrimonio”*.

Por ello y hasta que el Gobierno proceda a realizar una reforma integral de la pensión de viudedad ya fin de evitar discriminaciones y situaciones de desprotección me veo en la obligación de volver a instar la reforma del artículo 174.2 de la LGSS, postulando la supresión del siguiente texto:

“Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del CC y ésta quedará extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última”. En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en **Derecho**, volviendo a instaurar la redacción que tenía el art. 174.2 LGSS tras la reforma de 1994, donde todas las personas separadas judicialmente o divorciadas tenían los mismos derechos a la prestación de viudedad.

34

OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO: *La Seguridad Social en la perspectiva del año 2000*, Ginebra, 1984, p. 50.





ANEXO I TEXTOS LEGALES DEL ARTÍCULO 174.2 LGSS

REDACCIÓN DEL RDL 1/94 TRLGSS

2. En los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.

En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente respecto del que no cupiera la apreciación de mala fe y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante.

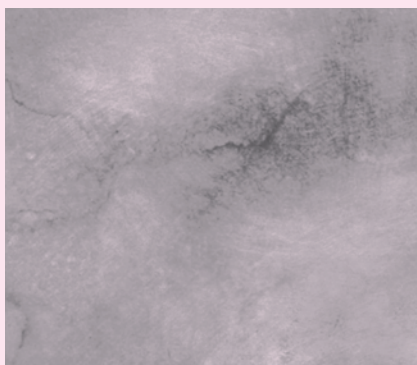
3. Los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil, sin perjuicio de lo que reglamentariamente se establezca en el supuesto de que se contraiga nuevo matrimonio.



REDACCIÓN TRAS LA LEY 40/2007

2. En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. **El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante. Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40% a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente.**


En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 CC, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo previsto en el párrafo anterior en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios.



REDACCIÓN POR LA LEY 26/2009

2. En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. **Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última. En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.**

Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 % a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente. En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 CC, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo previsto en el párrafo anterior en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios.



**La protección de las mujeres
frente a la discriminación
por motivo de embarazo
en la jurisprudencia
constitucional.**

COMENTARIO DE
LA STC 214/2006,
DE 3 DE JULIO DE 2006

D E R E C H O
E S P A Ñ O L



RESUMEN

En este artículo destacamos la contribución del Tribunal Constitucional español en favor de la igualdad de hombres y mujeres, al entender que la discriminación por motivo de embarazo constituye una discriminación por razón de sexo, pero también expresamos cómo en la protección de la mujer trabajadora embarazada frente a la discriminación, no se ha sancionado explícitamente un prejuicio que ha acompañado al ejercicio de la maternidad biológica, que es la equiparación entre el embarazo y la enfermedad. Esto es lo que ocurre en la Sentencia 214/2006, de 3 de julio de 2006, en la que la actitud pasiva del Tribunal Constitucional refuerza la imagen –latente bajo aquella equiparación– de la mujer embarazada como un ser incapaz, y con ello, la idea de que el Derecho (en este caso, la jurisprudencia constitucional) tiene género.

Palabras clave: igualdad, discriminación, sexo, embarazo, enfermedad.

ABSTRACT

The protection of the women to confront the discrimination because of pregnancy by the Spanish Constitutional Jurisprudence. A commentary of the Constitutional Court judgment 214/2006, July 3, 2006

In this article we highlight the Spanish Constitutional Court contribution in favor of equality between the men and the women, to understand that the pregnancy discrimination constitutes a sexual discrimination, but also we express how in the protection of the pregnant woman against the discrimination, the prejudice enclosed to the course of the biological maternity that is the comparison between the pregnancy and the disease it hasn't been punished explicitly. That is happening in the judgment 214/2006, July 3, 2006, in which the passive attitude of Constitutional Court reinforce the pregnant woman image –latent under that comparison– as a disabled person and, with this, the idea that the Law (in this case, the constitutional jurisprudence) has gender.

Key words: equality, discrimination, sex, pregnancy, disease.

POR JUANA MARÍA
GONZÁLEZ MORENO.

Profesora de
Filosofía del Derecho.
Universidad César Vallejo.
Trujillo, Perú.



1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

El Tribunal Constitucional español, tomando como referente la Constitución de 1978, en la que, además de considerarse la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico¹, se proclama la igualdad de todas las personas², viene manteniendo una distinción entre el principio genérico de igualdad y la prohibición de discriminación entre los sexos. Esta distinción es recordada particularmente en las sentencias sobre discriminación por razón de sexo basada en el motivo de embarazo. Así, en la STC 17/2003, de 30 de enero (Fundamento Jurídico 3) se recalca que

“en contraste con el principio genérico de igualdad que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres, resultando un principio también vigente en materia de empleo (STC 229/1992, de 14 de diciembre)”.

El principio genérico de igualdad, que según el Tribunal Constitucional implica la existencia de un derecho subjetivo a la igualdad (vid. la STC 161/2004, de 4 de octubre, Fundamento Jurídico 3, segundo párrafo), supone, por tanto, la exclusión de la desigualdad que no tenga una justificación objetiva y razonable (vid. entre otras las Sentencias del Tribunal Constitucional 23/1981, de 10 de julio; 7/1982, de 26 de febrero; 148/1990, de 1 de octubre; 50/1991, de 11 de marzo; 114/1992, de 14 de septiembre).

¿Cuál es el alcance de la prohibición de discriminación entre los sexos? Según refiere el TC, “la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE” comprende no sólo la discriminación *directa*, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la *indirecta*, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo” (STC 198/1996, Fundamento Jurídico 2; y en sentido idéntico, las Sentencias del TC 145/1991; 286/1994 y 147/1995).

De ahí que el Tribunal Constitucional haya comprendido la discriminación por motivo de embarazo en la prohibición de discriminación por razón de sexo, entendiendo, en línea con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas³—que, a partir de la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa

por el que se modifican los tratados fundacionales de las Comunidades Europeas se denomina Tribunal de Justicia de la Unión Europea—, que la discriminación por maternidad (o por embarazo, que es otro de los términos utilizados en la jurisprudencia constitucional al igual que en la jurisprudencia comunitaria para referirse a la discriminación que tiene que ver con el ejercicio de la función de maternidad), la cual se registra fundamentalmente en el ámbito laboral, es una forma de discriminación directa contra las mujeres que no puede justificarse de forma alguna.

2. LA DISCRIMINACIÓN BASADA EN EL MOTIVO DE EMBARAZO COMO FORMA DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

El Tribunal Constitucional, que, como hemos dicho, ha comprendido la discriminación por motivo de embarazo en la prohibición de discriminación por razón de sexo, establece, por tanto, una conexión entre el embarazo o la maternidad (en sentido biológico) y la discriminación por razón de sexo, de modo que es doctrina consolidada de este Tribunal que

“la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También comprende estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa o

1

Conforme al art. 1,1 de la Constitución, “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo jurídico”. (El subrayado es nuestro).

2

Vid. el art. 14 de la Constitución en que se expresa que: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social”.

3

Vid. los asuntos *Dekker* 177/88, Sentencia de 8 de noviembre de 1990; *Habermann-Beltermann* 491/92, Sentencia de 5 de mayo de 1994, y *Webb* 32/93, Sentencia de 14 de julio de 1994, en que este Tribunal trata la discriminación por razón de embarazo como discriminación por razón de sexo.

4

A este respecto, cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha desestimado recursos de amparo motivados por discriminación de sexo con base en el embarazo de la actora porque no se había agotado la vía judicial previa, algo que han criticado algunos de sus integrantes en el voto particular a las sentencias del Tribunal, como ocurre en la STC 3/1995, de 10 de enero, en cuyo Voto Particular se considera que el Tribunal debió entrar en el fondo de la cuestión y evaluar la eventual procedencia de la indemnización solicitada como consecuencia de la falta de prórroga del contrato temporal de la trabajadora por razón de su sexo en la línea de lo sostenido por el Tribunal en la STC 173/1994 (Voto Particular, 2, b) tercer párrafo). El Tribunal Constitucional ha desestimado asimismo recursos de amparo porque la empresa desconocía el embarazo de la trabajadora (STC 41/2002, de 25



inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres” (STC 173/1994, de 7 de junio, Fundamento Jurídico 2, primer párrafo).

Y en la STC 136/1996, de 23 de julio, el Tribunal Constitucional repite lo mismo, precisándose algunas de las situaciones o ámbitos en que tiene vigencia la jurisprudencia constitucional, como son los casos en que la relación laboral es resuelta durante el período de prueba, en que no se renueva un contrato temporal o en que se despiden a la trabajadora (vid. el Fundamento Jurídico 5 de esta sentencia).

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha apreciado la existencia de una discriminación por razón de sexo con sede en el motivo de embarazo no sólo en el ámbito empresarial o privado sino también en el sector público (vid. la STC 17/2003, de 30 de enero), e igualmente respecto a las decisiones discrecionales de cese de funcionarios de libre designación (vid. la STC 98/2003, de 2 de junio) y respecto a funcionarias interinas que se encuentren disfrutando de permiso de maternidad (vid. las Sentencias del Tribunal Constitucional 20/2001, de 29 de enero y 10/2001, de 29 de enero).

Por tanto, a la luz de lo expresado, puede decirse que, en general –con independencia de los desaciertos de nuestro más alto tribunal en el marco de la discriminación de sexo con motivo de embarazo, que también los hay⁵–, el mismo tiende hacia el proteccionismo en relación a la maternidad.

de febrero, Antecedente 2, f), no plegándose en este sentido a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, conforme a la cual no es necesaria la comunicación del embarazo al empresario (S. del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de febrero de 2003, Asunto C-320/01, *Sra. Busch*, así como también S de 4 de octubre de 2001, Asunto C-109/00, *Tele Danmark*).

5

A nivel internacional, estas prohibiciones se contenían en una serie de convenios de la Organización Internacional del Trabajo, que venían a dar alcance internacional a prohibiciones que ya existían en las legislaciones nacionales de muchos países, entre ellos países europeos. La actividad de las Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación de la mujer (adopción de la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, de 1967, aprobación de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, fundamentalmente), y la actividad desplegada en las Comunidades Europeas (aprobación de la Carta Social Europea de 1961 y de las Directivas 92/85/CEE, y 76/207/CEE, del Consejo, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpretando dichas directivas, determinaron un cambio de rumbo en la actividad de la Organización Internacional del Trabajo. Vid. Organización Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo: “Capítulo 2. Anatomía de la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria”, www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/rep-iii1b-c2.htm

6

Vid. la STC 36/1986, de 21 de marzo, sobre descanso nocturno mínimo y continuo de doce horas de las trabajadoras; la STC 229/1992, de 14 de diciembre, sobre prohibición del trabajo de las mujeres en las minas; la STC 28/1992, de 9 de marzo, sobre plus de transporte nocturno exclusivamente para las trabajadoras.

La protección de la maternidad es la única de las protecciones que, sedimentada en la diferencia biológica (obvia) entre hombres y mujeres, se ha mantenido hasta hoy, pues se han rechazado –a nivel internacional⁵ y también por el propio Tribunal Constitucional⁶– las prohibiciones decimonónicas del trabajo nocturno y del trabajo en minas de las mujeres, por considerarse que las mismas constituían muestras de un paternalismo sexista.

La protección de la maternidad se mantiene, se amplifica y se reconfigura, como lo demuestra el hecho de que la jurisprudencia constitucional llegue a concebir la protección de la maternidad (a través de la prohibición del despido discriminatorio) como una forma de acción positiva, superando en este sentido la línea de actuación seguida en el orden jurídico comunitario en el que, a lo sumo, dicha prohibición ha sido considerada como una medida de conciliación de la vida familiar y profesional.

Así, el Tribunal Constitucional estima que la protección de la mujer frente al despido por razón de embarazo, protección que supone garantizarle el acceso al empleo, es un “vehículo para la superación de la situación social peyorativa de los colectivos discriminados” (STC 173/1994, de 7 de junio, Fundamento Jurídico 3, cuarto párrafo).

3. PERO LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE DISCRIMINACIÓN BASADA EN EL MOTIVO DE EMBARAZO TIENE GÉNERO

Ahora bien: aun siendo positiva, en términos generales, toda la actividad que el Tribunal Constitucional ha desplegado en la protección de las mujeres (trabajadoras, fundamentalmente) frente a la discriminación, en especial cuando están embarazadas, en su jurisprudencia se detectan determinadas connotaciones que aplica a la maternidad y a las mujeres que mermarían el alcance dado al principio de igualdad.

En concreto, en el tema que nos ocupa, la protección de la mujer embarazada frente a la discriminación, un dato que percibimos es que el Tribunal Constitucional no critica una equiparación que suele estar en el imaginario de los empleadores y de los operadores jurídicos, que es la equiparación entre embarazo y enfermedad.

Esta actitud del Tribunal Constitucional puede percibirse en la STC 214/2006, de 3 de julio, que trata el caso de una mujer desempleada que presentó su baja por maternidad ante el Instituto Nacional de Empleo (INEM), y a la que éste excluyó de la lista de candidatos/as a plazas de monitores de educación especial por entender que se encontraba suspendida su demanda de empleo al estar aquella en situación de incapacidad temporal para el trabajo (debido a su baja por maternidad), y en que el Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado de-



clarando que se había vulnerado el derecho de la recurrente a no ser discriminada por su condición de mujer (contemplado en el art. 14 de la Constitución), y decretando la anulación de la sentencia de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior de Andalucía que había dado la razón al INEM.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional, en principio, parece querer romper expresamente la equiparación entre embarazo y enfermedad, una equiparación que ha estado presente en la legislación española⁷. Así, el Tribunal Constitucional manifiesta que

“(…) es lo cierto que la trabajadora demandante de amparo no se encontraba en la situación de incapacidad temporal a la que se refiere el art. 128 LGSS, sino en la situación de maternidad prevista en el art. 133 bis de la misma Ley, resultando irrelevante para analizar el carácter discriminatorio de esta situación cuál sea el tratamiento que el organismo público de colocación otorgue a los incapaces temporales en relación con la vigencia o suspensión de sus demandas de empleo. Fue la situación de maternidad de la trabajadora y, por lo tanto, un factor directamente relacionado con el sexo, el que determinó la suspensión de su demanda de empleo (...)” (Fundamento Jurídico 4).

Frente al INEM y al Abogado del Estado, partes en el proceso que insisten en equiparar la baja por maternidad con la situación de incapacidad temporal para el trabajo, el Tribunal Constitucional diferencia la baja por maternidad de la incapacidad temporal⁸.

Pero los motivos por los que el Tribunal Constitucional otorga el amparo no tendrían que ver con una presunta pretensión de romper la equiparación entre baja por maternidad y situación de incapacidad temporal para el trabajo, al igual que ocurre con los motivos esgrimidos por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Granada, al estimar el recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Dirección Provincial del INEM interpuesto por la recurrente, motivos que son los que prácticamente recoge el Tribunal Constitucional.

Para el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Granada, ante el cual la parte actora interpuso recurso contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso ordinario primeramente interpuesto contra la resolución de la Dirección Provincial del INEM (resolución en la que se señalaba que la no inclusión de la trabajadora en la lista de candidatos/as derivaba del hecho de haber quedado suspendida su demanda de empleo como consecuencia de su maternidad, que determina una situación de incapacidad para realizar la actividad laboral), esta figura de la incapacidad temporal (esgrimida por la Dirección Provincial) no se aplicaba al caso en cuestión pues no existía una relación laboral previa sino una relación administrativa entre la demandante (de amparo) y el INEM, relación adminis-

trativa en virtud de la cual el INEM debe comunicar ofertas de empleo, presentar a candidatos, etc. Además de ello, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo considera que la incapacidad real de la mujer para desempeñar el puesto de trabajo en el caso de que hubiere resultado elegida (que es otro de los argumentos que utiliza la Dirección Provincial) no era un criterio que debía valorar el INEM, quien debe limitarse a remitir ofertas de empleo, a presentar candidatos, etc., siendo las empresas las que deben valorar ese aspecto de incapacidad real del trabajador/a.

Y para el Tribunal Constitucional, por un lado, y al igual que para el Juzgado Contencioso-Administrativo, no habría existido una relación laboral sino una relación administrativa entre la demandante de amparo y el INEM, de manera que

“la aplicación al ámbito de la relación existente entre el INEM y los/as demandantes de empleo de una medida de suspensión prevista en la Ley para su aplicación al ámbito de las relaciones laborales, operada mediante una interpretación formalmente neutra de la norma, ha producido, sin embargo, un efecto peyorativo en la mujer demandante de empleo, contrario al perseguido por la institución de cuya aplicación se trata” (STC 214/2006, de 3 de julio, Fundamento Jurídico 7).

Y, por otro lado, la situación de baja por maternidad no constituye un obstáculo para la contratación de la trabajadora para la oferta de trabajo en cuestión. Manifiesta nuestro más Alto Tribunal que no había una incompatibilidad legal entre la percepción por la demandante de las prestaciones económicas por maternidad y el mantenimiento de la plena vigencia y efectividad de su demanda de empleo; que no había tampoco ningún obstáculo fáctico que impidiera el mantenimiento de la

7

Como, por ejemplo, en el RD 995/1990, de 8 de junio, de títulos y licencias aeronáuticas civiles, que dispone que “el embarazo será motivo de incapacidad temporal”, y en la Orden de 14 de julio de 1995, que desarrolla dicho Real Decreto y en la que se dispone lo mismo.

8

También en la Sentencia 324/2006, de 20 de noviembre, el Tribunal Constitucional distingue la baja por maternidad de la baja debida a enfermedad. Para este Tribunal: “La baja de maternidad está íntimamente relacionada con la condición femenina de la trabajadora. Su principal fundamento no está en la protección de la familia, sino en la de las madres (...)”. “La enfermedad es una contingencia fortuita, con determinadas implicaciones desde el punto de vista de los derechos del trabajador, pero en modo alguno se trata de un valor constitucional vinculado con la posición social y laboral de un sexo específico, como es la maternidad, tanto por su valor intrínseco como por las consecuencias que acarrea para la igualdad de oportunidades laborales para la mujer” (Fundamento Jurídico 6, segundo párrafo).

9

SMART, C. “La mujer del discurso jurídico”, en Larrauri, Elena (comp.): *Mujeres, Derecho penal y criminología*. Siglo XXI de España Editores, S.A., 1994, pp. 168-189.

SMART, C. “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en Birgin, Haydée (comp.): *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Argentina, Ceadel, Ed. Biblos, 2000, pp. 31-71.



situación como demandante de empleo de la trabajadora durante el período de descanso por maternidad; y, finalmente, que no era razonable ni proporcionado exigir a la demandante de empleo una manifestación positiva de su deseo de ser considerada por el INEM como tal ante las eventuales ofertas de empleo que pudieran producirse.

Para el Tribunal Constitucional, “es lo cierto que, en todo caso y con carácter general, la situación de baja por maternidad de la trabajadora no puede en modo alguno constituir un obstáculo para su contratación (...)

(...) Nada hay en las actuaciones que permita apreciar que por las concretas características del puesto de trabajo ofertado existiera algún tipo de incompatibilidad temporal que impidiera tanto un leve retraso en la fecha de incorporación de la trabajadora como una suspensión inicial de su relación laboral hasta la fecha de finalización del período de descanso por maternidad (...)

(...) en último término sería el propio ofertante de empleo el que debería haber valorado, en su caso, qué obstáculos podrían derivarse de la situación particular de una concreta candidata de cara a su eventual contratación (...)

(...) No es posible apreciar tampoco ninguna incompatibilidad legal entre la percepción por la demandante de las prestaciones económicas por maternidad y el mantenimiento de la plena vigencia y efectividad de su demanda de empleo (...)

(...) no se aprecia tampoco ningún obstáculo fáctico que impidiera, bien con carácter general o en el caso concreto, el mantenimiento de la situación como demandante de empleo de la trabajadora durante el período de descanso por maternidad (...)

(...) Finalmente, no parece razonable ni proporcionado exigir de la demandante de empleo una manifestación positiva de su deseo de ser considerada por el INEM como tal ante las eventuales ofertas de empleo que pudieran producirse, o su renuncia a la mejora económica de las prestaciones percibidas que se deriva de su situación con objeto de poder seguir manteniendo viva su demanda de empleo (...)” (STC 214/2006, de 3 de julio, Fundamento Jurídico 8).

Pero ni entre los argumentos que utiliza el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo ni entre los que maneja el Tribunal Constitucional, que en buena medida son los mismos que los del citado Juzgado, podemos encontrar una declaración expresa de que no deben equipararse el embarazo y la enfermedad, cuando éste fue el principal argumento que utilizaba el INEM para excluir a la mujer de la lista de personas candidatas a monitores de educación especial.

Es verdad que el Tribunal Constitucional distingue entre el embarazo y la enfermedad, entre la baja por maternidad y la incapacidad temporal, pero para enmarcar el caso, no para edificar el argumento sobre la distinción entre dichas figuras. De manera que de su argumentación no puede extraerse un posicionamiento claro en contra de la equiparación entre el embarazo y la enfermedad sino que, más bien vendría a reforzar la imagen que está alentando dicha equiparación que es la imagen de la mujer embarazada como un ser incapaz.

En definitiva, la STC 214/2006, de 3 de julio que estamos comentando, sería ilustrativa de lo que Carol Smart denomina el *género del Derecho*⁹ (Smart, 1994; 2000), en particular, *del género de la jurisprudencia constitucional*. Decir que “el Derecho tiene género” significa, desde el esquema de análisis del Derecho de Smart, que el Derecho reproduce y proyecta modelos normativos, determinadas imágenes de las mujeres (y de hombres) que contribuyen a perpetuar la subordinación de las mujeres.

En la sentencia que nos ocupa, la imagen de la mujer embarazada como un ser incapaz, una imagen que se ha construido históricamente sobre la base de la especificidad biológica que nos singulariza en relación a los hombres, y que ha determinado y está determinando todavía nuestra realidad o nuestra “situación”, que es de discriminación y desigualdad en relación a los hombres.

4. EN RESUMEN

El Tribunal Constitucional, por medio de su jurisprudencia, ha procurado dotar al principio de igualdad recogido en nuestra Constitución de un contenido sustantivo, prestando especial atención a la especificidad biológica de las mujeres. En este sentido, ha querido evitar que el ejercicio de la función de reproducción por parte de las mujeres (fundamentalmente, de las que trabajan) pueda llegar a traducirse en situaciones de discriminación en relación con los hombres, sosteniendo en consecuencia que la discriminación basada en el motivo de embarazo constituye una discriminación por razón de sexo.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no alcanza a sancionar expresamente la equiparación entre el embarazo y la enfermedad, que es un prejuicio que ha acompañado al ejercicio de la maternidad biológica.

Este prejuicio está muy presente en el imaginario social (de hecho, en la STC 214/2006, lo esgrime el INEM como argumento para excluir a la mujer de las listas de personas candidatas a monitores de educación especial) y también en el imaginario jurídico, cuando se opta por “dejar las cosas como están”, que es lo que denota la sentencia comentada, en que, aun en forma pasiva o negativa, se está ayudando a la construcción del género del Derecho.

La violencia de género en el colectivo extranjero:

FACTORES
CULTURALES E
INDICADORES
DE PREVENCIÓN

POR JORGE FLETA ASÍN.
Profesor Asociado.
Escuela Universitaria de Estudios
Empresariales. Universidad de Zaragoza.

Y POR FANG PAN
Filóloga e intérprete.



RESUMEN

La violencia de género parece no tener un perfil concreto que defina al agresor y a la víctima, sin embargo, el colectivo extranjero parece estar sobre-representado en las estadísticas. El presente trabajo revisa mediante un test de hipótesis de proporciones poblacionales, los agresores extranjeros que cometieron agresiones extremas en España, constatando diferencias significativas en cada una de las nacionalidades al compararlas con la española. Además, se aborda una perspectiva inédita de los factores culturales que podrían motivar la violencia de género, confirmando una leve influencia de algunas dimensiones culturales. Sin embargo, ante la insuficiencia explicativa de la cultura como desencadenante de la violencia, se establecen ratios de detección que permiten planificar políticas informativas segmentadas por nacionalidades. Por último, se sugiere el estudio cualitativo por colectivos, como medio de extraer factores desencadenantes de violencia que son comunes a todas las víctimas extranjeras, abordando de forma exploratoria el colectivo chino en España.

Palabras clave: violencia de género, extranjeros, test de hipótesis, gestión de organizaciones multiculturales, estudios cualitativos.

ABSTRACT

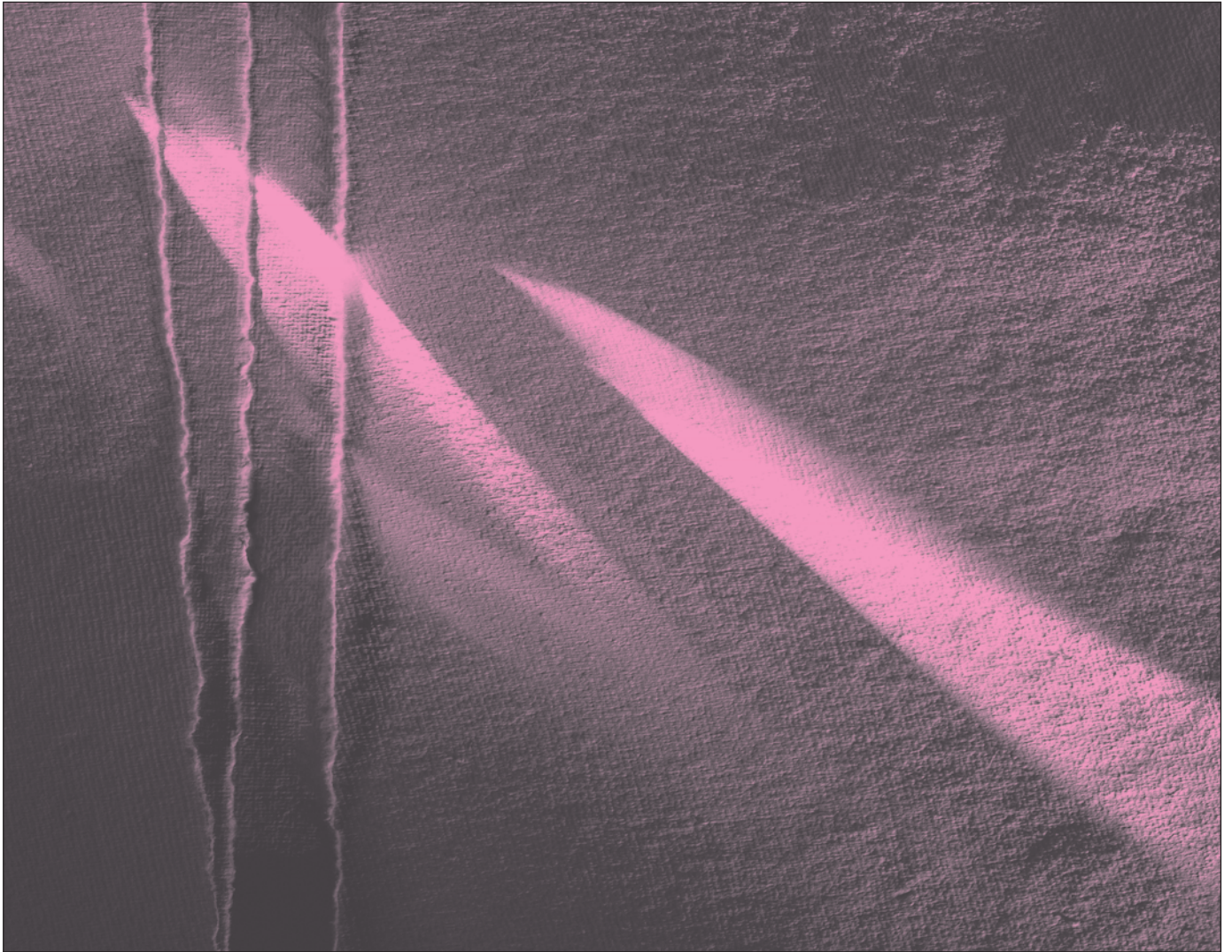
Gender violence in foreigner collective: cultural factors and prevention indicators

Gender violence does not seem to have a specific profile of victim and aggressor, however, the foreigner collective looks overrepresented in official statistics. First, the current paper starts revising with a statistical hypothesis testing of population proportion, the foreign aggressors who committed extreme gender violence in Spain, and confirms those significant differences not only between Spanish and other nationalities together but also between Spanish and in each nationality. Furthermore, an unprecedented perspective is taken, that is, how cultural factors could influence gender violence, after confirming the slight influence of some cultural dimensions. Meanwhile, due to the lack of the satisfactory explanation of these factors, some indicators are built to detect and design campaign information segmented by nationalities. Finally, taking the Chinese collective living in Spain as an example in an exploratory manner, qualitative studies based on nationalities are suggested to be the way to extract the common factors that can trigger violence in all the foreigners as a collective.

Keywords: gender violence, foreigners, statistical hypothesis testing, cross-cultural management, qualitative studies.

Agradecimiento

Los autores quieren expresar su agradecimiento al Seminario Interdisciplinar de Estudios de la Mujer por la concesión, al presente trabajo, del primer premio de investigación feminista Concepción Gimeno de Flaquer en su XII edición. También agradecen al Dr. Jesús Fleta Zaragoza y Dra. Marisa Ramírez Alesón los comentarios, sugerencias y correcciones realizados con posterioridad a la entrega del premio, así como al Dr. Javier García Bernal por la motivación y estímulo que transmite con sus consejos para afrontar las dificultades diarias del proceso investigador. Los errores que puedan aparecer en la presente versión son responsabilidad exclusiva de los autores.



1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

La violencia de género se manifiesta de forma creciente en los últimos años, con un incremento del número de denuncias de un 15,9% entre los años 2007 y 2008 (Ministerio de Igualdad, 2009). Su estudio resulta de interés para prevenir la violencia y mejorar la atención a sus víctimas. Con este objetivo, la mayoría de estudios se centran en los factores que motivan la violencia de género, así como los posibles perfiles de víctimas y agresores (Alberdi, 2005).

En el caso de los perfiles, una de las dificultades de estudio es que parece no existir una caracterización concreta de víctima y agresor (Ministerio de Igualdad, 2008; Bonino 2008). La violencia de género se caracteriza entonces por ser un fenómeno transversal, que afecta a todas las clases sociales

y por tanto difícil de predecir (Alberdi, 2005).

A pesar de ello, la variable nacionalidad se incorporó hace unos años en los registros estadísticos, constatando que desde el año 2004 hasta el 2008 se han doblado aproximadamente del 20% al 40% las víctimas y agresores extranjeros sobre el total de los registrados en territorio español (Ministerio de Igualdad, 2009). Por tanto, el número de mujeres extranjeras parece estar sobre-representado en número de denuncias (Ministerio de Igualdad, 2009) y en víctimas asesinadas por violencia de género (Centro Reina Sofía, 2008).

Sin embargo, el elevado dinamismo no permite asegurar con un criterio técnico y para cada nacionalidad, la existencia de diferencias proporcionales respecto a la violencia producida y

padecida por ciudadanos españoles. Resulta conveniente contrastar todos los colectivos de manera individual, conocer el peso de cada uno y establecer medidas concretas en el caso de que algunos presenten mayor violencia de género.

Por otro lado, en la mayoría de artículos de prensa y documentos de trabajo, se atribuye la violencia de género a una serie de factores que podrían condicionarla. Particularmente en inmigrantes, se argumentan los factores culturales (Alberdi, 2005), condiciones económicas frágiles, reducida red familiar en el país destino y escaso conocimiento del nuevo entorno entre las causas más frecuentes. A pesar de la importancia de dichos factores, resulta complicado establecer relaciones causa-efecto generalizables, y en el caso concreto de los factores



culturales resulta una cuestión especialmente compleja de abordar.

El presente trabajo pretende analizar y revisar la importancia del colectivo extranjero con técnicas estadísticas más rigurosas, comprobar empíricamente los factores culturales que podrían motivarla, y sugerir técnicas alternativas que permitan detectar tanto víctimas potenciales por colectivo como factores de riesgo que puedan propiciarla.

La estructura del trabajo es la siguiente. En la sección 2, se valora estadísticamente el peso de la violencia de género en víctimas extranjeras mediante un test de hipótesis de proporciones poblacionales. Una vez comprobada su importancia, en la sección 3 se ofrece una perspectiva cultural inédita sobre aquellos factores que podrían afectar a la violencia de género según la nacionalidad de procedencia. Ante los resultados obtenidos se sugieren en la sección 4 indicadores que, con las estadísticas disponibles, permitan establecer políticas informativas y priorizar determinados colectivos dentro del conjunto de extranjeros. Posteriormente y como técnica complementaria, se propone en la sección 5 el método del estudio por colectivos, con especial atención al colectivo chino inmigrante, para detectar determinantes de violencia de género que podrían ser comunes a otros colectivos. Finalmente, en la sección 6 se aportan las conclusiones del trabajo.

2. UNA PERSPECTIVA ESTADÍSTICA

En general, las cifras oficiales sobre violencia de género muestran datos estadísticos que podríamos clasificar, de entre muchas formas posibles, en tres categorías:

1

Cifras absolutas del fenómeno

Por ejemplo, el número de agresiones producidas mensualmente, número de asesinatos anuales, o media de llamadas realizadas al teléfono 016 (Bengochea et al, 2008; Ministerio de Igualdad,

2009). Estos datos son representativos porque permiten conocer la magnitud del fenómeno estudiado, así como su evolución a lo largo del tiempo.

2

Características sociodemográficas de víctimas y agresores

Por ejemplo, la nacionalidad del agresor, nivel educativo de la víctima, su edad, nivel salarial, etc. (Centro Reina Sofía, 2008). La utilidad de esta información corresponde a la búsqueda de un perfil o características generales de la víctima y agresor, que permitan una prevención hacia determinadas personas o colectivos concretos.

3

Porcentajes que cuantifican el peso de una característica respecto al total de una magnitud que se considera de interés

Por ejemplo, porcentaje de mujeres con hijos/as o de extranjeros que sufren violencia de género (Instituto Andaluz de la Mujer, 2008; Ministerio de Igualdad, 2009). La finalidad principal es conocer el peso que tiene un factor relevante de entre un conjunto de casos, así como su dinamismo a lo largo del tiempo.

Sin embargo, y a pesar de la utilidad de estos datos, todos ellos pueden presentar problemas de interpretación si no se aportan indicadores complementarios o contrastan con otras técnicas.

El principal problema de los datos absolutos es que en muchas ocasiones no captan la verdadera realidad del objeto de estudio. Por ejemplo, se podrían recibir un total de 600 llamadas al 016, con una media de 200 diarias durante 3 meses. Sin embargo, se constata que las llamadas realizadas tienen cierto componente estacional y se realizan en mayor medida en unos meses determinados (Ministerio de Igualdad, 2009). En el caso de que se hubiesen recibido 50, 50 y 500 llamadas en cada uno de los meses (en total las 600 llamadas), el estadístico de la media dejaría de tener tanta utilidad, por no ser representativo del comportamiento

normal de un conjunto de datos. En estos casos se deberían adjuntar estadísticos descriptivos complementarios como pueden ser la mediana, moda y desviación típica en un intervalo de tiempo.

Respecto a las características sociodemográficas de víctimas y agresores, presentan el problema de la propia selección de éstas para el análisis de la violencia. Numerosos estudios apuntan que la violencia de género es un fenómeno transversal y que no tiene perfil concreto (Alberdi, 2005). Si no existen evidencias sobre la existencia de características propias de la víctima y agresor, entonces el análisis estadístico de la violencia de género no se está fundamentando en criterios lógicos que permitan su detección y análisis para comprender el fenómeno.

Por último, los porcentajes pueden llegar a establecer conclusiones intuitivas erróneas. Si, por ejemplo, observamos el peso de las agresiones producidas por extranjeros sobre las totales producidas en España, podemos concluir que en los últimos años aumentan en mucha mayor medida las agresiones de extranjeros, al pasar del 20% en 2004, al 40% en 2008. Sin embargo, los porcentajes no recogen si ese incremento es el natural producido por un propio aumento del número de extranjeros; o si individualmente por nacionalidades no se produce tal incremento, sino que se debe a unas pocas nacionalidades concretas que tienen un gran peso sobre el conjunto. Resulta de interés saber si el porcentaje de víctimas-agresores extranjeros guarda relación con su peso como colectivo extranjero, y si éste es significativo a efectos estadísticos al compararlo con el colectivo español. Un mayor dinamismo y comportamiento diferente en su conjunto, indicarían una mayor necesidad de profundizar en el colectivo extranjero.

Para ello, se analiza si se puede afirmar que la proporción de agresores extranjeros es igual a la de agresores españoles, cuando el resultado de la agresión es un homicidio. Con este



objetivo se plantean varios contrastes de hipótesis estadísticas, uno para cada una de las nacionalidades de los agresores que sea distinta a la española, según datos disponibles del Ministerio de Igualdad (2009).

La hipótesis nula a contrastar establece que las proporciones poblacionales de agresores españoles y de cada colectivo extranjero son las mismas, mientras que la hipótesis alternativa es que dichas proporciones son distintas. De modo que el contraste a realizar sería el siguiente:

$$\begin{cases} H_0: P_1 = P_i & i = 2, 3, \dots, 21 \\ H_1: P_1 \neq P_i & i = 2, 3, \dots, 21 \end{cases}$$

Siendo P_1 la proporción resultante de dividir el número de agresores españoles (Ministerio de Igualdad, 2009) respecto al total de personas con nacionalidad española residentes en España (INE, 2008), y P_i la proporción de agresores de cada una de las nacionalidades a contrastar (Ministerio de Igualdad, 2009) con respecto al número total de dicho colectivo residente en España¹ (INE, 2008).

La aceptación de la hipótesis nula, implica afirmar que la proporción de agresores con nacionalidad española es igual a la de la nacionalidad extranjera que estamos contrastando. Mientras que el rechazo de la hipótesis nula, supone rechazar que el fenómeno se produce en las mismas proporciones.

El número de agresiones no está disponible para cada año, sino que aparecen como las acumuladas en los años 2006, 2007 y 2008 (Ministerio de Igualdad, 2009), por lo que se procede a calcular la población de cada nacionalidad como la media aritmética de ese colectivo en los años 2006, 2007 y 2008 (INE, 2008), con el fin de reducir el sesgo de selección que produciría tomar la población de un solo año para cuantificar agresiones acumuladas durante tres años. De este modo, se calculan las proporciones de agresiones y población me-

dia de cada colectivo entre 2006 y 2008, ambos años inclusive.

Se establecen así 20 contrastes de hipótesis, uno para cada nacionalidad distinta a la española en la que el agresor cometió un homicidio. El análisis se realiza con el software estadístico Excel y se verifican los resultados con Stata.

Los resultados indican que en general –19 de los 20 contrastes– se rechaza la hipótesis nula de que la proporción de agresiones es la misma en el colectivo español y en cada uno de los colectivos extranjeros al discriminar por nacionalidad. En consecuencia se puede afirmar la hipótesis alternativa, es decir, que la proporción poblacional de agresores extranjeros sí es distinta a la de los españoles cuando las comparamos respecto a su población residente en España, salvo el caso de ciudadanos británicos que es la misma (véase Tabla I).

Las causas de dichas diferencias podrían ser comunes al colectivo extranjero en su conjunto, dada la generalización de estas diferencias en prácticamente la totalidad de nacionalidades. Los resultados muestran la importancia de profundizar en la violencia de género para el colectivo extranjero debido al patrón de comportamiento diferente respecto al de los españoles, a su sobre-representación, su dinamismo a lo largo del tiempo y la especial vulnerabilidad que presentan.

3. UNA PERSPECTIVA CULTURAL

Si se asume que la violencia de género tiene un componente cultural (Alberdi, 2005; Rojas-Marcos, 2005), podría encontrarse una explicación de la sobre-representación de extranjeros desde esta perspectiva. No hay que olvidar que algunos inmigrantes provienen de culturas muy distintas a la nuestra, y su posicionamiento respecto a la violencia de género puede ser muy diverso (Bonino, 2008).

Así, la violencia en general y la de género en particular, presentan rasgos

comunes a todas las culturas. La violencia en un entorno se fomenta con especial fuerza en comunidades donde existe mayor desigualdad, así como desequilibrio entre aspiraciones y oportunidades (Rojas-Marcos, 2005). En concreto, cuando la violencia es de género se considera un instrumento de dominación y control, que se utiliza como mecanismo de mantenimiento del poder masculino y de reproducción del sometimiento femenino (Alberdi, 2005)². Hay quien considera que la violencia interpersonal y el maltrato psicológico se generalizan debido precisamente a la ira que sienten los hombres por la pérdida de ese poder (Alberdi, 2005), ya que el ansia irracional de control y de poder sobre la otra persona es la motivación principal del agresor (Rojas-Marcos, 2005).

Estos factores asociados a la violencia de género, como son la desigualdad, concentración de la autoridad, el grado de control y la diferencia marcada entre los roles masculino y femenino, pueden asociarse con dimensiones culturales concretas (véase Figura 1).

La desigualdad y concentración de la autoridad se asocia a culturas nacionales con distancias de poder elevadas, caracterizadas porque la autoridad y toma de decisiones se concentra en uno o muy pocos individuos y existe gran desigualdad entre los miembros que la componen (Hofstede y Hofstede, 2005). La necesidad de concentrar la autoridad en un solo individuo

1

Para contabilizar cada colectivo se utilizan los datos del Padrón Municipal de cada población. Según recoge la Encuesta Nacional de Inmigrantes (2007), existen diversas formas de contabilizar el número de extranjeros, si bien el Padrón Municipal se considera muy fiable porque actualiza cada dos años toda su información, evitando así las dobles contabilizaciones de inmigrantes que se empadronan a lo largo del tiempo en diferentes ubicaciones.

2

Aunque la violencia de género puede ser tanto del hombre hacia la mujer, como de la mujer hacia el hombre, la mayoría es ejercida por el hombre con un 85% de los casos sobre el total de las producidas (Rojas-Marcos, 2005).

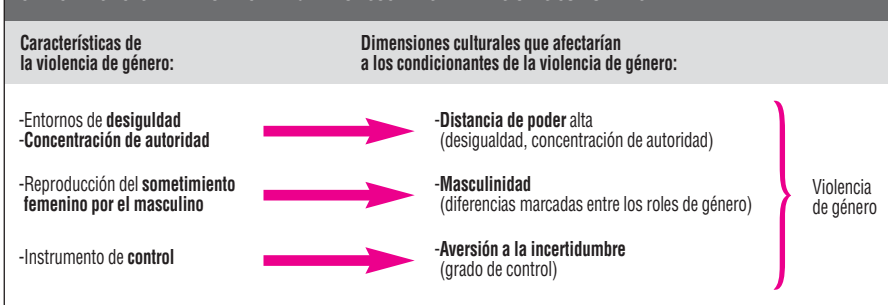


TABLA 1. NACIONALIDAD DE LOS AGRESORES Y ESTADÍSTICOS NECESARIOS PARA EL CÁLCULO DEL TEST DE HIPÓTESIS

País de procedencia	Nº de homicidios 2006-2008	Población media 2006-2008	Proporción de agresores	Se rechaza H ₀
Alemania	2	151.829	1,31E-05	Sí
Argelia	1	47.189	2,11E-05	Sí
Bolivia	6	189.954	3,15E-05	Sí
Bosnia y Herzeg.	1	4.357	0,0002294	Sí
Brasil	4	95.068	4,20E-05	Sí
Camerún	1	3.970	0,0002518	Sí
Chile	1	44.744	2,23E-05	Sí
China	2	101.084	1,97E-05	Sí
Colombia	3	269.457	1,11E-05	Sí
Cuba	1	48.715	2,05E-05	Sí
Ecuador	4	425.658	9,39E-06	Sí
Italia	2	47.834	4,18E-05	Sí
Letonia	1	22.758	4,39E-05	Sí
Marruecos	9	538.779	1,67E-05	Sí
Portugal	2	81.085	2,46E-05	Sí
Reino Unido	2	228.536	8,75E-06	NO
Rep. Dominicana	3	67.062	4,47E-05	Sí
Rumania	10	370.619	2,69E-05	Sí
Ucrania	2	70.072	2,85E-05	Sí
Venezuela	3	55.516	5,40E-05	Sí
España	134	40.711.680	3,29E-06	-

Fuente: Elaboración propia a partir del INE y Ministerio de Igualdad (2009).
H₀: Hipótesis nula.

FIGURA 1. CARACTERÍSTICAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO ASOCIADAS A DIMENSIONES CULTURALES.



Fuente: Elaboración propia a partir de Rojas-Marcos (2005), Alberdi (2005), Hofstede y Hofstede (2005).

dentro de una unidad organizativa como es la pareja, puede ser fuente de conflicto en nuevos entornos a los que se desplaza el extranjero, donde existe mayor autonomía para decidir y no se depende de la voluntad de otras personas.

Por otro lado, el grado de control en una organización se relaciona con la aversión a la incertidumbre, definida como el temor que sienten los individuos a las situaciones desconocidas, de modo que cuanto mayor es el miedo a lo desconocido en una cultura, existe una mayor necesidad por aumentar la vigilancia sobre los procesos

o personas (Hofstede y Hofstede, 2005). Es previsible que las culturas nacionales con gran aversión al riesgo, presenten una mayor necesidad de ejercer un control sobre el comportamiento de los demás componentes de una unidad de convivencia.

Ambas dimensiones en su conjunto, distancias de poder altas y elevada aversión a la incertidumbre, facilitan la concentración de toma de decisiones en una persona ejerciendo un grado de control elevado sobre el resto. Mientras que culturas con niveles bajos de aversión a la incertidumbre y distancias de poder, ejercerán

poco control sobre sus miembros y tomarán las decisiones de manera más consensuada (Hofstede y Hofstede, 2005).

Por último, el género es un fenómeno que sirve para identificar las diferencias sociales y culturales que se producen entre los hombres y las mujeres, ya que lo masculino y femenino son construcciones culturales (Alberdi, 2005). Las sociedades más masculinas son aquellas en las que el rol del hombre y de la mujer es marcadamente diferente; mientras al hombre se le supone firmeza y fortaleza, a la mujer se le supone modestia y sensibilidad. Por el contrario, las sociedades son femeninas cuando los roles emocionales de cada género son iguales y a ambos, hombres y mujeres, se les supone modestos y sensibles (Hofstede y Hofstede, 2005). De hecho, muchos comportamientos discriminatorios hacia la mujer se asocian al patriarcado social donde se articulan las relaciones sociales, en lugar de a otros factores como es la religión, que generalmente es manipulada para reproducir la subordinación de la mujer al hombre (Elósegui, 2002).

En consecuencia, tanto la distancia de poder en forma de autoridad, como la aversión a la incertidumbre a través del control ejercido sobre los individuos, y masculinidad como diferencia acusada entre los roles en el género, podrían explicar el comportamiento de los agresores por culturas nacionales de procedencia.

Se espera que los extranjeros que proceden de culturas nacionales con distancias de poder alta, gran aversión a la incertidumbre y muy masculinas traten de ejercer ese mayor control sobre la mujer, y pueda ocasionar mayor fuente del conflicto cuando el destino al que se emigra tenga una cultura nacional caracterizada por unas dimensiones culturales menos acusadas respecto al país del que procede.

En este sentido, cabe destacar que entrevistas a expertos sobre el tema, exponen que una de las causas de la violencia de género es la mayor libertad e independencia que encuentran



las mujeres extranjeras con respecto a su lugar de origen al desplazarse a su nuevo destino (Diario Vasco, 2008; El Progreso, 2008). Estas diferencias pueden darse en valores y creencias, cuestionando incluso las cosas más elementales (Jiménez-Aybar, 2002). Por ello, algunas mujeres que deciden denunciar la violencia, están iniciando un cambio cultural, al descubrir en su nuevo entorno, una redefinición del papel de la mujer que les permite alcanzar una mayor libertad en sus vidas (Gascón y Gracia, 2004)³.

Para comprobar el papel de la cultura en la violencia de género, se presentan en la Tabla II, el país de origen del agresor, el número de agresiones producidas entre 2005 y 2008 por cada una de las nacionalidades, la proporción de agresiones que representan respecto a su colectivo que reside en España⁴, y las puntuaciones que presentan las dimensiones culturales de distancia de poder, masculinidad y aversión a la incertidumbre en cada

uno de los países (Hofstede y Hofstede, 2005).

Se observa que las dimensiones culturales de las nacionalidades de los agresores, presentan valores más altos respecto a España en al menos una de las dimensiones que podrían afectar a la violencia de género (véase Tabla II, en negrita).

Además, España presenta puntuaciones con valores medios en distancia de poder (57) y masculinidad (42), que indicarían que un amplio número de culturas nacionales encuentran mayor igualdad y paridad en el trato del género respecto a sus países de origen.

Se observa también que de los diez países que más agresiones presentan en España, siete de ellos tienen una puntuación mayor en al menos dos de las tres variables que podrían propiciar esa violencia de género: Rumanía, Marruecos, Brasil, Ecuador, Colombia, Venezuela y China. En concreto,

3

Una de las perspectivas de este nuevo entorno es la institucional, ya que los conflictos normativos son especialmente intensos en el Derecho de Familia entre países (Diago, 2001).

4

Se toma la media de su población empadronada entre 2005 y 2008 y se toman las agresiones con resultado de homicidio.

5

Homicidios por violencia de género respecto al conjunto de hombres extranjeros de esa nacionalidad residentes en España.

6

Se asume la hipótesis básica de que cada llamada se debe a una agresión cometida posteriormente. En caso de que se considere que una víctima llama en repetidas ocasiones hasta que denuncia, o que la persona que denuncia no sea la misma que ha llamado previamente, se debería otorgar un número identificativo para cada persona agredida, para que se identifique su caso y se omitan múltiples contabilizaciones. En cualquier caso, se considera que la incidencia de estas contabilizaciones se distribuye de forma aleatoria y homogénea entre todos los colectivos.



TABLA II.
AGRESIONES POR NACIONALIDADES Y PUNTUACIONES DE SUS DIMENSIONES CULTURALES

País	Nº de agresiones	Proporción agresores respecto a su población masculina empadronada	Distancia cultural	Distancia de poder	Masculinidad	Aversión a la incertidumbre
España	134	0,00067%	0	57	42	86
Rumania	10	0,00503%	33	90	42	90
Marruecos	9	0,00253%	24,77	70	53	68
Bolivia	6	0,00723%	-	-	-	-
Brasil	4	0,01059%	17,11	69	49	76
Ecuador	4	0,00193%	3,25	78	63	67
Colombia	3	0,00255%	24,89	67	64	80
Venezuela	3	0,01243%	40,45	81	73	76
Rep. Dominicana	3	0,01117%	-	-	-	-
Reino Unido	2	0,00167%	60,50	35	66	35
China	2	0,00355%	65,12	80	66	30
Alemania	2	0,00261%	38,74	35	66	65
Ucrania	2	0,00583%	-	-	-	-
Portugal	2	0,00408%	21,93	63	31	104
Italia	2	0,00670%	30,88	50	70	75
Argentina	1	0,00101%	16,12	49	56	86
Paraguay	1	0,00615%	-	-	-	-
Chile	1	0,00440%	15,23	63	28	86
Letonia	1	0,00706%	-	-	-	-
Bosnia y Herzegovina	1	0,04120%	-	-	-	-
Cuba	1	0,00457%	-	-	-	-
Argelia	1	0,00287%	-	-	-	-
Camerún	1	0,03831%	-	-	-	-
Correlación con la proporción de agresiones	-	100%	19%	15%	2%	2%

Fuente: Ministerio de Igualdad (2008), Instituto Nacional de Estadística, Hofstede y Hofstede (2005).
Puntuaciones más altas indican mayor distancia de poder, masculinidad y aversión a la incertidumbre.
(-) No disponible.

la mayoría de esos pares de variables que presentan una mayor puntuación son “distancia de poder” y “masculinidad”. Lo que podría sugerir cierta interacción entre ambas variables.

Precisamente, la interacción entre las dimensiones culturales y sus diferencias frente a otro país, se puede calcular a partir de la distancia cultural mediante un índice compuesto (Kogut y Singh, 1988; Morosini et al, 1998). Este índice es ampliamente utilizado en la toma de decisiones y control de las organizaciones, constatando que cuanto mayor es la distancia cultural entre dos países, existe mayor dificultad de adaptación de una unidad organizativa al nuevo entorno (Barkema y Vermeulen, 1997; Barkema et al, 1997).

Por tanto, teniendo en cuenta las tres dimensiones que podrían influir en la violencia de género se puede calcular la distancia cultural que se detalla en el Anexo (Morosini et al 1998). Una vez que se obtienen dichas distancias

culturales de cada país respecto a España (véase Tabla II), se obtienen las correlaciones lineales por pares de variables de la proporción de homicidios por nacionalidad del agresor⁵, con cada una de las dimensiones culturales que podrían influir en el comportamiento y su distancia cultural en conjunto (véase Tabla II).

Los resultados muestran una correlación lineal baja (19%) entre la distancia cultural y la proporción de homicidios por nacionalidad, que indica que la relación entre las dimensiones culturales en su conjunto y la violencia de género (aproximada por los homicidios cometidos) es leve.

Si se tienen en cuenta las dimensiones culturales por separado, tanto la masculinidad como la aversión a la incertidumbre presentan valores muy bajos ambos con un coeficiente de correlación del 2% de los casos explicados. La dimensión que tiene mayor relación es la distancia de poder, con un

15% de los homicidios que se podrían explicar con esta dimensión.

En el caso de las tres dimensiones culturales, aunque la influencia en general es baja (en la distancia de poder) o prácticamente inexistente (masculinidad y aversión a la incertidumbre) todas tienen la relación positiva y esperada, de manera que a mayor valor de las dimensiones habría una mayor proporción de violencia de género cometida por extranjeros. Además, el mayor poder explicativo de la distancia cultural (19%) frente al resto de dimensiones por separado, sugiere la interacción entre las variables que se sugiere en la revisión de la literatura.

4. INDICADORES DE PREVENCIÓN POR COLECTIVOS DE EXTRANJEROS

La utilización de perfiles de víctimas permitiría focalizar esfuerzos en su detección y prevención. El principal problema de la búsqueda de perfiles mediante técnicas estadísticas, consiste en que quizás una variable –como la nacionalidad– no resulta relevante respecto al total del grupo de estudio, mientras que el objeto de análisis podría estar dándose en mucha mayor proporción en individuos que presentan esa variable.

Una solución para priorizar la labor informativa de la atención a víctimas potenciales, es la construcción de indicadores a partir de datos estadísticos disponibles, que registran por nacionalidades las llamadas al 016, de denuncias de agresiones y homicidios.

De este modo, se pueden construir los siguientes ratios de prevención: la propensión a no denunciar la agresión (como cociente entre las llamadas al 016 por nacionalidad de la víctima entre las denuncias por nacionalidad de la víctima, fórmula 1); la propensión a denunciar el homicidio (como cociente entre las denuncias por nacionalidad de la víctima respecto a la violencia con resultado de homicidio por nacionalidad, fórmula 2); y la propensión a señalar el homicidio (co-



mo cociente de las llamadas al 016 por nacionalidad de la víctima respecto a la violencia con resultado de homicidio por nacionalidad de la víctima, fórmula 3)⁶.

El objetivo de las políticas informativas es dirigirse prioritariamente a aquellos colectivos que se alejan en mayor medida del valor unitario del ratio. Un valor muy superior a uno en la propensión a no denunciar agresión (fórmula 1), indica un número de llamadas que finalmente se materializan en un menor número de denuncias; mientras que un valor inferior a uno muestra un número de denuncias superior al número de llamadas. Por otro lado, un valor muy superior a uno en la propensión a denunciar homicidio (fórmula 2) y señalarlo (fórmula 3), indicaría que las víctimas de un colectivo denuncian (fórmula 2) o piden ayuda (fórmula 3) en mayor medida y previamente a que se cometa la agresión; mientras que valores del ratio inferiores a uno indican que un mayor número de mujeres asesinadas no denuncian ni señalan su situación.

Las diferencias de valores en los ratios, indican medidas a tomar con carácter preferencial y a qué colectivos aplicarlas. El ratio de una nacionalidad con valor menor a 1, caracterizaría a colectivos que sufren agresiones y que no señalan ni denuncian su situación previamente, por lo que se debería dar mayor apoyo a nivel informativo para ese colectivo en general. Esta labor de información podría darse en puntos que concentrasen la demanda de servicios de extranjeros e inmigrantes, como pueden ser Padrón Municipal, Servicios Sociales, Embajadas o tiendas de comercios propios a cada colectivo, entre otros posibles.

Por otro lado, el ratio superior a uno caracterizaría a un colectivo con mayor necesidad de apoyo por medio telefónico cuando llaman al 016 sobre la protección que se otorga al denunciante, especialmente para aquellos colectivos con valores más altos en el ratio. Principalmente se trataría de extranjeros que sí utilizan los ser-

vicios de atención pero finalmente no denuncian. En el momento en que se efectuase la llamada, con el dato de la nacionalidad de la persona que llama, se tendría información a priori sobre si ese colectivo posteriormente materializa la llamada en denuncia o no. Por tanto, la nacionalidad permitiría detectar las dificultades y barreras que mayor frecuencia encuentra cada colectivo, pudiendo en ese mismo instante incidir sobre las facilidades concretas para cada colectivo y, a lo largo del tiempo, aproximar los valores del ratio al valor unitario⁷ (véase Figura 2).

En general, la mayoría de colectivos tienen una propensión alta a no denunciar, dado que el número de llamadas excede a las denuncias finalmente realizadas por nacionalidades (Ministerio de Igualdad, 2009). Estos ratios permitirían también ordenar los colectivos de mayor a menor propensión independientemente de que su valor sea superior o inferior a uno.

Resulta interesante observar cómo algunas nacionalidades como colombianos, ecuatorianos y bolivianos presentan un elevado número de llamadas al 016 respecto a sus homicidios, mientras que ciudadanos rumanos, marroquíes y brasileños presentan una mayor señalización antes de que se cometa el homicidio⁸ (véase Tabla III).

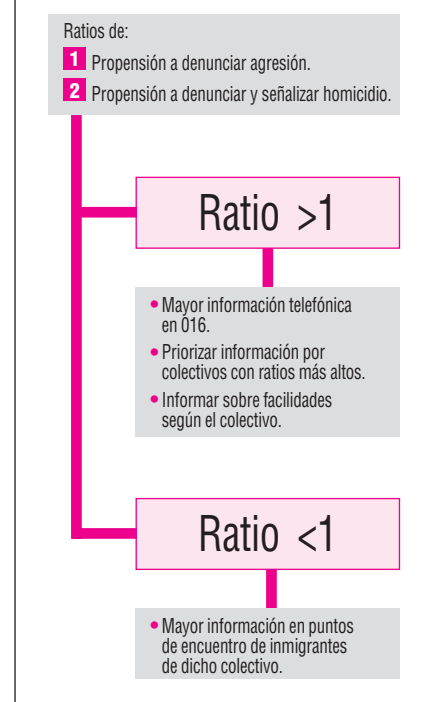
En el caso de nacionalidades como la china, británica o rusa principalmente, se estarían cometiendo homicidios sin apenas recibir llamadas en el 016 (ya que a efectos estadísticos se engloban sus llamadas con otras nacionalidades al representar menos del 2% del total de las realizadas). En este caso, dichas nacionalidades deberían obtener una mayor información al colectivo en general, dirigiéndose a posibles puntos de encuentro de estos colectivos (véase Tabla III).

Resultaría conveniente y más interesante calcular la propensión a no denunciar ante un acto de violencia, estableciendo el ratio de denuncias presentadas respecto a las llamadas realizadas al 016 por grupos de na-

cionalidades. Sin embargo, no se han encontrado datos disponibles desagregados por nacionalidad para efectuar el análisis.

Conviene destacar, que las llamadas al 016 deberían considerarse por nacionalidad calculándolas por colectivo en un periodo anterior al homicidio. En este caso se han calculado los homicidios entre 2005 y 2008 de entre las llamadas recibidas durante un año y medio hasta el 2008. Habría sido más correcto registrar las llamadas anteriores al momento del homicidio y durante un intervalo de tiempo dilatado, si bien la falta de datos ha limitado el análisis.

FIGURA 2. TOMA DE DECISIÓN PARA POLÍTICAS INFORMATIVAS EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EXTRANJEROS.



7

Se entiende que el ratio de propensión a señalar homicidio debería ser elevado y no alejarse del valor unitario, lo que significaría que existen menos víctimas fallecidas en proporción a llamadas, si bien se entiende que acercarse al valor unitario del ratio indica alto número de casos señalados previamente al homicidio.

8

Se asume la hipótesis básica de que la persona fallecida denuncia.



TABLA III.
NACIONALIDADES DE AGRESOR Y VÍCTIMA SEGÚN LLAMADAS AL 016 Y HOMICIDIOS

País	Nº de homicidios (víctima)	Nº de homicidios (agresores)	Nº de llamadas al 016* (agresor)	Nº de llamadas al 016* (víctima)	Ratio de señalización
Rumania	9	10	197	258	28,6
Marruecos	6	9	186	136	22,6
Bolivia	7	6	148	269	38,4
Colombia	3	3	111	287	95,6
Argentina	2	1	50	n.d.	-
Perú	-	-	126	201	-
Armenia	-	-	50	n.d.	-
Eslovenia	-	-	45	n.d.	-
Brasil	8	4	n.d.	206	25,7
Ecuador	6	4	n.d.	383	63,8
Paraguay	-	1	n.d.	115	n.d.
China	3	2	n.d.	n.d.	n.d.
Reino Unido	3	2	n.d.	n.d.	n.d.
Rusia	3	-	n.d.	n.d.	-
Alemania	2	2	n.d.	n.d.	n.d.
Honduras	2	-	n.d.	n.d.	-
Venezuela	2	3	n.d.	n.d.	n.d.
Bélgica	1	-	n.d.	n.d.	-
Bosnia y Herzeg.	1	1	n.d.	n.d.	n.d.
Chile	1	1	n.d.	n.d.	n.d.
Francia	1	-	n.d.	n.d.	-
Guatemala	1	-	n.d.	n.d.	-
Letonia	1	1	n.d.	n.d.	n.d.
Noruega	1	-	n.d.	n.d.	-
República Checa	1	-	n.d.	n.d.	-
Rep. Dominicana	1	3	n.d.	n.d.	n.d.
Sierra Leona	1	-	n.d.	n.d.	-
Ucrania	1	2	n.d.	n.d.	n.d.
Argelia	-	1	n.d.	n.d.	n.d.
Camerún	-	1	n.d.	n.d.	n.d.
Cuba	-	1	n.d.	n.d.	n.d.
Italia	-	2	n.d.	n.d.	n.d.
Portugal	-	2	n.d.	n.d.	n.d.

* En el número de llamadas se registran las nacionalidades que representan mayor proporción de entre los no nacionales, pero existe un 29,8% de agresores extranjeros y un 28,9% de víctimas extranjeras que aglutinan el resto de nacionalidades distintas, y que individualmente representan menos del 2% y 4% respectivamente sobre el total de llamadas de extranjeros.

n.d.: No disponible. (-): No hay casos contabilizados. En la columna de homicidios.

Fuente: Elaboración propia a partir del Ministerio de Igualdad (2009).

La importancia del colectivo extranjero en la violencia de género, así como la falta de explotación de los datos estadísticos para prevenirla, sugieren que se debería profundizar en mayor medida en la información disponible para poder establecer medidas concretas para dicho colectivo.

5. UNA PERSPECTIVA CUALITATIVA

Existe por tanto, un mayor peso del colectivo extranjero, que es significativamente más alto y al que no se encuentra una explicación satisfactoria. El motivo puede deberse a un componente común compartido por los

extranjeros a su llegada a España, por lo que la causa inicial de la violencia de género no es el hecho de ser de otra nacionalidad, sino a las condiciones que acompañan a la condición de extranjero. Estas carencias ponen de manifiesto la necesidad de profundizar y estudiar los factores comunes del colectivo, para detectar determinantes que permitan identificar el fenómeno.

Una técnica de análisis habitual en estas situaciones, es el estudio de casos a partir de entrevistas en profundidad por colectivos de extranjeros, que permitiría detectar aquellas características comunes a un colectivo, comprobar si algunos de ellos también lo son en

otros diferentes y, posteriormente, generalizar los desencadenantes de la violencia al colectivo extranjero en general.

En este apartado, se propone el estudio del colectivo chino por ser uno de los de mayor crecimiento en los últimos años en España (INE, 2008), tener mayores diferencias culturales respecto a nuestro país (Hofstede y Hofstede, 2005) y presentar dificultades de acceso por las barreras lingüísticas (Consejo Económico y Social de Aragón, 2005).

Tanto las causas que motivan la violencia de género en su país de origen como destino, pueden aportar algunas claves para su mayor comprensión y detección.

La violencia de género en China

La violencia de género constituye un problema grave en la sociedad china. Según fuentes oficiales de 1995, alrededor de 400.000 familias se separan cada año, en un 25% de los casos por violencia de género. Además, se calcula que en el 30% de las familias chinas podría existir violencia de género, donde el 90% de los agresores serían hombres (National Women Union, 2000).

Entre los factores que podrían motivar la violencia, destaca la consideración de la mujer por parte del hombre como una propiedad privada, sobre la que ejercen control y pueden hacer lo que quieran en su hogar; la falta de un sistema legal que castigue severamente estos delitos y desincentive la agresión; y la gran transformación social en la que se ve inmersa China, que redefine e influye en la concepción tradicional de moral, familia y matrimonio.

Por otro lado, se observa un cambio en algunas características de la violencia de género en los últimos años. Así, en el pasado la violencia de género se manifestaba en mayor medida en pueblos del interior de China, mientras que actualmente la



violencia de género crece vertiginosamente en las ciudades. Otro cambio importante es el nivel educativo del agresor, mientras años atrás no tenía educación básica finalizada o apenas alcanzaba la educación superior, actualmente se da con mayor frecuencia en agresores con niveles educativos altos, alcanzándose paridad de niveles educativos en el agresor. Además, la violencia de género física se ha ido desplazando hacia la psicológica, dado que ésta resulta de una detección más complicada por parte de los órganos competentes.

Un factor cultural clave en la violencia de género en China lo constituye el carácter colectivo de su cultura. Estas sociedades se caracterizan porque en ellas prima la armonía del grupo frente a la individualidad de la persona, la lealtad a los miembros del grupo es incuestionable, y la deshonra y vergüenza se producen en sus miembros en la medida en que otras personas conocen sus situaciones y éstas no son como el entorno espera (Hofstede y Hofstede, 2005).

De este modo, el pensamiento tradicional chino enfatiza la expresión *ai mianzi* (literalmente *cuidar la cara*) entendido como la importancia de conservar el status para mantener la armonía del grupo; frente al *diu mianzi* (literalmente *perder la cara*) o desprestigio y deshonra que se puede sentir frente a los demás⁹.

Así, muchas mujeres chinas consideran que la tolerancia y lealtad hacia el marido están por encima de cualquier agresión física o psicológica y, aunque consideren la opción de divorciarse o denunciar, la propia familia y sociedad podría no aceptar su nueva situación censurando su comportamiento, cuestionando la falta de tolerancia y lealtad hacia el marido.

Sin embargo, esta actitud cultural inicial difiere notablemente en el comportamiento de la mujer según resida en la ciudad o en las zonas rurales. En la ciudad las mujeres suelen tener mayor nivel educativo, independencia económica y anonimato, por lo que el divorcio es una forma más fácil de evi-

tar la violencia de género. Mientras que en los pueblos del interior de China el divorcio no está aceptado en el entorno familiar, por lo que en algunos casos extremos las mujeres acaban suicidándose.

La violencia de género en extranjeros chinos en España

La mayoría de inmigrantes chinos comenzaron a llegar en la década de los 80 a España, procedentes de zonas rurales de la provincia de Zhejiang y Fujian¹⁰, con la intención de salir de la pobreza extrema en sus localidades de origen. Ambas provincias de las que proceden son especialmente pobres dentro de China, lo que motiva que emigren con el objetivo de hacerse ricos emprendiendo negocios, y que a su llegada carezcan de tiempo e interés en aprender español para integrarse. En consecuencia, los chinos que emigran acaban creando comunidades cerradas en las ciudades donde se asientan.

La violencia de género en inmigrantes chinos también se manifiesta en España. Algunos factores que la generan pueden diferir de los que presentan en su origen. Así, el nivel educativo del hombre inmigrante chino en España es muy bajo, por lo que la violencia es uno de los medios para resolver conflictos en la familia frente a la negociación o discusión razonada. Además, la dureza y sacrificio del trabajo unido a una gran presión por salir adelante en un nuevo país, provoca gran impaciencia dificultando la comunicación entre los miembros de la familia que puede desembocar en violencia.

Los motivos económicos también suelen ser una gran fuente de disputa. Los ciudadanos chinos carecen de la vida social y divertimentos que tienen en su lugar de origen, por lo que a su llegada a España invierten su tiempo y grandes cantidades de dinero en el juego¹¹. La pérdida de grandes cantidades de dinero en este tipo de actividad lúdica es una frecuente disputa familiar entre el hombre y la mujer.

Por otro lado, cuando los negocios que emprenden no les funcionan, el hombre muestra su insatisfacción en el entorno familiar dificultando la armonía entre ellos y resolviendo el conflicto con violencia.

Además, la mujer china se encuentra con grandes dificultades para denunciar por el desconocimiento de la lengua, represalias del marido y carencia de familia materna que le apoye, así como el tener que hacerse cargo de los hijos/as y la falta de ingresos económicos porque generalmente trabaja con el marido en restaurantes o tiendas de “todo a cien”.

Dos casos recientes de violencia de género en ciudadanas chinas ocurrieron en Zaragoza. En el primer caso, una mujer se desplazó desde China a España porque su familia acordó su matrimonio con un ciudadano chino residente en Zaragoza. Las desavenencias entre ambos a lo largo del tiempo, así como los problemas económicos, motivaron la agresión hacia la mujer. El preacuerdo matrimonial entre familias sin que la futura pareja se conozca lo sufi-

9

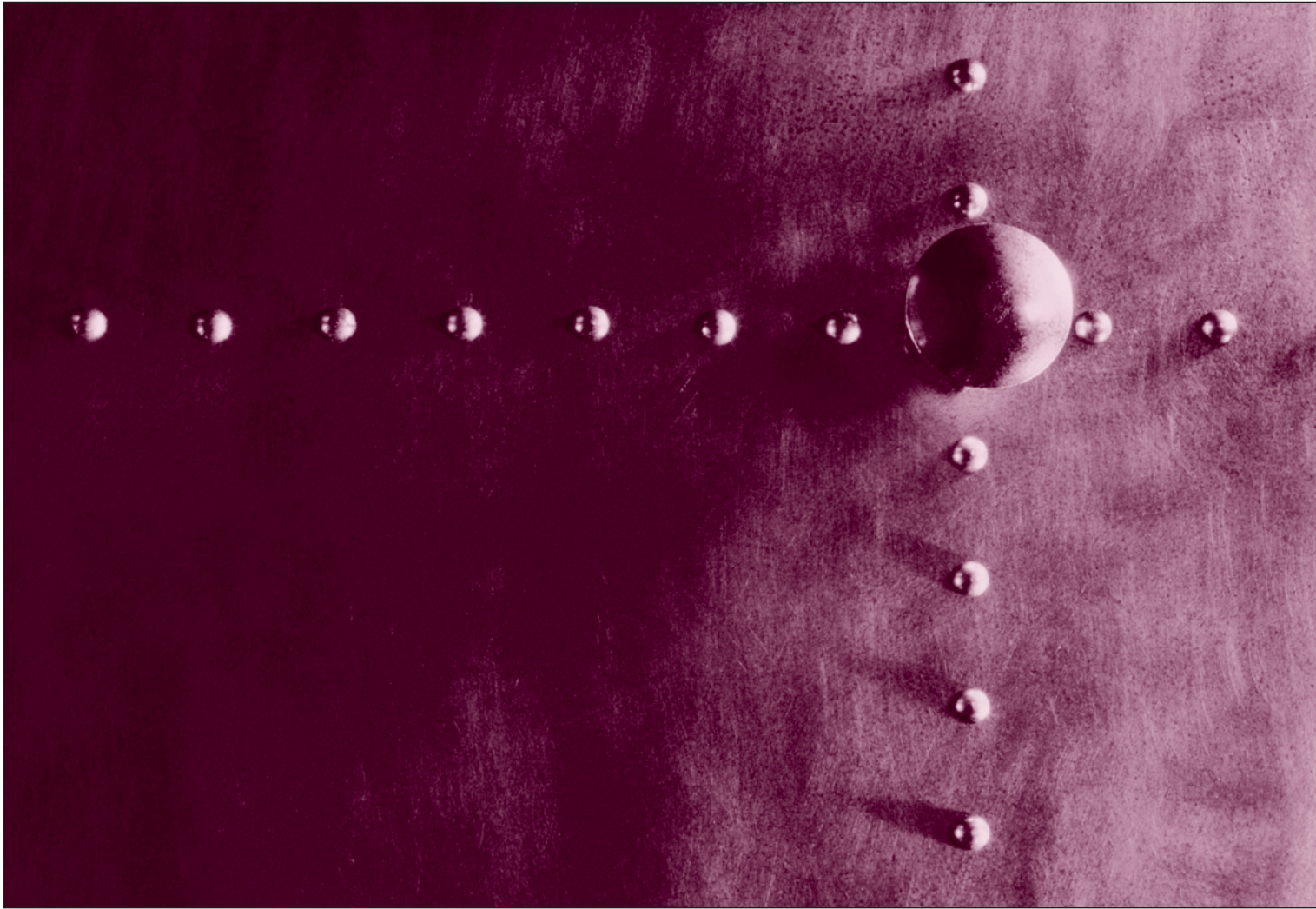
Estas expresiones en las que se utiliza la palabra “cara” son habituales en culturas colectivas, en la medida que es la parte del cuerpo que los demás miembros de un grupo pueden visualizar e identifican a otro individuo. Una expresión similar en España es “dar la cara” por alguien, utilizada cuando una persona trata de que alguien externo al grupo de referencia sea protegido o considerado por otro miembro que goza de mayor aceptación, poder o status.

10

Cabe destacar que la consideración de zona rural y urbana en el país asiático no es la misma que en occidente, por las restricciones en movilidad de personas que hay entre las dos, así como la mayor pobreza y desigualdad que suele caracterizar en general a las zonas rurales de China.

11

El juego y apuestas con dinero es una práctica prohibida en China, con la excepción de Hong-Kong y Macao. Muchas denuncias a ciudadanos chinos en España proceden de sus actividades ilegales en juego. Además, gran parte de los conflictos que se registran entre familias de ciudadanos chinos son derivadas de las deudas del juego.



ciente continúa siendo habitual en algunas zonas de China, por lo que la probabilidad de discordancia a largo plazo entre ambos aumenta.

En el segundo caso, un ciudadano chino residente en Barcelona y casado con una mujer residente en China, comenzó una relación con una ciudadana china en España. La falta de confianza entre ambos por estar casado ya, así como el comportamiento obsesivo del hombre por controlar a la mujer, motivaron amenazas de muerte. La mujer tuvo que huir desde Barcelona a Valencia, y posteriormente a Zaragoza para escapar de él.

En ambos casos ninguna de las dos mujeres denunció la situación y fue la policía la que presenció las agresiones. En el primer caso la mujer llevaba más de cinco años sufriendo la violencia, mientras que en el segundo

había sufrido agresiones continuadas durante 2 años.

Esta situación pone de manifiesto las reticencias a denunciar la violencia de género en el colectivo chino, motivada principalmente por factores culturales y económicos.

6. CONCLUSIONES

La proporción de agresores que cometen violencia de género es, en general, diferente entre extranjeros y españoles, al compararlos con su población empadronada en España. El único colectivo que tiene la misma proporción de homicidios es el británico, mientras que todos los demás presentarían mayor proporción de agresiones con consecuencia de homicidio. Los datos se contrastan mediante un test de hipótesis de proporciones poblacionales.

Además, el dinamismo de la violencia en extranjeros, su diferente comportamiento y su vulnerabilidad sugieren prestar mayor atención a este colectivo como medida preventiva a pesar de no existir un perfil concreto de víctima. Para ello, se aborda de forma inédita una explicación cultural de factores que podrían desencadenar la violencia de género. En concreto, se utilizan modelos ampliamente aplicados en la gestión de organizaciones multiculturales, entendiendo la violencia como una consecuencia de discordancia organizativa en la toma de decisiones de una pareja en un nuevo entorno. Se observa que la “distancia de poder” de las nacionalidades de origen podría explicar un 15% del número de agresiones cometidas, mientras que la mayoría de nacionalidades de los agresores presentan valores mayores en distancia de poder y masculinidad respecto a España. Al



analizar las tres variables estudiadas conjuntamente mediante la distancia cultural se mejora el poder predictor hasta explicar casi el 20% de las agresiones. Se sugiere así la influencia de la cultura en la violencia de género extrema.

Ante el limitado poder explicativo de los factores culturales de la violencia, se proponen dos ratios que permiten priorizar la labor de información y atención a nacionalidades de extranjeros especialmente vulnerables. Los ratios indican, por nacionalidades, la propensión de las mujeres a señalar o denunciar previamente a la agresión. Esta medida permite focalizar y diferenciar la labor de información en los colectivos susceptibles de sufrir violencia de género extrema, aprovechando mejor los recursos y medios de difusión. Se propone además, asignar un número o código para identificar a cada víctima en la llamada telefónica, que permitiría conocer si finalmente denuncia y evitar dobles contabilizaciones en registros.

Finalmente, se sugiere el estudio cualitativo, como técnica para detectar factores comunes a cada colectivo que podrían explicar la violencia de género. La extracción de factores comunes a todos ellos, permitiría la profundización y estudio posterior de las causas que afectan especialmente a cada conjunto de distinta nacionalidad. En concreto, se analiza el caso del colectivo chino inmigrante, por ser el de mayor aumento, con menor señalización de la violencia y el carácter cerrado de su comunidad. Conocer sus factores culturales aporta claves para un estudio más profundo de los inmigrantes en general y de la nacionalidad china en particular. En el conjunto de extranjeros chinos, se extraen como principales causas de la violencia de género las siguientes: la consideración cultural de la violencia de género en sus países de origen (en especial sentimiento de vergüenza que por cultura tiene la ciudadana china de hacer pública su situación), los problemas económicos y la falta de estabilidad en España.

ANEXO

Cálculo de la distancia cultural

$$DC_j = \sqrt{\sum_{i=1}^3 [(I_{ij} - I_{iJ})^2]}$$

Donde DC_j es la distancia cultural que presenta el país j-ésimo (cada una de las nacionalidades de donde procede el extranjero) con respecto al país i-ésimo (respecto a España). I_{ij} es la puntuación de Hofstede, que representa la dimensión i-ésima del país j-ésimo. I_{iJ} es la puntuación de Hofstede, que representa la dimensión i-ésima del país i-ésimo.

Notas metodológicas

1 La variable utilizada para aproximar la violencia de género debería complementarse con las denuncias en conjunto o llamadas al 016, y no sólo con los homicidios por nacionalidad.

El homicidio sería la manifestación más extrema de la violencia de género, por lo que reflejaría la máxima discordancia entre dos individuos y podría invalidar las consideraciones culturales de origen. Además, el homicidio se presenta en un número muy inferior de nacionalidades y por tanto existen menos países para contrastar y mayor dificultad para generalizar. En este sentido, el número de países analizados debería ser superior para disminuir así el peso de posibles atípicos.

2 La nacionalidad con la que se empadrona un extranjero no siempre define su cultura de procedencia. Se utiliza la variable nacionalidad para aproximar la cultura nacional que cada individuo podría tener. Si bien para la mayoría de inmigrantes España es el primer país al que han emigrado por primera vez desde su lugar de nacimiento (Sven-Reher et al 2008).

3

En las estadísticas oficiales no se contabilizan como agresores extranjeros aquellos que se han nacionalizado como españoles, si bien su cultura nacional de procedencia no sería la española.

4

En el presente estudio se utilizan como fuentes de datos oficiales el Instituto Nacional de Estadística (INE) y el Ministerio de Igualdad del Gobierno de España.

Concretamente, del INE se toma la población extranjera según los criterios del Padrón Municipal, que registra a las personas según la nacionalidad que consta en su carné de identidad, pasaporte o documento identificativo equivalente.

Por otra parte, el Ministerio de Igualdad registra los homicidios por violencia de género según la nacionalidad que tienen en ese momento las víctimas y los agresores. Mientras que la nacionalidad de las llamadas al 016 se asigna según la información verbal proporcionada por las víctimas que hacen uso del servicio.

A este respecto, conviene destacar que el término “extranjero” sería el más apropiado a utilizar según las fuentes de datos utilizados. Sin embargo, a lo largo del trabajo se utiliza en algunas ocasiones el término “extranjero” e “inmigrante” como equivalentes aunque ambos no significan lo mismo.

La utilización de ambos responde a que muchos de los argumentos que fundamentan la violencia de género en personas de origen extranjero es compartido por la gran mayoría de inmigrantes y extranjeros (p.e. menor red familiar en España, sufrir un proceso de adaptación a un nuevo entorno, etc.), por lo que se respeta la terminología empleada por los autores que se referencian si bien se utilizan los argumentos desde la lógica que ocupa el objeto de investigación.



BIBLIOGRAFÍA

- ALBERDI, I. “Cómo reconocer y cómo erradicar la violencia contra las mujeres”, en *Violencia: Tolerancia cero*. Fundación La Caixa, Barcelona, 2005.
- ALBERDI, I.; ROJAS-MARCOS, L. *Violencia: Tolerancia cero*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2005.
- BARKEMA, H. G.; SHENKAR, O.; VERMEULEN, F. y BELL, J. “Working abroad, working with others: How firms learn to operate international joint ventures”, *Academy of Management Journal*, 40, 2, 1997, pp. 426-442.
- BARKEMA, H.G. y VERMEULEN, F. “What differences in the cultural backgrounds of partners are detrimental for international joint ventures?”, *Journal of International Business Studies*, 28, 4, 1997, pp. 845-862.
- BENGOECHEA, M.; ÁLVAREZ, F.J. y DÍAZ, M.J. et al. *Informe anual del observatorio estatal de violencia sobre la mujer*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.
- BONINO, L. *Hombres y violencia de género, más allá de los maltratadores y de los factores de riesgo*, Ministerio de Igualdad, Madrid, 2008.
- CENTRO REINA SOFÍA. “Mujeres asesinadas por su pareja”, Valencia. 2008.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ARAGÓN. *Informe sobre la situación económica y social de Aragón*, Consejo Económico y Social de Aragón, Zaragoza, 2005.
- DIAGO, M.P. “La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho Internacional Privado Español”. *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, nº 6, 2001, pp. 6-13.
- ELÓSEGUI, M. “Mujer y Fundamentalismo”, *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, 10-11, 2002, pp. 9-13.
- GASCÓN, E. y GRACIA, J. *La problemática específica de las mujeres inmigrantes en procesos de violencia familiar de género*, Laboratorio de Sociología Jurídica, Universidad de Zaragoza, 2004.
- HOFSTEDDE, G. y HOFSTEDDE, G. J. *Cultures and Organizations, software of the mind*, McGraw-Hill, 2005.
- INE (www.ine.es)
- INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER. *Informe sobre la violencia contra las mujeres*, Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social, Sevilla, 2008.
- JIMÉNEZ-AYBAR, I. “El Islam en una Europa multicultural”, *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, 10-11, 2002, pp. 14-28.
- KOGUT, B. y SINGH, H. “The effect of national culture on the choice of entry mode”, *Journal of International Business Studies*, 19, 3; 1988, pp. 411-432.
- MINISTERIO DE IGUALDAD. *Información estadística de violencia de género*, Delegación del Gobierno para la violencia de género, Madrid, 2009.
- MINISTERIO DE IGUALDAD. *Informe 016 sobre violencia de género*, Delegación del gobierno para la violencia de género, Madrid, 2009.
- MOROSINI, P.; SHANE, S. y SINGH, H. “National Cultural Distance and Cross-Border Acquisition Performance”, *Journal of International Business Studies*, 29, 1, 1998, pp. 137-158.
- PERIÓDICO DIARIO VASCO. Entrevista a Norma Vázquez, 02-03-2008
- PERIÓDICO EL PROGRESO. Entrevista a Estela San José, 26-11-2008.
- RED ESTATAL DE ORGANIZACIONES FEMINISTAS CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. *Violencia contra las mujeres con resultado de muerte*, Madrid. 2003.
- ROJAS-MARCOS, L. “Semillas y antídotos de la violencia en la intimidad”, en *Violencia: Tolerancia cero*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2005.
- SERVICIO DE INSPECCIÓN DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Informe de víctimas mortales por violencia doméstica y violencia de género*, Madrid, 2008.
- SVEN-REHER, V.; CORTÉS, L. y GONZÁLEZ, F. et al. *Informe Encuesta Nacional de Inmigrantes*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.

FORO DE
DEBATE

Mujer y atención a la dependencia en Aragón:

UNA APORTACIÓN
PARA LA
CONSECUCCIÓN
DE LA IGUALDAD
ENTRE HOMBRES
Y MUJERES

POR CARMEN MESA RAYA.

Jefa de Sección de Planificación y
Programación del Instituto Aragonés de la Mujer.

POR FÉLIX GRACIA ROMERO.

Asesor Técnico del Departamento de
Servicios Sociales y Familia del Gobierno de Aragón.



RESUMEN

La implantación en España del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia coincide con un impulso político desde los poderes públicos por promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. La perspectiva de género es un factor expresamente incorporado al nuevo Sistema. El objetivo del trabajo elaborado constituye una valoración, desde esa perspectiva de género, del proceso de implantación del sistema de servicios y prestaciones para las personas dependientes en Aragón, con una especial atención sobre la incidencia que el nuevo Sistema tiene en los cuidados informales que, hasta el momento, han venido ejerciendo las mujeres en el ámbito propio de las familias. Las tendencias y criterios de aplicación de la Ley pueden resultar determinantes para superar o reforzar el rol tradicional de la mujer cuidadora.

Palabras clave: sistema para la Autonomía y Atención Dependencia Aragón, perspectiva de género, el rol tradicional mujer cuidadora.

ABSTRACT

The implementation of the Autonomy System and the Dependent's Attention System in Spain coincides with a political impulse by the public authorities to promote equality between men and women. The gender perspective is a factor solely included in the new System. The objective of the work done constitutes an evaluation, from the gender perspective, of the execution process for the services and dependents benefits in Aragon, with, to date, has been performed by women in their families. The trends and criteria for the application of the law can be determining to overcome or enforce the women traditional roll as caretaker.

Key words: Autonomy and the Dependent's Attention system, gender perspective, traditional rol caretaker.

INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, cuando se hable del primer decenio del siglo XXI en nuestro país, habrá que referirse, como una de sus notas más destacables, al esfuerzo que realizaron poderes e instituciones públicas para hacer efectivo el principio de igualdad de género.

Prueba evidente de ello son la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, y, posteriormente, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres.

A pesar de estos avances normativos, la desigualdad por razón de género persiste socialmente y es una realidad contrastada por numerosos estudios. Esta falta de sintonía entre el plano jurídico y el social obliga a los responsables públicos a impulsar estrategias que reduzcan distancias entre hombres y mujeres. Las más destacables son la transversalidad del principio de igualdad de género en todas las políticas públicas, la valoración del impacto de género de todas las acciones

que se deriven de la implementación de dichas políticas, y las acciones positivas en favor de la mujer, como medidas temporales, en tanto persista la desigualdad de género. Las tres opciones, complementarias entre sí, tienen como finalidad la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres, una igualdad no sólo en las oportunidades para acceder a los recursos, bienes y servicios de la sociedad, sino también una igualdad en los resultados.

A la par, y en este contexto de compromiso institucional con la igualdad de género, se pone en marcha en nuestro Estado de las Autonomías el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD). Se reactiva así el debate siempre latente en torno a “los cuidados familiares” o “apoyo informal”, un rol social atribuido históricamente a la mujer dentro de un modelo familiar tradicional, que algunos autores han denominado de “varón sustentador”, y en un régimen de Estado de Bienestar con un alto grado de familismo.



La invitación para el análisis está servida: la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (LAAD) constituye un buen termómetro para contrastar y valorar la situación de la mujer en la sociedad actual, apreciar la superación o persistencia de su función social como cuidadora, y analizar la evolución de un modelo familiar con una clara división de roles según el género. Un modelo complementario en el que al hombre se le asignaban tareas de producción y representación social y a la mujer funciones de crianza, cuidado y gestión de la vida familiar.

Más interesante, quizás, sea el análisis de los efectos que la implementación del sistema de atención a la dependencia está generando para la mujer. Y más aún, observar si está contribuyendo positivamente en el avance hacia la igualdad de género e identificar, si los hay, puntos susceptibles de mejora que pueden obstaculizar o frustrar tal fin.

Sin mayores pretensiones, en el presente trabajo deseamos esbozar reflexiones y suscitar interrogantes que, las más de las veces sin atisbo de solución, nos han surgido al intercambiar opiniones sobre este complejo entramado que surge al relacionar la atención a las personas dependientes y su cuidado con la situación de la mujer y la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres.

Centrando la mirada en la Comunidad Autónoma de Aragón, hemos abordado este tema con una descripción de las variables o elementos que consideramos esenciales en el binomio dependencia-igualdad de género. Así, comenzamos con una breve descripción de la situación de la mujer en nuestra Comunidad Autónoma, para, a continuación, revisar los procesos administrativos establecidos para el reconocimiento de las prestaciones del sistema de atención a la dependencia en Aragón y exponer la incidencia del actual régimen de cobertura de tales prestaciones en la situación de la mujer.

El trabajo concluye con una serie de “consideraciones para un debate abierto”, a modo de conclusiones provisionales abiertas a la discusión, en las que se trata de visibilizar a las mujeres que cuidan, en el marco de la atención a la dependencia, así como los efectos que tal posición tiene para ellas y para el conjunto de la sociedad, en un recorrido todavía sin finalizar hacia la igualdad entre hombres y mujeres.

SITUACIÓN DE LA MUJER EN ARAGÓN¹

A la espera de la publicación oficial de la evaluación de los resultados de la LAAD, que ha de incluir un informe de impacto de género, tal y como consta en el apartado cuarto de su disposición final primera, los

datos publicados hasta el momento nos permiten hacer algunas consideraciones sobre el impacto de género que la aplicación de la norma está teniendo en Aragón. Observar dicho impacto, sin embargo, exige una mirada previa a la realidad de la mujer en esta Comunidad Autónoma.

Hablar de “la mujer” en Aragón nos obliga a considerar su posición desde distintos ámbitos o factores interrelacionados, como son los demográficos, poblacionales, familiares, territoriales, económicos y laborales.

Aragón tiene 1.345.473 habitantes, de los que 673.819 son hombres y 671.654 son mujeres. En todas las franjas de edad, el número de hombres es levemente superior al de mujeres, hasta llegar a la de 55 años. A partir de esta edad, el número de mujeres es mayor al de hombres, siendo significativamente superior, exactamente el doble, en el intervalo de 85 años y más. En esta franja de edad se computan 13.059 hombres frente a 26.133 mujeres. La diferencia se incrementa a medida que aumenta la edad y no cabe ignorar que, en su conjunto, la población aragonesa es una población más envejecida que la del conjunto del territorio nacional. En Aragón, el 19,6% de su población tiene 65 años o más, y este porcentaje se reduce al 16,6% para España.

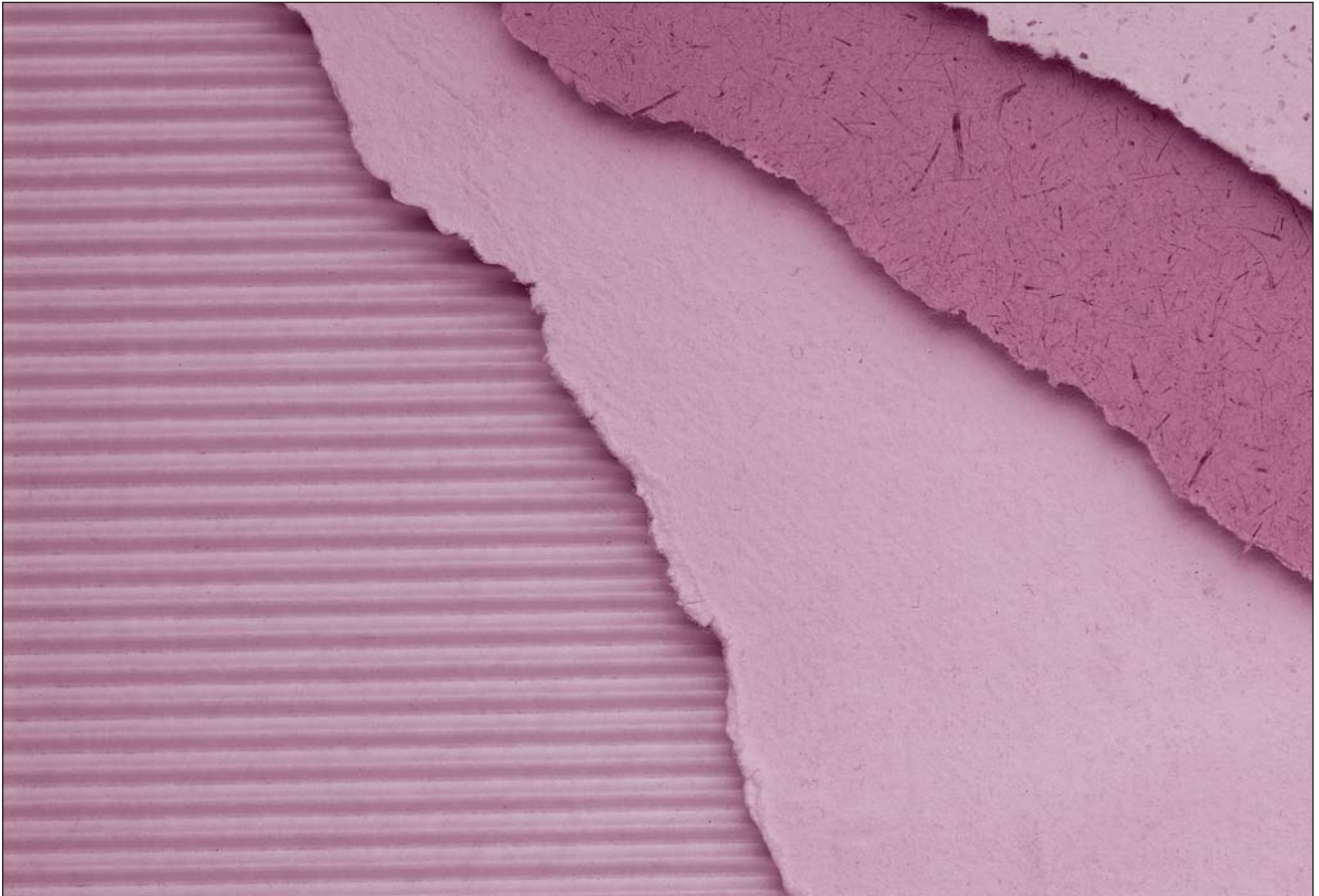
La edad media de defunción para los hombres se sitúa en los 75,49 años y para las mujeres en los 82. A su vez, el índice de envejecimiento (personas de 65 años o más) es del 109,9 de media, mientras que para el conjunto del territorio nacional es de 85,0. El índice de sobre-envejecimiento (85 años o más) es del 14,9 mientras que en el conjunto nacional es dos puntos inferior. A este respecto, es importante señalar que de las 32 comarcas aragonesas, sólo 4 tienen un índice de envejecimiento menor que el registrado para todo Aragón. En el resto, es superior.

Una característica territorial propia de Aragón es la baja densidad poblacional, exceptuando las zonas urbanas y la macrocefalia de la capital, que concentra a más de la mitad del total de la población. El 16,9% de la población aragonesa se ubica en la zona rural (municipios de hasta 2.000 hab.). Este porcentaje engloba a 669 municipios de los 731 existentes en nuestra Comunidad. En definitiva, Aragón posee un territorio muy polarizado desde la dimensión territorial/pobla-

1

Todos los datos que aparecen en esta sección, han sido obtenidos de los siguientes informes públicos:

- *Datos Básicos de Aragón. 2010*, Instituto Aragonés de Estadística, Gobierno de Aragón.
- *Mujeres y Hombres en España. 2010*, Instituto Nacional de Estadística, Gobierno de España.



cional. Poca población, muy dispersa y muy envejecida en el Aragón rural que abarca el 80% del territorio, mientras que en el resto –en 62 municipios– se concentra el 83,1% de la población. Dicha realidad determina, necesariamente, la configuración de la red de servicios sociales a establecer, incluidos los servicios de atención a la dependencia.

Respecto al tipo de hogares, destaca el compuesto por dos adultos sin hijos/as, que representa el 29,4 % del total. Para el tema que nos ocupa, es significativa la categoría de hogares unipersonales de personas de 65 años o más, que representa el 11,5%, lo que la coloca 3 puntos por encima de la media correspondiente al conjunto de España.

En el plano económico-laboral, en Aragón y según datos correspondientes al segundo trimestre de 2010, la tasa de empleo para las mujeres es del 42,29% y del 57,54% para los hombres, y la tasa de paro para ellas es del 15,78% y para ellos del 12,97%. Fuera del ámbito laboral, si analizamos la población inactiva que representa el 458,46 de la población aragonesa, observamos que, tras la jubilación, como principal motivo de dicha situación aparece la categoría denominada “labores del hogar”, que representa el 131,17 del total. Dicha tasa guarda conexión directa con las labores de cuidado que las mujeres tienen asumidas o están en condiciones de asumir, cuando sea preciso.

Estos datos generales han de perfilarse, al menos, con el sector de actividad y el tipo de jornada realizada. La mujer aragonesa trabaja mayoritariamente en el sector servicios (el 86,8%). Si analizamos el tipo de jornada, comparando hombres y mujeres, vemos que en la jornada parcial hay el doble de mujeres que de hombres. Es precisamente el cuidado de menores y personas en situación de dependencia uno de los principales motivos alegados por las propias mujeres para optar por dicha jornada. No ocurre lo mismo en el caso de los hombres. A esta información habría que añadir la persistencia de la brecha salarial entre hombres y mujeres, que en Aragón se estima para este año 2010 en torno al 20%.

Finalmente, y respecto a las prestaciones o ayudas otorgadas por los servicios sociales (ingreso aragonés de inserción, prestaciones de apoyo a la integración familiar, etc.), es significativo que en todas ellas el número de mujeres perceptoras sea superior al de hombres, siendo especialmente significativa la diferencia en la prestación no contributiva de jubilación. Para esta prestación se computan 6.033 beneficiarios, de los que 915 son hombres y 5.118 mujeres.

Estos datos describen, de forma suficiente, la situación en que se encuentra la mujer en Aragón, realidad que ha de tomarse necesariamente en cuenta al contemplar, como haremos a continuación, el proceso de implantación del sistema de atención a la dependencia.



SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA: PERSPECTIVA DE GÉNERO

El momento actual de los servicios sociales, en la Comunidad Autónoma de Aragón, marca un verdadero punto de inflexión en relación con la realidad hasta ahora existente. Aunque los cambios no se hagan visibles con carácter inmediato, dada la importancia de las transformaciones que han de llevarse a cabo, el horizonte de los servicios sociales es hoy radicalmente distinto. Ello es consecuencia directa de dos leyes: una estatal, a la que ya hemos aludido, como es la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (LAAD); y otra autonómica, la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón. Ambas leyes han creado dos sistemas públicos de protección social claramente interrelacionados, como son el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) y el Sistema Público de Servicios Sociales de Aragón. Ambas leyes, además, enuncian entre sus principios la inclusión de la perspectiva de género, teniendo en cuenta las distintas necesidades de mujeres y hombres.

La LAAD ha supuesto un paso decisivo en la articulación del llamado cuarto pilar del Estado del Bienestar —el relativo a los servicios sociales—, cuyo objetivo es reforzar la cohesión social, y ha servido de inspiración a las leyes autonómicas de última generación en materia de servicios sociales, entre las que cabe incluir a la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón. Cabría afirmar, sin incurrir en exageración, que la atención a la dependencia constituye el principal elemento vertebrador e identificador de los sistemas de servicios sociales autonómicos.

Tanto el reconocimiento del derecho subjetivo a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia como la creación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), encargado de su aseguramiento, están llamados no sólo a resolver uno de los principales problemas de nuestra sociedad, como es el cuidado de las personas dependientes, sino que constituyen causa y efecto de un importante cambio de roles en el ejercicio de las tareas de cuidado. La dimensión que ha cobrado ya tal cuestión, como resultado del creciente envejecimiento de la población, y la previsible evolución demográfica justifican sobradamente una política pública dirigida a atender esta necesidad social, hasta ahora cubierta fundamentalmente en el ámbito doméstico o círculo familiar.

Cabría pensar que la configuración del derecho a la atención a las personas en situación de dependencia como derecho subjetivo universal, es decir, exigible

ante los poderes públicos por toda la ciudadanía que se encuentren con imposibilidad de realizar de forma autónoma las actividades básicas de la vida diaria —cualquiera que sea su perfil, incluido el sexo—, constituye una inequívoca garantía de trato igualitario a todas las personas. Esa inicial consideración, sin embargo, ha de matizarse necesariamente, a la vista de los diversos aspectos que inciden en la real aplicación de la Ley, y a los que nos referiremos, aunque sea de un modo sucinto, en este trabajo.

El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), como organización administrativa responsable de la garantía del derecho subjetivo reconocido, desarrolla dos tareas fundamentales: la primera de ellas, condición necesaria de la segunda, es la tramitación de las solicitudes de reconocimiento de la situación de dependencia, que conduce a la determinación del grado y nivel de dependencia que pueda corresponder a la persona, tras la aplicación del baremo establecido, y a la aprobación de un programa individual de atención (PIA), en el que se concretan los servicios y prestaciones más adecuados a las necesidades de la persona dependiente; y la segunda, tarea central del Sistema, es la gestión de los servicios propios del catálogo del Sistema (enunciados en el artículo 15 de la LAAD) y de sus prestaciones económicas (reguladas en los arts. 17 a 19 de la LAAD).

El reconocimiento de la situación de dependencia ha de determinar el grado y nivel de dependencia que corresponde a la persona, en atención a la puntuación resultante de la aplicación del baremo o instrumento de valoración de la dependencia (IVD) aprobado². La Ley distingue tres grados de dependencia: dependencia moderada (Grado I), dependencia severa (Grado II) y gran dependencia (Grado III), y dentro de cada grado se diferencian dos niveles (Nivel 1 y 2), en función de la autonomía de las personas y de la intensidad del cuidado que requieren. La correspondencia entre la puntuación resultante de la aplicación del baremo y el grado y nivel de dependencia que corresponde reconocer se sujeta a los intervalos fijados por acuerdo del Consejo Interterritorial del SAAD³.

No obstante, el reconocimiento del grado y nivel de dependencia no es más que el paso previo a la determinación de los servicios o prestaciones a asignar a la persona dependiente, cuya concreción tiene lugar con la aprobación del llamado programa individual de atención (PIA): éste es el que ha de concretar las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades, de entre los servicios y prestaciones económicas que la resolución de reconocimiento señala para el correspondiente grado y nivel.

Los servicios o prestaciones económicas que cabe asignar a las personas dependientes son los expresamente contemplados en la Ley 39/2006, de 14 de di-



ciembre, debiéndose proveer a través de la Red de Servicios Sociales de cada Comunidad Autónoma. La propia Ley incorpora el Catálogo de servicios y fija las prestaciones económicas que completan las modalidades de atención a la dependencia.

El Catálogo de servicios del Sistema incluye, entre otros, los de teleasistencia, ayuda a domicilio, centro de día y de noche y atención residencial. Junto a este elenco de servicios o prestaciones de contenido material, el Sistema contempla a su vez determinadas prestaciones económicas, destacando la prestación económica vinculada al servicio –aportación dineraria cuya finalidad es posibilitar la contratación en el mercado de un determinado servicio, fundamentalmente de atención residencial, cuando la Administración responsable no puede garantizar el acceso a plazas de carácter público o sostenidas con fondos públicos– y la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a personas cuidadoras no profesionales. Si bien la primera de las prestaciones podemos considerarla, a priori, neutra a los efectos de nuestro estudio, ya que incide exclusivamente en el juego a establecer entre oferta pública y privada de servicios sociales, la segunda de las prestaciones tiene unas claras repercusiones en la prolongación de los roles tradicionales en el ámbito familiar.

La citada prestación para cuidados en el entorno familiar se configura con carácter excepcional, siempre y cuando el beneficiario/a esté siendo atendido por su entorno familiar, fijándose criterios restrictivos para su reconocimiento⁴. Esta prestación viene a apoyar económicamente a quienes, en el contexto familiar, asumen el cuidado de los familiares dependientes, ejerciendo como personas cuidadoras no profesionales. La prestación constituye un ingreso para la familia, siendo innegable la oportunidad de captación de rentas que implica esta prestación para muchas unidades

familiares, y lleva aparejada la cotización a la seguridad social por cuenta de la persona cuidadora⁵.

El destacado peso que ha cobrado la prestación para cuidados en el entorno familiar, fruto de una laxa aplicación, pese a haberse configurado como prestación excepcional, amenaza con desvirtuar buena parte de los objetivos del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. En primer lugar, pone en riesgo el objetivo de calidad en la atención a la persona dependiente, ya que el control de los cuidados dispensados en el entorno familiar resulta mucho más difícil de llevar a cabo que en establecimientos de atención residencial. Y, además, la proliferación de tal modalidad de prestación económica puede suponer un incentivo para que la mujer prosiga o, en algunos casos, retome el papel tradicional de cuidadora, demorando o suspendiendo su incorporación al mercado laboral. No cabe concebir como empleo retribuido la condición de cuidadora no profesional.

No hay que ignorar, por otra parte, el hecho de que no todas las Comunidades Autónomas han sido capaces de implantar o poner en marcha la totalidad de los servicios que se contienen en el Catálogo que establece la Ley 39/2006, en particular en lo que hace a los servicios de teleasistencia y ayuda a domicilio. La inexistencia de este último –como ocurre en la Comunidad Autónoma de Aragón– incide directamente en la falta de alternativas o estrategias que permitan eludir tanto el apoyo informal en el domicilio como el ingreso en un centro de atención residencial. Vista la preferencia de las personas dependientes por permanecer en sus domicilios y dada la ausencia de funcionamiento del servicio de ayuda a domicilio –como prestación propia del SAAD–, es difícil evitar que el resultado sea el cuidado en el entorno familiar por persona cuidadora no profesional, y que este cuidado lo asuman, por lo general, las mujeres de la familia, sean esposa, hermanas o hijas.

La actual distribución de servicios y prestaciones entre los beneficiarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, y la preferencia de afectados y familiares por que esa atención sea en el entorno familiar no puede desligarse de factores sociológicos que determinan tal resultado. Es posible, como ha señalado algún análisis, que nos encontremos ante la última generación de mujeres cuidadoras y que ello determine la actual demanda de tal prestación.

La Comunidad Autónoma de Aragón ha regulado recientemente, a través de la Orden de 21 de mayo de 2010, del Departamento de Servicios Sociales y Familia, los criterios de acceso y adjudicación de plazas de servicio de ayuda a domicilio, centros de día, centros ocupacionales y residencias de responsabilidad pública. Los criterios de acceso a los servicios propios del Sistema tienen una importancia decisiva en la rea-

2

Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006 (BOE n° 96, de 21 de abril).

3

Acuerdo publicado por Resolución de 23 de mayo de 2007, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (BOE de 7 de junio de 2007).

4

Requisitos fijados en los artículos 15 y 16 de la Orden de 7 de noviembre de 2007, del Departamento de Servicios Sociales y Familia, por la que se regula el régimen de acceso a los servicios y prestaciones económicas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA n° 132, de 9 de noviembre).

5

Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia (BOE n° 114, de 12 de mayo).



lización efectiva del derecho a la atención en situación de dependencia y algunas de sus previsiones tienen una incidencia directa sobre las cuestiones de género. Citemos aquí, sin detenernos en su análisis, la prevista extensión del derecho de acceso a plazas de centro de día o residencia al cónyuge de la persona mayor dependiente, o la previsión de estancias temporales en residencia para permitir el descanso o respiro de la persona cuidadora no profesional, lo que supone una medida de apoyo al gran número de cuidadoras no profesionales existentes⁶. Asimismo, se establece un procedimiento específico y prioritario de acceso a las plazas residenciales para mujeres mayores en situación de violencia de género, en conexión con las previsiones de la Ley de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón⁷.

Según la información registrada en el informe estadístico del SAAD, elaborado por el IMSERSO, con fecha 1 de septiembre de 2010, el perfil tanto de la persona solicitante como de la beneficiaria del Sistema es el de una mujer mayor de 65 años, siendo muy sig-

nificativo el porcentaje de mujeres mayores de 80 años que reciben una prestación (el 63,56% del total de mujeres perceptoras).

En dicha fecha, Aragón cuenta con 22.990 personas beneficiarias con prestaciones reconocidas. De todas las prestaciones que el sistema ofrece, el volumen mayoritario lo ostenta la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, que se cuantifica en 14.426 personas, lo que representa el 62,57% del total. A esta prestación le siguen, a notable distancia, la prestación vinculada al servicio, con 4.684 personas beneficiarias, el 20,31%, y la de atención residencial, con 3.155 personas, que representa el 13,68%.

En el otro extremo, sin beneficiarios/as reconocidos, están la prestación económica para asistencia personal, la Ayuda a Domicilio, la Teleasistencia y el Servicio de Prevención de la dependencia y promoción de la autonomía personal, al no hallarse todavía disponibles en nuestra Comunidad Autónoma. Completa las prestaciones del catálogo la atención en Centros de



día o de noche, que en Aragón atiende a 792 personas, el 3,43% del total de personas beneficiarias.

Según el registro estadístico anteriormente mencionado, en Aragón hay 14.426 personas que realizan los denominados cuidados no formales, en calidad de cuidadores/as no profesionales, y de ellas, sólo 3.620 están dadas de alta en el convenio especial de cuidadores/as de la seguridad social. Un dato elocuente de la realidad existente tras esta prestación, en la doble versión de personas cuidadoras principales o nominales –que delegan el cuidado real en terceras personas– y de situaciones laborales irregulares.

En cuanto al perfil de persona cuidadora inscrita en el convenio especial de personas cuidadoras, hablamos de una mujer (el 94% del total), con edad inferior a 50 años (el 44,7%). Entre el resto de cuidadoras destacan la mayores de 60 (21%), siendo muy similares los porcentajes para los intervalos de 51 a 55 años y de 56 a 60, 17,0% y 16,3%, respectivamente.

Una información importante en el análisis que nos ocupa es la referida a la cobertura de los servicios del sistema. Según consta en el informe de datos básicos de Aragón elaborado por el Instituto Aragonés de Estadística, actualizado en el mes de mayo de 2010, Aragón dispone de 17.630 plazas residenciales para el colectivo de tercera edad. De ellas, el 35% son de titularidad pública, el 25% de iniciativa social y el 40% de iniciativa mercantil.

Porcentajes similares encontramos para la misma población en plazas de centros de día y servicio de estancia diurna. Para este servicio, Aragón dispone de 2.160 plazas, de las que el 36% son públicas, el 27% son de iniciativa social y el 37% de iniciativa mercantil.

A MODO DE CONCLUSIÓN: CONSIDERACIONES PARA UN DEBATE ABIERTO

A la vista de todo lo señalado con anterioridad, cabría avanzar en este último apartado del trabajo un conjunto de consideraciones, como aportación al actual debate sobre el impacto de género del Sistema de atención a la dependencia.

Quizás lo más llamativo, por evidente, sea que la puesta en marcha del Sistema ha hecho visible y cons-

tatable una realidad social que el legislador aspiraba a superar con la nueva norma, dado que el preámbulo de la Ley 39/2006 habla del actual modelo de familia y de lo que esta ley venía a suponer para las mujeres que *“hasta ahora, han sido las que han asumido el cuidado de las personas dependientes”*.

Es cierto que en nuestra sociedad está emergiendo un nuevo modelo familiar basado en la igualdad entre hombres y mujeres, pero el cambio social no ha sido tan profundo y persiste el modelo familiar en el que la mujer sigue desempeñando la función de cuidado a los miembros más vulnerables de la familia. Es más, podríamos plantear que hay una gran diversidad de estructuras familiares, pero que estructura y modelo familiar no han evolucionado al mismo ritmo.

La primacía de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a personas cuidadoras no profesionales, no obstante su teórica excepcionalidad, nos muestra que, a pesar del incremento de mujeres incorporadas al mercado laboral, siguen siendo ellas las que cuidan. Y lo hacen directamente o supervisando los cuidados, compatibilizando esta función con su trabajo exterior y muchas veces, tal y como muestran los datos, en detrimento de su proyecto personal y laboral.

En Aragón, además, podemos resaltar algunas particularidades. De una parte, la no regulación y puesta en funcionamiento del Servicio de Ayuda a Domicilio para personas dependientes (SAD) está teniendo claros efectos desde la perspectiva de género. Si la puesta en marcha de la ley no ha tenido la incidencia que se preveía como nuevo yacimiento de empleo, la posibilidad de inserción laboral “formal” y “formalizada” se reduce, principalmente para las mujeres, especialmente en servicios tan feminizados como el de Ayuda a Domicilio. La inexistencia de esta prestación, junto con la baja cobertura de los centros de día o de noche, los denominados servicios de proximidad, hacen que el sistema se polarice entre la atención residencial y la atención en el entorno familiar, con claro predominio de esta última.

Por otra parte, el envejecimiento y sobre todo el sobre-envejecimiento de la población femenina, unido a su escaso poder adquisitivo y a la baja cobertura pública de los servicios del catálogo de la ley de dependencia, ponen de manifiesto dos aspectos esenciales del sistema: la bifurcación público/privado y la falta de opciones o posibilidades para las personas con menos recursos, principalmente las mujeres.

La actual incompatibilidad del Servicio Ayuda a Domicilio con la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, y las voces y opiniones que abogan porque lo sean, plantean un futuro no exento de riesgos en la persistencia del rol de cuidadora.

6

Programa “Cuidarte”, llevado a cabo por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales, fomentando grupos de apoyo para las personas que cuidan.

7

La Ley 4/2007, de 22 de marzo, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón (BOA nº 41, de 9 de abril), establece en su artículo 21: *“El Departamento competente en materia de servicios sociales arbitrará las medidas necesarias para que, en sus centros específicos, propios o concertados, se proporcione alojamiento de manera inmediata a mujeres mayores o discapacitadas víctimas de violencia”*.



Algo parecido ocurre con la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, al percibirse en muchos casos como una compensación económica por actividad laboral.

El elevado número de personas, mayoritariamente mujeres mayores de 80 años, que son cuidadas por otras mujeres y que a su vez son supervisadas por la mujer que ejerce de cuidadora principal, conforman un triángulo femenino nada sencillo, ni exento de dificultades laborales y relacionales. Desconocemos las condiciones laborales de las mujeres que cuidan sin ser las cuidadoras principales, pero no es exagerado plantear que si los conflictos laborales están presentes en todos los ámbitos de actividad, en éste, tan marcado por lo personal, tendrán repercusiones negativas sobre “la persona cuidada”. Máxime si desde la institución pública competente no se arbitran mecanismos de supervisión de la calidad sobre la atención a las personas dependientes en este ámbito.

El esfuerzo femenino por adquirir una mejor capacitación profesional, su progresiva inserción laboral, y el esfuerzo institucional hacia la igualdad de género podrían ser razones suficientes para afirmar que esta situación, evidenciada con el análisis de la implementación del sistema de dependencia, puede ser transitoria.

Sin embargo, la actual situación económica y laboral, la elevada tasa de paro juvenil, los tipos de jornadas de las mujeres para ejercer de cuidadora –primero de sus descendientes y luego de sus ascendientes–, la feminización de la pobreza y el todavía escaso desarrollo de servicios de atención a personas en situación de dependencia, constituyen también argumentos sólidos para afirmar que el discurso o el deseo van por un lado y la realidad social de la mujer va por otro.

Queda mucho por hacer y no estaría de más empezar cuestionando la creencia que asocia nuestro Estado de Bienestar familista con una imagen solidaria y afable de “la familia”. Bajo este planteamiento, algunos discursos insisten en plantear que nuestras familias eligen la prestación para cuidados en el entorno familiar porque quieren cuidar a sus familiares dependientes en casa. La realidad no es tan idílica. Un Estado de Bienestar familista es aquel que no se ha responsabilizado en las funciones de cuidado, depositando esta función no en la familia en abstracto, sino en la mujer en concreto. Sería deseable, por ello, reivindicar un Estado del Bienestar menos familista, con más y mejores servicios y prestaciones que den la posibilidad y la oportunidad de elegir a la mujer y promuevan una corresponsabilidad no sólo entre el Estado y la familia, sino también entre los adultos que configuren la unidad familiar.

Confundir o mezclar familismo con la solidaridad de la red familiar no es neutro desde una perspectiva de género.

BIBLIOGRAFÍA

DIAZ JIMENEZ, R. “Visibilizando a las mujeres en los contextos de la Dependencia”, en *Comunicación e Género*.

ESCUADERO, B., “Las políticas sociales de dependencia en España: contribuciones y consecuencias para los ancianos y los cuidadores informales”, en *REIS*, 119/2007.

GOBIERNO DE ARAGÓN. *La Dependencia en Aragón*. Dirección General de Atención a la Dependencia e Instituto Aragonés de Estadística, 2009.

GOBIERNO DE ARAGÓN. *Datos Básicos de Aragón 2010*, Instituto Aragonés de Estadística, 2010.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE. “Cuidadoras y cuidadores: el efecto del género en el cuidado no profesional de los mayores”, en *Perfiles y Tendencias*, 35, Observatorio de Personas Mayores, 2008.

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y MEDIO RURAL Y MARINO. *Condiciones de vida y posición social de las mujeres en el medio rural*, Dirección General de Desarrollo Sostenible en el Medio Rural, 2009.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. *Libro Blanco de Atención a las personas en situación de Dependencia*, IMSERSO, 2004.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. *Guía de aplicación práctica para la elaboración de informes de impacto de género de las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, de acuerdo a la Ley 30/2003*, Instituto de la Mujer, 2005.

MULAS GRANADOS, C. (coord.), “El Estado Dinamizador. Nuevos Riesgos, Nuevas Políticas y la Reforma del Estado del Bienestar en Europa”, *FIIAPP*, 2010.

RODRIGUEZ CABRERO, G. “La Protección Social de la Dependencia en España. Un modelo sui generis de desarrollo de los derechos sociales”, en *Revista Política y Sociedad*, vol. 44, nº 2.

TOBIO, C. y otros, “El cuidado de las personas. Un reto para el siglo XXI”, en *Colección Estudios Sociales* de la Fundación La Caixa, nº 28, 2010.

HUESCA

E-mail: iamhu@aragon.es

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

TERUEL

E-mail: iamteruel@aragon.es

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

ZARAGOZA

E-mail: iam@aragon.es

- **ARANDA**
Castillo de Illueca. Teléfono 976 548 090. Illueca.
- **BAJO ARAGÓN-CASPE/BAIX ARAGÓ-CASP**
Plaza Compromiso, 89. Teléfono 976 639 078. Caspe.
- **CAMPO DE BELCHITE**
Ronda de Zaragoza, s/n. C. S. La Granja. Teléfono 976 830 175. Belchite.
- **CAMPO DE BORJA**
Mayor, 17. Teléfonos 976 852 028 – 976 852 858. Borja.
- **CAMPO DE CARIÑENA**
Avda. Goya, 23. Teléfono 976 622 101. Cariñena.
- **CAMPO DE DAROCA**
Mayor, 60-62. Teléfono 976 545 030. Daroca.
- **CINCO VILLAS**
Justicia Mayor de Aragón, 20, 1º. Teléfono 976 677 559. Ejea de los Caballeros.
- **COMUNIDAD DE CALATAYUD**
San Juan El Real, 6. Teléfono 976 881 018. Calatayud.
- **RIBERA ALTA DEL EBRO**
Arco del Marqués, 10. Teléfono 976 612 329. Alagón.
- **RIBERA BAJA DEL EBRO**
Plaza de España, 1 bajos. Teléfono 976 165 506. Quinto.
- **TARAZONA Y EL MONCAYO**
Avda. de la Paz, 31 bajos. Teléfono 976 641 033. Tarazona.
- **VALDEJALÓN**
Plaza de España, 1. Teléfono 976 811 759. La Almunia de Doña Godina.
- **ZARAGOZA**
Santa Teresa de Jesús, 30-32. Teléfono 976 716 720. Zaragoza.
www.aragon.es

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

ASESORÍA JURÍDICA

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

ASESORÍA PSICOLÓGICA

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

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

ASESORÍA LABORAL iاملaboral@aragon.es

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

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

ASESORÍA EMPRESARIAL iامza@aragon.es

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

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

ASESORÍA SOCIAL

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

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

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

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

DERECHO COMPARADO

Últimos acontecimientos en la política antidiscriminatoria canadiense, particularmente por razón de sexo: las nuevas causas y la crisis institucional. Por María Amparo Ballester Pastor. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia.....	6
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------

DERECHO ESPAÑOL

Doctrina

El nuevo artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social y su incidencia en la pensión compensatoria en los supuestos de separación y divorcio. Por Carmen López-Rendo Rodríguez. Abogada. Bufete jurídico Manzanares & López Rendo. AEA Cantabria.....	16
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

Jurisprudencia

La protección de las mujeres frente a la discriminación por motivo de embarazo en la jurisprudencia constitucional. Comentario de la STC 214/2006, de 3 de julio de 2006. Por Juana María González Moreno. Profesora de Filosofía del Derecho. Universidad César Vallejo. Trujillo, Perú.....	42
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

FORO DE DEBATE

La violencia de género en el colectivo extranjero: factores culturales e indicadores de prevención. Por Jorge Fleta Asín. Profesor Asociado. Escuela Universitaria de Estudios Empresariales. Universidad de Zaragoza. Y por Fang Pan. Filóloga e intérprete.....	48
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

Mujer y atención a la dependencia en Aragón: una aportación para la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres. Por Carmen Mesa Raya. Jefa de Sección de Planificación y Programación del Instituto Aragonés de la Mujer. Y por Félix Gracia Romero. Asesor Técnico del Departamento de Servicios Sociales y Familia del Gobierno de Aragón.....	62
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------