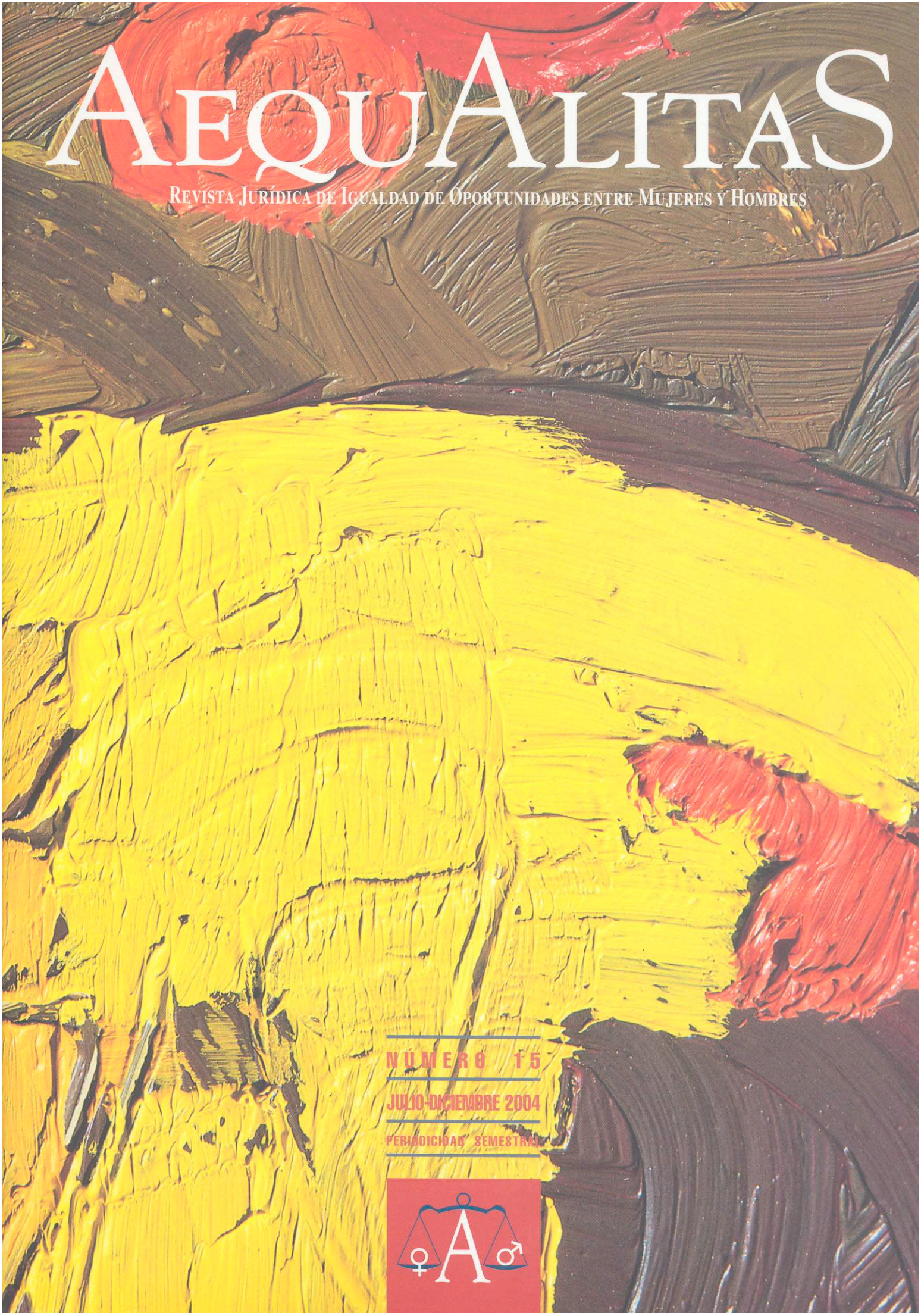
AEQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES



NÚMERO 15

JULIO-DICIEMBRE 2004

PERIODICIDAD SEMESTRAL

En el ámbito del Derecho Comunitario ofrecemos una información sobre El concepto de familia en la Directiva Europea 2003/86/CE sobre el Derecho a la Reagrupación Familiar y su aplicación en el ordenamiento jurídico español.

En este número de la Revista publicamos también un estudio doctrinal sobre la Ley 30/2003, de 13 de diciembre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en la disposiciones normativas que elabore el Gobierno, cuyo breve texto reprodujimos en el número 13 de Aequalitas.

A su vez publicamos la "Guía para la evaluación del impacto en función del género", elaborada por la Comisión de la Unión Europea, que puede resultar útil para la aplicación de la mencionada Ley 30/2003.

Actualizamos también algunas breves reformas habidas en los permisos por maternidad en la profesión militar, después del Real Decreto 180/2004, de 30 de enero, y la la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que introduce para el ámbito funcionarial la posibilidad de disfrutar a tiempo parcial los permisos en los supuestos de parto, adopción y acogimiento.

En continuidad con la información que hemos ido proporcionando sobre nuevos problemas derivados de la inmigración actualizamos la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado sobre el debatido tema de los matrimonios simulados, de conveniencia, blancos, nulos, y la problemática sobre su inscribilidad ante la duda de la falta de consentimiento. En este pormenorizado estudio se detecta la actuación diferencial de hombres y mujeres desde una perspectiva de género.

En el Foro de Debate aportamos un estudio crítico titulado "La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. Reflexiones sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género". Queremos con ello aportar una documentada opinión para continuar profundizando en este tema en posteriores números de la Revista.

El Proyecto de Ley 121/000002 Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, de 1 de julio de 2004, Boletín Oficial del Congreso, Serie A, VIII Legislatura, ha sido aprobado ya en el Congreso. Con fecha 18 de octubre de 2004, tuvo entrada en el Senado el texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, relativo al Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. Al amparo del artículo 104 del Reglamento del Senado, se ordenó la remisión de este Proyecto de Ley a la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales. En virtud de lo establecido en el artículo 107.1 del Reglamento del Senado, el plazo para la presentación de enmiendas terminó el día 29 de octubre, viernes. De otra parte, y en cumplimiento del artículo 191 del Reglamento del Senado, se ordena la publicación del texto del mencionado Proyecto de Ley. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 97 del Reglamento del Senado, han sido publicadas ya dichas enmiendas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales.

De hecho existen ya importantes novedades legislativas merecedoras de futuros artículos como el Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, por el que se regula el Registro Central para la protección de las víctimas de violencia doméstica. Por otra parte, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, incorpora a nuestro ordenamiento jurídico un nuevo instrumento de protección frente a las infracciones penales cometidas en el entorno familiar, que se caracteriza, como expresa su exposición de motivos, por unificar los distintos instrumentos de amparo y tutela, de manera que "a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal", y permita a las distintas Administraciones públicas activar los distintos instrumentos de tutela.

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

El concepto de "familia nuclear" en la directiva europea 2003/86/CE sobre reagrupación familiar

Por Rosa Mª Moliner Navarro.
Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de València.



1

CHARRO, P. Y RUIZ DE HUIDOBRO, J.M. "La Ley Orgánica 4/2000: análisis técnico jurídico de sus principales novedades", *Migraciones*, 7 (2000), pp. 40-41.

2

EZQUERRA UBERO, J.J. "El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable", *Migraciones*, 1 (1997), pp. 182-186.

3

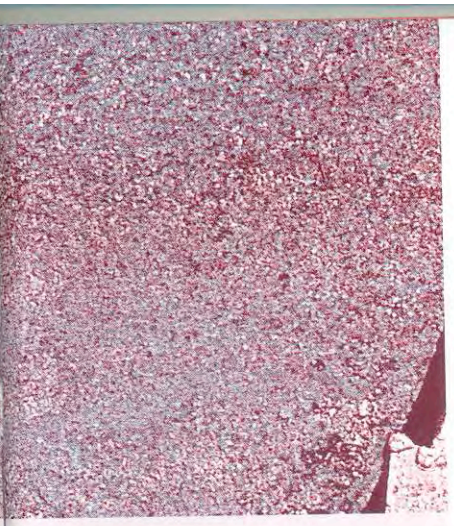
SANTOLAYA MACHETTI, P. *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 77-133.

4

Vid. Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el *derecho a la reagrupación familiar*, Considerando (4).

5

La reunificación familiar, en tanto que derecho básico del trabajador migrante, ha sido objeto de diversos convenios y tratados internacionales de los cuales son firmantes la práctica totalidad de los Estados miembros de la UE. Las obligaciones que de éstos se derivan han sido incorporadas a los convenios gestados en el marco europeo. Así la *Carta Social Europea*, de 18 de octubre de 1961, en su art. 19, establece que las partes contratantes se comprometen a facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio. En un Anexo señala que deberá entenderse por "familia" a la esposa del trabajador y a sus hijos menores de veintiún años que vivan a su cargo. También el art. 8 del Convenio nº 97, de 1 de julio de 1949, de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Trabajadores Migrantes y los arts. 13 a 19 de la Recomendación nº 151, de 4 de junio de 1975, de la Organización Internacional del Trabajo concerniente a los Trabajadores Migrantes. Sobre la reunificación familiar de los trabajadores nacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa, el *Convenio europeo relativo al Estatuto jurídico del Trabajador Inmigrante*, de 24 de noviembre de 1977, señala en su art. 12 que "el cónyuge del trabajador inmigrante, empleado legalmente en el territorio de una Parte Contratante y sus hijos no casados, mientras se les considere menores por la legislación pertinente del Estado de acogida, y que dependan del trabajador migrante" se les autoriza para que se unan a él en el territorio de una Parte contratante, siempre que éste disponga para su familia de una vivienda adecuada, pudiendo cada Parte Contratante supeditar la autorización a un plazo de espera. Finalmente, la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, aprobada el 7 de diciembre de 2003, recoge en su art. 7, bajo el título "Respeto a la vida privada y familiar", el fundamento del reconocimiento de la reagrupación familiar como derecho en la UE.



La conveniencia de que los inmigrantes puedan contar en el país de acogida con un entorno familiar, ha pasado a ser uno de los elementos cruciales en el diseño de las políticas de extranjería más avanzadas por parte de la Unión Europea (UE) [1]. Ciertamente, debemos constatar también que esta especial atención a la dimensión familiar del inmigrante no está exenta de algunas ambigüedades, como la posibilidad de que ese entorno familiar provoque un repliegue cultural que le haga todavía más refractario a la integración [2]. No obstante, la valoración e incidencia positiva del entorno familiar en la estabilidad y comportamientos del inmigrante se ha impuesto como presupuesto indiscutible en el análisis sociológico del fenómeno y la doctrina reciente del CEDH, con una interpretación amplia y novedosa del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha consagrado la existencia de un derecho fundamental a la vida en familia que exige la reagrupación familiar como manifestación privilegiada de ese derecho [3].

Fruto de esta general orientación, los países de la UE han ido acogiendo, bajo diversas categorías y condiciones, la reagrupación familiar en sus legislaciones de extranjería y, finalmente, tras complejas vicisitudes y proyectos sucesivos, ha visto la luz una directiva europea destinada a consagrar, en el ámbito comunitario, un auténtico derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros, a armonizar en esta materia las divergentes legislaciones de los Estados miembros y a erigir esta figura en mecanismo privilegiado para contribuir a crear una estabilidad personal y social que facilite la deseada integración social y cultural del inmigrante [4].

Expondremos, a continuación, los antecedentes inmediatos de ámbito internacional y comunitario que han precedido a la Directiva; las divergencias de los proyectos en relación con los familiares reagrupables y, finalmente, un análisis crítico sobre la definitiva articulación del derecho a la reagrupación familiar previsto en la directiva.

1. ANTECEDENTES. EL *ITER* LEGISLATIVO DE LA DIRECTIVA

El reconocimiento al inmigrante de una serie de derechos tendentes a la reunificación de la familia en el país de acogida estuvieron desde el primer momento ligados al ámbito laboral, en el marco de los diversos convenios y tratados internacionales que se han ocupado de la figura del trabajador migrante [5]. También en el ámbito del derecho comunitario se han elaborado, desde los años setenta, diversas normativas específicas referentes a la reagrupación de la familia del trabajador no nacional en un Estado Parte [6]. Estas reglamentaciones, como es lógico, han venido afectando, únicamente, a los extranjeros que son familiares de un ciudadano de la Unión Europea que ejerce su derecho a la libre circulación y fija su residencia en un país del que no es nacional; sin embargo, hasta ahora, el derecho comunitario no había elaborado normas específicas sobre la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países. Las instituciones europeas, aunque venían manifestando la necesidad de regular esta materia, tropezaban con la ausencia de una base jurídica para poder hacerlo a escala comunitaria, cuestión que no ha podido resolverse hasta la aprobación del Tratado de Amsterdam, el 1 de mayo de 1999 [7].

Pese a esta carencia competencial, se han ido adoptando diversas resoluciones con el propósito de ir armonizando en la medida de lo posible las normas sobre reagrupación familiar de las distintas legislaciones de los países miembros de la UE. La primera en abordar directamente la cuestión fue la *Resolución sobre la armonización de las políticas nacionales en materia de reunificación familiar*, aprobada en Copenhague por los ministros competentes en materia de inmigración, el 1 de junio de 1993 [8]. Este documento, destinado a orientar las políticas de los Estados miembros en relación a los familiares de los inmigrantes residentes, insta a facilitar

6

En ese sentido, ya el **Reglamento (CEE) núm. 1612/68**, del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, disponía en su art. 10 que "con independencia de su nacionalidad, tendrán derecho a instalarse con el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro: a) su cónyuge y sus descendientes menores de 21 años a su cargo; b) los ascendientes del trabajador y de su cónyuge que estén a su cargo". El párrafo 2º añadía que "los Estados miembros favorecerán la admisión de cualquier miembro de la familia que no se beneficie de lo dispuesto en el apartado 1º, si se encontrase a su cargo, o viviese, en el país de origen, con el trabajador antes mencionado".

El **Reglamento (CEE) núm. 1251/70** de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, extiende ese derecho también a los miembros de su familia, incluso después del fallecimiento de éste.

La **Directiva 73/148/CEE** del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de restricciones al desplazamiento y estancia, dentro de la Comunidad, a los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimientos y prestación de servicios, en su art. 1.1 propugna que se eliminen por parte de los Estados miembros las restricciones al desplazamiento y a la estancia de los familiares del nacional, cualquiera que sea la nacionalidad de éstos. Por su parte, el art. 1 de la **Directiva 74/123/CEE** del Consejo, de 17 de diciembre de 1974, relativa al derecho de los nacionales de un Estado miembro a permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad por cuenta propia, amplía su ámbito de aplicación también a los familiares de dicho trabajador. La misma línea sigue la **Directiva 90/364/CEE** del Consejo de 28 de junio de 1990, al afirmar que el derecho de residencia también se confiere a los miembros de la familia, sea cual fuere su nacionalidad.

En términos semejantes se pronuncia la **Directiva 90/365/CEE** del Consejo, de 28 de junio de 1990 relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, y para el caso del derecho de residencia de los estudiantes, la **Directiva 93/96/ CEE** del Consejo de 29 de octubre de 1993.

7

Vid. la referencia que a este respecto realiza la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el *derecho a la reagrupación familiar*, Considerandos (1) y (2).

8

Vid. Documento SN 282/1/93 WGI 1497 Rev. 1.

la reagrupación familiar de los nacionales de países terceros "asentados regularmente en el territorio de un Estado miembro, sobre la base de una perspectiva de residencia permanente a largo plazo [9] ".

Ha habido otras resoluciones que han tratado parcial o indirectamente la cuestión. Merece la pena destacar, por ejemplo, la *Resolución sobre la lucha contra los matrimonios de conveniencia*, aprobada en el Consejo para los Asuntos de Justicia e Interior, en su sesión de 4 y 5 de diciembre de 1997, dirigida a prevenir la violación de las normas relativas a la entrada y a la residencia de los nacionales de países terceros [10] y la Propuesta de Convenio relativo a las normas de admisión de nacionales de terceros países en los Estados miembros, elaborada en 1997 por la Comisión Europea, estableciendo el marco de reflexión con carácter previo a la adopción de instrumentos jurídicos en materia de inmigración [11]. No obstante, como ya apuntamos, es a partir de la entrada en vigor del nuevo Tratado de Amsterdam, el 1 de mayo de 1999, cuando se asiste a un verdadero avance en la unificación de las legislaciones estatales en materia de reagrupación familiar.

En efecto, el art. 63.3.a) del Tratado prevé el establecimiento de un *espacio de libertad, seguridad y justicia*, para lo cual se considera esencial la adopción de medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas, conjuntamente con otras relativas a la inmigración. En este marco se establece un plazo de cinco años para elaborar una reglamentación sobre condiciones de entrada y de residencia, así como normas relativas a los visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar [12]. Atendiendo a esta previsión, el 1 de diciembre de 1999, la Comisión presentó la primera *Propuesta de Directiva del Consejo sobre reagrupación familiar* [13], cuyo objetivo no era otro que establecer un derecho a la reagrupación familiar para los nacionales de terceros países que residan legalmente en la Unión, de manera que este derecho se pueda ejercer según una serie de criterios comunes en todos los Estados miembros [14]. El 6 de septiembre de 2000, el pleno del Parlamento Europeo aprobó su dictamen, que respaldaba el enfoque general y las principales orientaciones de la propuesta, pero pedía una restricción en el ámbito de aplicación e invitaba a la Comisión a realizar las pertinentes modificaciones. Acogiendo algunos aspectos del dictamen, la Comisión presentó el 10 de octubre de 2000, una *propuesta modificada de directiva sobre reagrupación familiar* [15]. Pero las negociaciones en el Consejo, durante sus sesiones de mayo de 2000, mayo de 2001 y septiembre de 2001, resultaron muy complicadas e impidieron que se llegara a un acuerdo sobre la cuestión. Manteniendo siempre las directrices marcadas en Tampere (octubre 1999), con ocasión del Consejo europeo de Laeken (diciembre de 2000), la Comisión presenta una nueva propuesta de Directiva en la que se modulan los puntos más problemáticos: por un lado, prevalencia del *estatu quo* y flexibilidad para que las legislaciones nacionales puedan tener un margen de maniobra (excepciones) para adaptarse a las disposiciones de la Directiva, y por otro lado, progresividad en el reajuste de las medidas una vez incorporada la Directiva en las legislaciones nacionales. Junto a esto se suprime el reconocimiento del derecho a la libre circulación de los familiares reagrupados; se reduce el ámbito de los familiares reagrupables, la edad de los menores, permite escalonar la entrada de esos familiares en tres años sucesivos y limita a cinco años el permiso de residencia autónoma de los familiares reagrupados [16].

Tras la presentación de la nueva propuesta de Directiva, en mayo de 2002, el Parlamento Europeo, con fecha 9 de abril de 2003, se opuso a la mayoría de modificaciones introducidas por considerar que suponían una considerable restricción de su ámbito de aplicación [17]. Las divergencias fueron debatidas en el Consejo



9

Uno de los aspectos criticados de esta Resolución, relativa a la armonización de políticas nacionales en materia de reagrupación familiar, es que no especifica qué debe entenderse por "residencia permanente o a largo plazo". La determinación de este elemento esencial queda a la discrecionlidad de las legislaciones nacionales.

10

Vid. Resolución del Consejo 97/C 382/01, de 4 de diciembre de 1997, sobre medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (DOCE C nº 382, de 16 de diciembre de 1997). Sobre esta problemática, puede verse, M. AGUILAR, H. GRIEDER. "El matrimonio de conveniencia", *BIMJ*, 15 octubre de 2000, nº 1876, pp. 3213-3234; I. GRUYON-RENARD. "El fraude en materia de estado civil en los Estados miembros de la CIEC", *BIMJ*, nº 1803-1804, pp. 1779-1813; F. W HONDIUS. "Civil Status Fraud",en *Towards a European Immigration Policy*, G.D. Korella & Twomwy (Eds), College of Europe, 1993, pp. 79-84.

11

Aunque la Propuesta de la Comisión se basa en la Resolución de Copenhague de 1 de junio de 1993, introduce disposiciones más precisas, fundamentalmente, en cuanto al periodo de tiempo de residencia requerido para ejercer el derecho a la reunificación familiar.

Así, el art. 24 estipula que el nacional de un tercer Estado que resida legalmente en un Estado miembro desde al menos un año y que, en la fecha de presentación de la solicitud, tenga derecho a residir en dicho Estado miembro al menos otro año más, podría ejercer el derecho a la reagrupación familiar.

No obstante, cuando se trata de estudiantes, las condiciones para el reagrupamiento familiar son más restrictivas dado que éstos sólo podrán presentar la demanda siempre que hayan residido legalmente en un Estado miembro desde al menos dos años y tengan derecho a residir en dicho Estado miembro otro año más (apdo. 2º del art. 24).

12

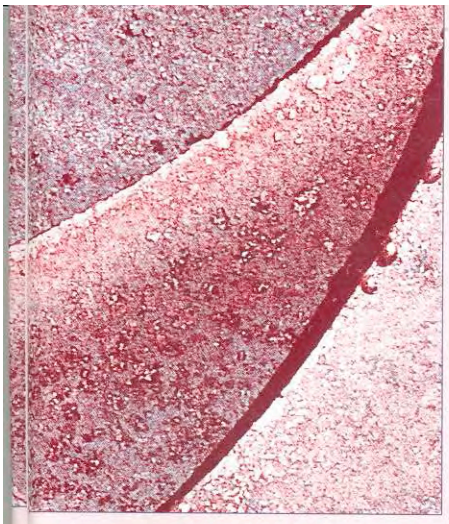
Así ha quedado reflejado en la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el *derecho a la reagrupación familiar*, Considerando (1).

13

Propuesta de directiva presentada por la Comisión Europea COM (1999), pp. 638-final 1999/0258 (CNS).

14

Considerando cuarto y sexto de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar.



Europeo de Salónica, en junio de 2003, tras el cual fue finalmente aprobado, el 22 de septiembre de 2003, el texto definitivo de la actual Directiva 2003/86/CE del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar [18].

2. PRESUPUESTO BÁSICO DE LA DIRECTIVA: LA FAMILIA NUCLEAR

El texto definitivo de la directiva ha introducido importantes variaciones con relación a la propuesta originaria. Por un lado, ha incorporado un extenso preámbulo, en forma de 18 considerandos, cuyos principios han sustituido y modificado algunos de los presupuestos y contenidos presentes en la anterior propuesta de articulado. No es posible analizar aquí todas esas divergencias. Nos detendremos, a los efectos del presente trabajo, en aquello que constituye el objeto fundamental de tal regulación: los familiares del no nacional que se consideran directamente reagrupables.

Como es sabido, durante todo el proceso de elaboración de la Directiva ha estado latente un conflicto de concepciones, presupuestos e intereses. De un lado, el Parlamento europeo siempre ha considerado la reagrupación familiar como un derecho básico, manifestación ineludible del derecho a una vida familiar (consagrado en el CEDH), y ha tratado en sus dictámenes y enmiendas de extender al máximo el ámbito de aplicación del derecho, incluyendo en la categoría de familiares reagrupables a todos aquellos que guarden una directa y estrecha vinculación con el reagrupante, bajo la denominación genérica de "parientes".

Junto a esto, ha intentado que la reagrupación familiar tuviera un tratamiento jurídico uniforme y armonizado en todos los países de la Unión Europea. Por su parte, en el planteamiento de la Comisión Europea ha prevalecido siempre el principio de seguridad y control de flujos migratorios, por encima del reconocimiento de un derecho fundamental. Partiendo del presupuesto de que la reagrupación familiar es el mecanismo privilegiado para la entrada y permanencia de extranjeros en la Unión, ha defendido siempre una concepción restrictiva respecto del ámbito de aplicación del derecho a la reagrupación. Por otro lado, como producto de las diversas situaciones y condiciones que la inmigración presenta en cada país, se ha manifestado partidaria de dejar libertad a los Estados miembros, para decidir sobre la reagrupación o no de determinados familiares y para imponer condiciones específicas en función de sus particulares intereses.

El texto final de la Directiva revela sin paliativos que ha vencido sustancialmente el planteamiento de la Comisión: la familia nuclear como sujeto básico del derecho y la discrecionalidad de los Estados como regla general en la regulación del derecho. En efecto, la preponderancia y reafirmación del factor seguridad y control en la UE, fruto del espacio Schengen, ha incidido decisivamente en la nueva orientación de la Directiva: máxima reducción de las personas reagrupables y condiciones y requisitos gravosos para su ejercicio, evitando con ello que la reagrupación se convierta en una puerta abierta e incontrolada a la inmigración. Con ello se pretende un incremento pequeño, paulatino y controlado de la población extranjera reduciendo al mínimo el contenido básico del derecho: cónyuge e hijos menores. Hay, sin embargo, una concesión a la lógica, reconociendo la doble titularidad del derecho a la reagrupación, tanto al extranjero residente como a los familiares no residentes (vid. art. 5.1).

De otro lado, se persigue la integración y asimilación de los extranjeros en los presupuestos y valores básicos de la cultura europea occidental, por lo que resulta implanteable, por ejemplo, el reconocimiento del matrimonio poligámico, tal y como el Considerando 11 y el art. 4.4 dejan claramente establecido [19].

15 COM (2000), pp. 624-final, 1999/0258 (CNS).

16 Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar COM (2002), pp. 225-final, 1999/0258 (CNS).

17 Las enmiendas del Parlamento europeo que fueron aprobadas con 287 votos a favor, 225 en contra y 9 abstenciones. Aunque no son vinculantes supusieron un obstáculo más en la aprobación definitiva de la Directiva. En ellas se hace referencia a los siguientes aspectos: que la reagrupación familiar no se limite al cónyuge sino que se extienda también a la pareja de hecho, con independencia del sexo, si en el Estado miembro existe un trato equivalente para este tipo de parejas; extender el beneficio de los refugiados a las personas que necesitan protección internacional o que han solicitado protección temporal y están a la espera que se resuelva su solicitud; que se permita la reagrupación de los padres del reagrupante si no tienen en su país de origen ningún otro tipo de apoyo familiar; posibilitar la reagrupación de los hijos mayores de edad siempre que dependan del reagrupante por motivos de salud.

En la determinación de los familiares reagrupables, el Parlamento que busca una armonización a nivel europeo y la Comisión que prefiere dejar la última decisión en manos de los Estados miembros. Se propone suprimir la cláusula que permitía examinar el grado de integración de los menores de más de 12 años; suprimir también la cláusula que permitía el establecimiento de un periodo de espera de 3 años en los países en los que rige un sistema de cupos; reducir de 2 a 1 año el periodo de residencia previa exigido al reagrupante, en los casos de viudedad, divorcio, separación o defunción se concederá un permiso de residencia autónomo cuando estas personas hayan residido al menos un año y reducir el tiempo de tramitación pasando de 9 a 6 meses.

18 Diario Oficial de la Unión Europea, L 251, 3-10-2003, pp. 12-18. No han participado en la adopción de esta Directiva, ni están obligados o sujetos a su aplicación, tal y como se desprende del protocolo anexo al Tratado de la UE, Reino Unido e Irlanda (vid. Considerando 17) ni tampoco Dinamarca (vid. Considerando 18).

19 Vid. FORNER, J. J. "La familia árabe ante la legislación española de nacionalidad y extranjería"; BORRÁS, A. y MERNISSI, S. (ed.), *El Islam jurídico y Europa. Derecho, religión y política*, Icaria-Antrazyt, Barcelona, 1998, pp. 199-243; GAYA SICILIA, R., "Inmigración, matrimonio y Derecho" en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T. III, Madrid 2003, pp. 4631-4656.

Como era previsible, la Directiva no da una definición de familia; no obstante, a la hora de determinar sus elementos, alude expresamente a la *familia nuclear* en el sentido más estricto del término: cónyuge e hijos menores; sólo en determinadas circunstancias, cabe incluir a los ascendientes. En esta delimitación se ha retrocedido notablemente sobre el concepto de *familia extensa* manejado por anteriores propuestas, en las que se aludía a todos aquellos vinculados por la condición genérica de *parientes*. Como consecuencia de este presupuesto, la Directiva ha abandonado por completo el concepto de "familiares reagrupables", que ampliaba de manera genérica e indeterminada a los sujetos del derecho, y lo ha sustituido por el más restrictivo de "miembros de la familia" que, obviamente, concede la titularidad del derecho sólo a quienes pertenecen a la familia nuclear sostenida como base de la regulación.

En definitiva, tres son los presupuestos sobre los que se asienta la actual concepción comunitaria del derecho a la reagrupación familiar:

A

Frente a un abanico amplio de familiares reagrupables, aun bajo condiciones diversas (cónyuge o pareja estable, ascendientes, descendientes y hermanos, parientes...), el derecho a la reagrupación plasmado por la actual Directiva sólo contempla como beneficiarios directos a quienes componen la familia nuclear de base matrimonial. Queda establecido como principio en Considerando 9: *"La reagrupación familiar debe aplicarse en todo caso a los miembros de la familia nuclear, es decir, al cónyuge y a los hijos menores de edad"*. Y queda incorporado a la regulación en el artículo 4.1.

B

Frente al objetivo de armonización global del derecho a la reagrupación, ha prevalecido el criterio de la decisión discrecional de los Estados con relación a aquellos familiares que no



constituyen ese núcleo básico. Queda establecido como principio en el Considerando 10: *"Los Estados miembros deben decidir si ellos desean autorizar la reagrupación familiar de los ascendientes en línea directa, los hijos mayores solteros, del miembro de la pareja no casada o registrada, así como en el caso de matrimonio poligámico, los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante"*. Y queda incorporado a la regulación en el art. 4.2.

C

Frente al reconocimiento incondicional del derecho a la reagrupación, se admite que los Estados puedan establecer restricciones al ejercicio, incluso a quienes constituyen ese núcleo familiar básico: Con relación

20

Cdo. 2: "Las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional. La presente directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea".

Cdo. 4: "La reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia. Contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad, tal como se declara en el Tratado".

21

Vid. MOLINER NAVARRO, R.M. "Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España", *Actualidad Civil*, nº 14, pp. 512-515.

a la edad del reagrupante y su cónyuge (21 años, según el art. 4.5). Con relación a los hijos de más de 12 años, tal y como establece el art. 4.1 *in fine* y trata de explicar el Considerando 12: *"La posibilidad de limitar el derecho a la reagrupación familiar a los niños de edad superior a 12 años cuya residencia principal no es la misma que la del reagrupante, pretende reflejar la capacidad de integración de los niños en edad temprana, garantizando que adquieran en el colegio la educación y los conocimientos lingüísticos necesarios"*. Con relación a la edad para solicitar la reagrupación de los hijos (antes de los 15 años, según el art. 4.6). Con relación a los hijos del extranjero con otro cónyuge (art. 4.4). Con relación al estatus jurídico de la pareja (en caso de no ser una pareja legalmente casada –cónyuge–, debe someterse, junto con sus hijos, a la discrecionalidad estatal prevista en el art. 4.3).

Se trata, por tanto, de una Directiva muy poco ambiciosa y extremadamente restrictiva en su objetivo armonizador, proclamado en Tampere como pilar básico de la política migratoria de la UE (el ajuste de las legislaciones nacionales en la materia será mínima, e incluso hay tres países no obligados a trasponerla); y, por otro lado, sus previsiones resultan absolutamente insuficientes para responder a las exigencias reales de un derecho como el que se proclama, a pesar de la ampulosa declaración de principios reflejada en los Considerandos 2 y 4, sobre la protección de la familia y su efecto sociocultural integrador[20].

De lo expuesto, cabe concluir que la Directiva consagra lo que podríamos denominar un concepto europeo de familia "nuclear", basado en una vinculación jurídica de la pareja a través del matrimonio y en una filiación biológica o adoptiva común o separada de ambos cónyuges. De ese modelo básico desaparecen los ascendientes, los colaterales y los hijos mayores de edad. Por otro lado, el modelo europeo de familia desecha la posibilidad de una unión poligámica como opuesta a los valores y principios defendidos por los Estados miembros, en especial, a los derechos de las mujeres y de los niños (Considerando 11).

3. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO: LOS "MIEMBROS DE LA FAMILIA"

El cuerpo central de la Directiva se encuentra en el capítulo II, denominado genéricamente *"Miembros de la familia"*, integrado por un solo y extenso artículo (art. 4), que transforma en disposiciones concretas los principios básicos anteriormente aludidos, a efectos de considerar familiares reagrupables a quienes constituyen la denominada familia nuclear y someter al resto a la discrecionalidad de los Estados. Veamos, a continuación, estos dos ámbitos.

3.1 El cónyuge del reagrupante

El primero de los familiares considerado sujeto básico del derecho a la reagrupación es el cónyuge. Conviene destacar como acierto de la denominación finalmente adoptada –"miembros de la familia"– que, ciertamente, la inclusión del cónyuge en este contexto resulta más apropiada y coherente que su inclusión como "familiar reagrupable" o "pariente reagrupable". Ya me ocupé de criticar este aspecto con relación a la aprobación de la ley española de extranjería (LO 8/2000), abogando por el término reagrupación conyugal fundamentado en las diferencias conceptuales que cabe establecer entre matrimonio y familia y excluyendo que al cónyuge se le pueda denominar pariente o familiar. A ellas me remito para evitar alargar estas consideraciones[21].

Parece claro que cuando la Directiva alude al *cónyuge* se está refiriendo a quien se encuentra legalmente casado, de acuerdo con las leyes vigentes en el Estado de procedencia, con el reagrupante. El art. 5.2, exige aportar los documentos acreditativos de esta condición y permite la oportuna verificación a través de entrevistas personales a los reagrupantes y cualquier otro tipo de investigaciones. No parece superfluo considerar las dificultades de prueba de tales actos en determinados países, al igual que las dificultades de los Estados miembros de la UE para investigar en esos países la veracidad de los documentos aportados o de los actos celebrados. De modo que esta previsión juega como un arma de doble filo, frente al fraude pero también frente a quienes proceden de los países más pobres y menos occidentalizados.

Aunque nada se dice, por innecesario, resulta evidente que la Directiva contempla un matrimonio válido y no disuelto. Cabría plantear la posibilidad de reagrupar a un cónyuge separado, en el caso de que el Estado miembro en su Derecho interno no lo excluya expresamente, no obstante se trata de una posibilidad meramente especulativa, dado que todas las legislaciones nacionales aluden explícitamente a la condición de no separado (vid. p.ej., art. 17a) de la LO 8/2000).

Sobre la figura del cónyuge, la Directiva establece una primera restricción al ejercicio del derecho: permite a los Estados miembros imponer una edad mínima, que no puede exceder de 21 años, antes de la cual no autoriza la reagrupación del cónyuge con el reagrupante. El núm. 5 del art. 4 justifica esta limitación *"con el objeto de garantizar un mayor grado de integración y de evitar los matrimonios forzados"*. Naturalmente, no se puede impedir en ningún caso la celebración del matrimonio antes de dicha edad, ya que se trata de un derecho humano y fundamental (derecho al matrimonio y a fundar una familia) presente en la DUDH y reconocido por todos; de ahí que los Estados miembros sólo puedan condicionar el ejercicio del derecho a la reagrupación antes de esa edad.

Con relación a esta restricción que, por supuesto, no carece de justificación, cabe plantear el siguiente interrogante: ¿No está ya prevista la necesidad de acreditar la veracidad y autenticidad del vínculo a través de las entrevistas e investigaciones necesarias? ¿No existe ya en el artículo 16.2 la posibilidad de denegar la reagrupación si se demuestra que el matrimonio es fraudulento o de conveniencia? Siendo esto así, es en estos procedimientos donde resultaría pertinente establecer las condiciones de libertad del matrimonio, al igual que su posible fraudulencia, a la hora de conceder o no la reagrupación; por ello, establecer un límite mínimo de edad para ejercer el derecho, más bien parece responder a un deseo minimizador de las solicitudes o a una inaceptable y general presunción de fraude en los solicitantes, que a un deseo de proteger la libertad de los contrayentes; aspecto éste, por cierto, bastante complicado de garantizar fuera del entorno occidental, sea cual sea la edad de los esposos.

Las uniones de hecho

El texto inicial, mantenido en la propuesta modificada de 2000, hacía referencia, además de al cónyuge, a *"la pareja de hecho que tenga una relación duradera con el reagrupante, si la legislación del Estado miembro en cuestión asimila la situación de las parejas no casadas a la de las casadas"*.

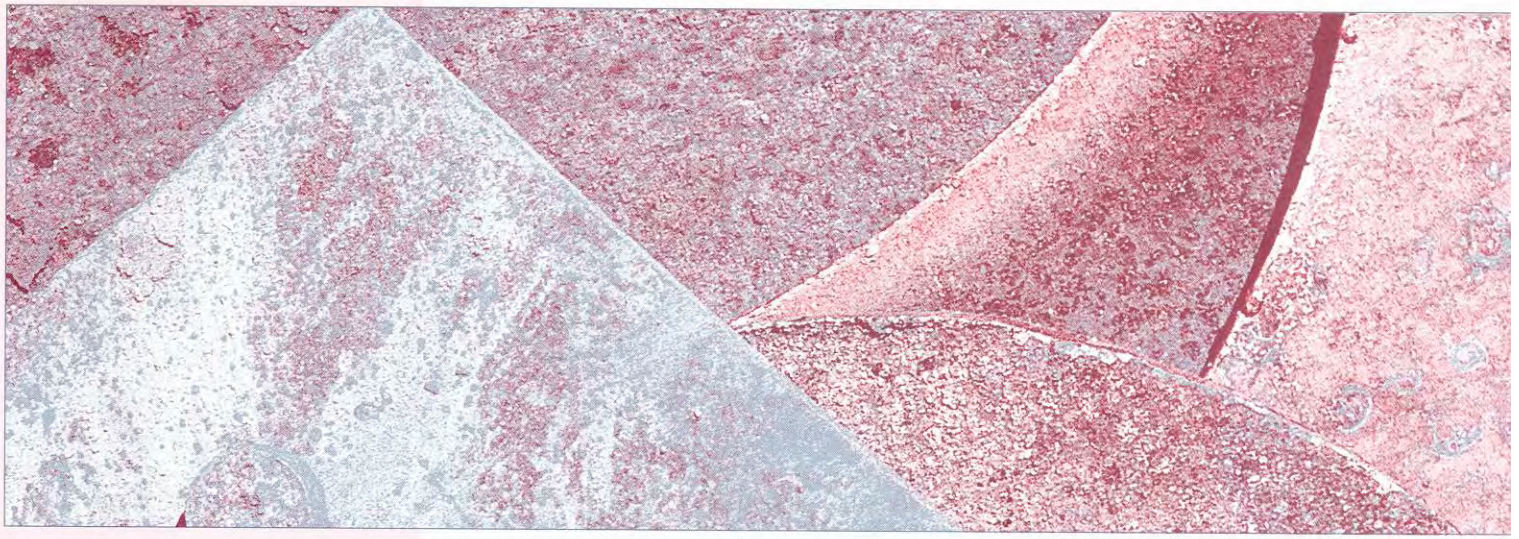
La Directiva ha suprimido esta equiparación, remitiendo en el artículo 4.3 a la discrecionalidad de los Estados miembros la decisión de autorizar la entrada y la residencia de la *"pareja no casada, nacional de un tercer país, que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una pareja registrada"*, añadiendo en su último párrafo que *"los Estados miembros podrán decidir que las parejas registradas reciban el mismo trato que los cónyuges respecto de la reagrupación familiar"*.

La omisión de la unión de hecho estable en el concepto básico de familia nuclear, supone toda una declaración de principios que, en algún caso, puede resultar difícilmente justificable. Es evidente que la Directiva ha querido supeditar la titularidad directa del derecho a la reagrupación, en el ámbito de la pareja, a la existencia de un vínculo matrimonial, condicionando el reconocimiento de las posibles situaciones de convivencia extramatrimonial a las peculiares situaciones de cada Estado; de ahí que para el cónyuge la reagrupación es un derecho, mientras que para el conviviente de hecho es solamente una concesión del Estado. No cabe duda de que su intención ha sido excluyente, puesto que podría haber recurrido a alguna de las fórmulas que se han ido incorporado últimamente a la mayoría de textos legales, tanto nacionales como comunitarios: "cónyuge o persona con la que éste se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia" [22].

Pueden intuirse múltiples razones que justifican la decisión de limitar al cónyuge el derecho a reagruparse o ser reagrupado: basta pensar en los problemas antes apuntados de seguridad jurídica, las enormes posibilidades de fraude, etc. Ciertamente, si ya es difícil controlar la práctica fraudulenta de contraer matrimonio con el único objetivo de obtener un permiso de residencia, resultaría prácticamente imposible controlar ese fraude si se reconociera el derecho a la reagrupación de quien tan sólo constituye una pareja de hecho. Por supuesto que hay mucha lógica en este planteamiento, pero no hay tanta justificación.

El fraude en esta materia debe ser perseguido pero ello no puede convertir a todo inmigrante que se casa o convive establemente en un presunto defraudador; algo así vulneraría con claridad dos derechos fundamentales que asisten al extranjero en toda su plenitud: el derecho a contraer matrimonio y el derecho





a la intimidad. Resulta imprescindible mantener la presunción general de buena fe que debe presidir todo el ordenamiento nacional e internacional, evitando que se imponga la sospecha sistemática [23]. Entiendo que esta misma presunción general de buena fe debería extenderse también al ámbito de las uniones de hecho estables, sin perjuicio de perseguir el fraude, como en cualquier otro supuesto.

Por otra parte, no hemos de perder de vista que la reagrupación familiar, tal y como afirma el Considerando 2 de la Directiva, nace de la exigencia de protección de la vida en familia del extranjero y del derecho fundamental a poder desarrollarla en el país de acogida. Se trata, pues, de garantizar esa vida familiar en el modo en que el sujeto la realiza y desarrolla y con quienes realmente la establece, no de imponer modelos prefijados en estos ámbitos. Es decir, si bien resulta lógico, en aras de una mayor seguridad jurídica, delimitar ciertos supuestos, lo que no parece justificado es imponer absolutamente al titular del derecho los parámetros de su vida afectiva y familiar. Esto significa que no tiene sentido considerar en exclusiva la conyugalidad como fuente de las relaciones familiares.

A partir de aquí parece justo sostener que, por encima de las posibilidades de fraude (siempre perseguibles), de la seguridad jurídica o de cualquier otra consideración, sea el extranjero residente quien determine la persona con la que comparte una vida afectiva. En este contexto adquiere pleno sentido el reconocimiento de la unión de hecho como realidad ineludible en el ámbito de las relaciones afectivas de pareja. No procede entrar en la compleja problemática jurídica representada por estas formas de convivencia no matrimonial [24], pero, dado que en la práctica totalidad de países de la UE, ya se ha producido un reconocimiento legal expreso de la unión de hecho, no parece jurídicamente coherente que la Directiva haya excluido tales relaciones del derecho básico a la reagrupación y las haya sometido a una previa autorización del Estado.

¿Es posible no conceder ese derecho a quien forma parte de una unión de hecho registrada y con plenos efectos (casi equiparables al matrimonio) en su país de origen? En el ámbito de la UE no hay problema puesto que está garantizada la libre circulación y residencia, pero ¿qué sucedería en el caso de Canadá, Australia, Hungría, etc.? Parece bastante claro que en estos casos se estaría discriminando al extranjero no casado frente al casado y se le estaría implícitamente obligando a contraer matrimonio para obtener un derecho cuyo contenido (vida afectiva y familiar) se le debería garantizar con independencia de la opción afectiva elegida, dado que en sus respectivos sistemas legales existe tal posibilidad de opción [25].

22

Con relación a la fórmula utilizada en diversos textos legales, vid. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. *El Código civil y sus reformas*, 5ª ed., Ilustre Colegio Notarial de Valencia, 1995, Prólogo, p. XIII; TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A."Fundamentos para el reconocimiento de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España", *Cuadernos del Instituto "Bartolomé de las Casas"*, nº 10, Dykinson, Madrid 1999, pp. 40-44.

23

Como se ha afirmado, el deseo de mejorar las condiciones de vida, por ejemplo, no tiene necesariamente que juzgarse incompatible con los fines de la institución matrimonial y, en consecuencia, la persona que contrae matrimonio con ese deseo puede perfectamente prestar un verdadero consentimiento familiar (EZQUERRA UBERO, J.J., "El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable", op. cit., pp. 204-205).

24

En este ámbito puede verse MOLINER NAVARRO, R.M., "El problema jurídico de las parejas de hecho", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Vidal Guitarte*, vol. II, Valencia 1999, pp. 629-640; "Tratamiento jurídico de las uniones de hecho", en *Curso de Derecho Privado Valenciano, Revista General de Derecho*, Valencia 2000, pp. 1251-1300; "Proceso de juridificación de las uniones de hecho en España", *Estudios en homenaje al profesor Moreno Quesada*, Universidad de Granada (en prensa).

25

Esto nos sitúa frente a un nuevo escollo: ¿qué tratamiento dar a las uniones homosexuales en este ámbito? Si aceptamos los presupuestos anteriores, parece claro que no cabría establecer discriminaciones en la unión de hecho por razón de quienes compongan la pareja, lo esencial es su estabilidad y reconocimiento legal como tal unión. También la jurisprudencia española reciente ha considerado la unión estable homosexual como supuesto válido para eximir de visado a un peruano que convivía afectivamente con un español del mismo sexo desde hacía dos años (Sentencia 13 de abril de 2000, Juzgado nº 8 de lo Contencioso administrativo de Valencia). Con relación a las uniones homosexuales vid. TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A., *Fundamentos para el reconocimiento de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, op. cit.

Por otra parte, se plantea una notable paradoja en el caso de que haya hijos comunes del extranjero residente y su pareja afectiva, sin mediar un vínculo matrimonial. En efecto, podría darse la descabellada situación de reagrupar a los hijos menores de ambos y resultar imposible reagrupar con ellos a su progenitor si no responde a la categoría de cónyuge. Ante esto, parece bastante probable que sustanciado el caso ante una instancia judicial, se acabara reconociendo que la existencia de hijos menores comunes de la pareja, justificaría que el conviviente fuera asimilado al cónyuge a efectos de la reagrupación.

En definitiva, desde una perspectiva socio jurídica realista de la sociedad europea y del origen de la inmigración, resulta poco coherente excluir a la unión de hecho estable del concepto básico de familia nuclear; y desde la perspectiva de una política integradora de la inmigración, resulta igualmente desacertado que el conviviente de hecho estable y acreditado haya sido excluido del ejercicio directo del derecho a la reagrupación.

El matrimonio poligámico

Bajo el principio de la integración asimiladora, la nueva Directiva no contempla en absoluto el horizonte de una sociedad multicultural; al contrario, pretende obtener el máximo de homogeneidad social posible, reiterando la equiparación de los extranjeros a los nacionales y obviando cualquier referencia a ámbitos legales o culturales diversos. En ese sentido, la Directiva no se plantea armonizar, por ejemplo, las peculiaridades del Derecho de familia islámico, en lo relativo a la poligamia, el repudio o la desigualdad de sexos, aun cuando éste sea el origen más frecuente de los inmigrantes. Con ello no hace sino recoger una tendencia dominante en Francia o Alemania, donde se ha pasado de una actitud de tolerancia a una clara oposición a seguir aplicando al extranjero su ley nacional en estos aspectos [26]. Parece existir en la UE un sustancial acuerdo sobre políticas integradoras basadas en el respeto a la diferencia (lengua, religión, cultura) pero también en la exigencia de adhesión a determinados valores considerados esenciales en el contexto cultural y jurídico de los países de acogida. Ese ha sido el principio inspirador, plasmado en el Considerando 11 y regulado en el art. 4.4.



[26] EZQUERRA UBERO, J.J., "El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable", op. cit., pp. 197-198. Como apunta el propio autor, el Derecho musulmán no prescribe la poligamia, tan sólo la tolera y tampoco el repudio es la única forma de disolución del matrimonio prevista en las leyes. Podría afirmarse, incluso, que ambas instituciones están en claro retroceso en el conjunto de países musulmanes. Otra problemática distinta es la discriminación de la mujer.

Como consecuencia, bajo la expresión "cónyuge del reagrupante" el texto de la Directiva sólo permite incluir al cónyuge del matrimonio monogámico o, en el caso de un matrimonio poligámico, al primero de los cónyuges con el que hubiera ejercitado el derecho a la reagrupación o con el que estuviera ya viviendo en el territorio de un Estado miembro.

En ese último caso, el art. 4.4 se ocupa de precisar que, en caso de matrimonio poligámico, *"si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge"*.

3.2

Hijos menores de edad

El segundo eje sobre el que pivota la concepción de "familia nuclear" presente en la Directiva es la filiación biológica o adoptiva, común o separada, de ambos cónyuges. Parece indudable que, de acuerdo con los principios reconocidos en los Considerandos 2 y 9, a los que hemos hecho frecuentes referencias, la consideración de "miembros de la familia", a efectos de la reagrupación, debe necesariamente recaer sobre los menores de edad (menores de 18 años) o sobre los mayores solteros que no puedan realizar una vida independiente, por motivos económicos o de cualquier otra índole.

Así viene reflejado en los apartados b) c) y d) del art. 4.1 de la Directiva:



b) *Los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos, siempre que la adopción proceda de una resolución adoptada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate o de una resolución ejecutiva en virtud de obligaciones internacionales de dicho Estado miembro o que deba reconocerse de conformidad con las obligaciones internacionales.*

c) *Los hijos menores, incluidos los adoptivos, del reagrupante, cuando tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento.*

d) *Los hijos menores, incluidos los adoptivos, del cónyuge, cuando éste tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento.*

Estas previsiones vienen complementadas por una doble referencia a la edad y al estado civil:

Los hijos menores citados en el presente artículo deberán tener una edad inferior a la de la mayoría de edad del Estado miembro en cuestión y no estar casados.

Resulta de todo punto sorprendente que la parte final del propio artículo 4, justo a continuación de las mencionadas disposiciones, incorpore dos restricciones, absolutamente incongruentes con los principios ya enunciados (respeto y garantía de los derechos humanos y de los convenios internacionales; respeto y garantía del derecho fundamental a la vida familiar del extranjero) y con lo que previamente se ha establecido con relación a los menores.

Me refiero, por supuesto, a las facultades discrecionales otorgadas a la legislación interna de los Estados miembros sobre los mayores de 12 años y sobre la edad máxima del menor para solicitar la reagrupación. Veamos detenidamente ambos supuestos.

A

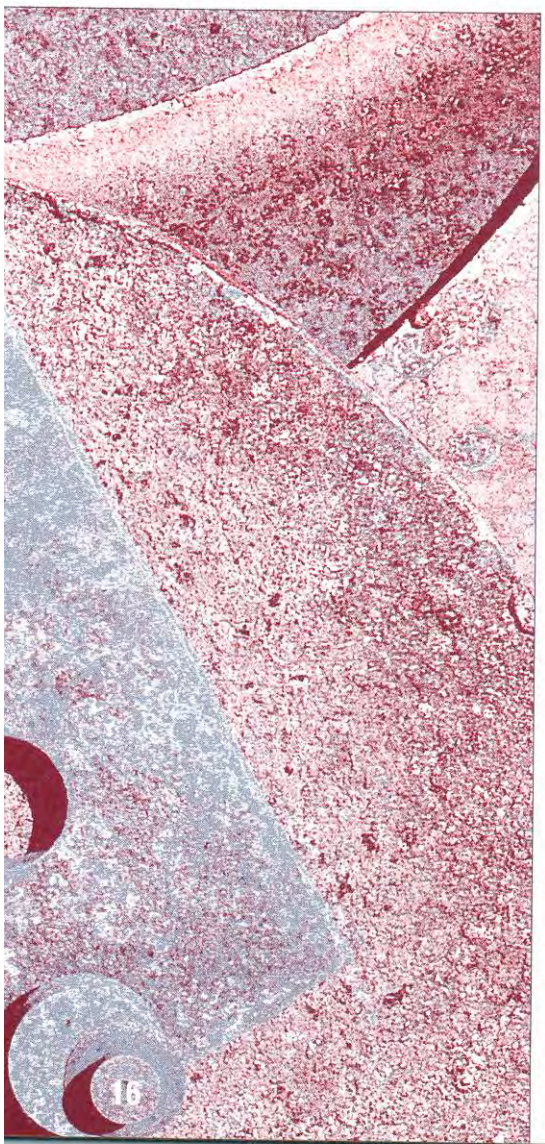
El art. 4.1 *in fine*, establece que *"Excepcionalmente, cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia de conformidad con la presente Directiva, podrá verificar si cumple algún criterio de integración previsto por su legislación existente en la fecha de la aplicación de la presente Directiva"*.

En principio cabría pensar que es la protección del menor aquello que pesa de manera determinante en el establecimiento de esta primera restricción. En efecto, puede suponerse que frente a un deseo poco razonable de los padres de tener consigo a un hijo, cuando carecen de los elementos que suelen denominarse integradores (vivienda adecuada, ingresos suficientes, etc.) deba prevalecer la exigencia de que el menor permanezca en su país de origen evitando someterlo en el Estado de acogida a unas condiciones de miseria inapropiadas para un menor.

El art. 7 de la directiva es prolijo en señalar estos criterios integradores. Ahora bien, ¿cabe pensar en realidad que un menor pueda estar en mejores condiciones en su país de origen que con sus padres en el país de acogida, por precarias que sean las condiciones en que éstos vivan? Tal planteamiento resulta completamente infundado. La inmigración responde básicamente a la necesidad de salir de la miseria en la que se vive en el país de origen y eso afecta también a los hijos menores; quizá a ellos de manera especial, y no acaba de ser muy relevante para esto que se tengan 12 años.

Es más, puede que esa mayor edad sea la que haya determinado su permanencia en el país de origen y le haga llegar más tarde que otros hijos cuya edad no les permita siquiera un mínimo de autonomía.

Podría pensarse, si nos fijamos en la edad de 12 años prevista en la disposición, que se estuviera tratando de evitar al menor, ya arraigado en su país de origen las graves dificultades idiomáticas, educacionales y de entorno que sufriría en el país de acogida, en una edad complicada como la adolescencia, que podría ocasionarle problemas psicológicos o de marginación; siendo preferible en tales casos mantener unas coordenadas más favorables de desarrollo armónico en el país de origen. Aun considerando la posibilidad de que tales disfunciones se presenten, resulta difícil sostener que el mejor lugar para el desarrollo armónico de un menor, por el hecho de que sea nacional de un tercer país, no sea el hogar familiar y la convivencia con sus progenitores, por encima de los problemas idiomáticos o culturales.



En todo caso, resulta muy difícilmente compatible con el Derecho internacional que la reagrupación de un menor, con más de doce años, pueda subordinarse a la calificación que un Estado haga sobre el eventual cumplimiento de requisitos de integración, y que esto sea el único motivo por el que se niegue a los progenitores el derecho fundamental a vivir con sus hijos. Máxime cuando todos los países de la UE (incluidos los de la ampliación a 25) han ratificado la Convención de los Derechos del Niño, de noviembre de 1989.

Una cláusula como ésta, de aplicarse, supondría que la protección y efectos de la minoría de edad variarían en su alcance (12 o 18 años) en función de que se sea o no nacional de la UE. ¿Cómo se puede dejar de ostentar el estatuto de menor y todos los derechos anejos al mismo antes de los 18 años, sólo por no ser nacional de un estado de la UE?

En definitiva, resulta justificado intuir que esta previsión se inscribe dentro de la concepción asimilacionista de la Directiva, que considera difícil de integrar al menor que ya ha entrado en fase adolescente y proyecta sobre él la consideración negativa de presunto delincuente o marginado. Con todo, esta restricción facultativa de los Estados rompe los presupuestos básicos de ejercicio del derecho a la reagrupación y vulnera el derecho a la vida en familia, especialmente reconocido a los menores. La propia Directiva es consciente de que está tocando un punto neurálgico de este derecho al introducir la cláusula con la expresión "excepcionalmente". No obstante, la inclusión de expresiones indeterminadas y de cláusulas genéricas ofrece patentes de corso a los Estados para justificar cualquier tipo de discrecionalidad en su aplicación.

8

El punto 6 del artículo 4 introduce una segunda restricción, también bajo el signo de la excepcionalidad: *"Excepcionalmente, los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes a la fecha de aplicación de la presente Directiva. Si las solicitudes se presentan después de los 15 años de edad, los Estados miembros que decidan aplicar esta excepción, autorizarán la entrada y la residencia de dichos hijos por motivos distintos de la reagrupación familiar".*

Resulta todavía más inexplicable esta segunda previsión. En efecto, cabe intuir una razón de índole técnica: es posible que si no se solicita con esa edad, los complejos vericuetos administrativos del procedimiento ocasionen que se conceda el derecho cuando ya el hijo haya cumplido los 18 y no pueda ser ya sujeto del derecho a la reagrupación. Pero tal razonamiento no hace sino agravar todavía más negativamente el sentido del precepto. Resulta completamente inaceptable someter el ejercicio de un derecho a las posibles deficiencias y dilaciones que puedan producirse a lo largo de un proceso administrativo.

Pero aún así no se alcanza a entender la razón por la que se exige evitar el derecho a la reagrupación como causa de entrada del mayor de 15 años. Una vez más se están vulnerando los principios anteriormente mencionados; contradiciendo los presupuestos sobre los que se articula la reagrupación familiar de los menores y reproduciendo la paradójica eliminación de la condición de menor y sus derechos, en función de que no se sea nacional de un país de la UE.



que el derecho a la vida en familia de un menor existe o no según su edad y nacionalidad; al igual que resulta absolutamente contradictoria dando a entender que la condición de "miembro de la familia" está supeditada a la edad (menor de 15 años) y a la nacionalidad (no ser nacional de un país de la UE). No es de extrañar que el Parlamento europeo haya recurrido ante el Tribunal de las Comunidades, entre otras, tales previsiones.

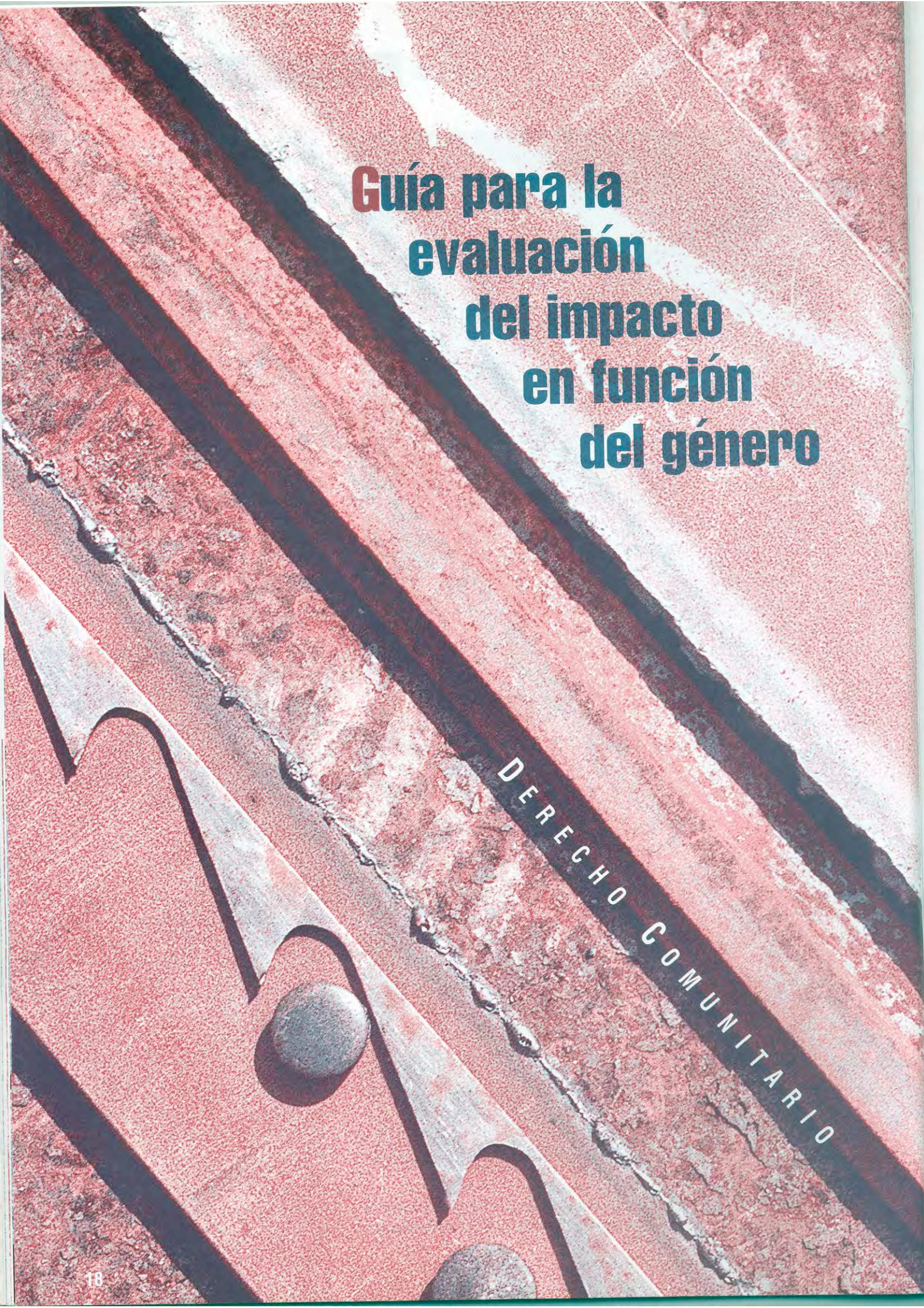
En efecto, en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se presentó el 22 de diciembre de 2003 un recurso contra el Consejo de la Unión Europea formulado por el Parlamento Europeo, en el que solicita que anule estos dos preceptos (art. 4, apartado 1, último párrafo, y apartado 6) así como el art. 8 (relativo a los plazos de residencia y de espera para ejercitar la reagrupación familiar que pueden exigir los Estados miembros).

Este recurso tiene por objeto defender, en el ordenamiento jurídico comunitario, los derechos fundamentales, en particular los de los hijos menores de edad, tal y como queda reflejado en el texto del recurso, al afirmar: "El derecho a la vida en familia tal como ha sido reconocido por el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sólo puede limitarse por motivos determinados y requiere en cada caso una ponderación de los intereses de los nacionales de países terceros afectados y del Estado de acogida. Las excepciones al derecho a la reagrupación familiar que autorizan expresamente las disposiciones mencionadas de la Directiva van más allá de las restricciones permitidas y vulneran los derechos fundamentales a la vida familiar y a la no discriminación, tal como están garantizados por el CEDH y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de la UE, como principios generales del Derecho comunitario, según establece el artículo 6, apartado 2, del Tratado de la UE" [27].

La propia Directiva resulta completamente incoherente sosteniendo

27 Vid. Diario Oficial de la Unión Europea, C 47, 21-2-2004, pp. 21-22.

Guía para la evaluación del impacto en función del género



DERECHO COMUNITARIO

1. INTRODUCCIÓN

Decisiones políticas que parecen no sexistas pueden tener un diferente impacto en las mujeres y en los hombres, aun cuando esta consecuencia ni estuviera prevista ni se deseara. Se procede a una evaluación del impacto en función del género para evitar consecuencias negativas no intencionales y para mejorar la calidad y la eficacia de las políticas.

La Plataforma de Acción, aprobada en la cuarta Conferencia mundial sobre la mujer que se celebró en Pekín en 1995, invita a los Gobiernos y a los demás agentes a *integrar la perspectiva de género en todas las políticas y los programas para analizar sus consecuencias para las mujeres y los hombres, respectivamente, antes de tomar decisiones.* La evaluación del impacto en función del género es una herramienta para ello. En febrero de 1996, la Comisión aprobó una comunicación sobre la transversalidad [1] ("mainstreaming") como primer paso hacia la realización del compromiso de la Unión Europea de integrar la perspectiva de género en el conjunto de las políticas comunitarias. En el documento estratégico de seguimiento, aprobado en febrero de 1997 por el grupo interservicios de igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres, la evaluación del impacto en función del género en los servicios de la Comisión figura entre las medidas fundamentales.

El Tratado de Amsterdam formaliza el compromiso de integración a nivel europeo, pues menciona explícitamente que *"la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad"* entre las tareas y los objetivos de la Comunidad (artículos 2 y 3).

La evaluación del impacto en función del género viene empleándose mucho en el ámbito de la cooperación al desarrollo, para el que se dispone de formación y de instrumentos adecuados [2]. En línea con la Conferencia de Pekín, una serie de Gobiernos europeos han decidido utilizar la evaluación del impacto en función del género como instrumento de aplicación de la integración de la dimensión de género. La presente guía se inspira en gran medida en la experiencia adquirida hasta ahora, y en particular en el trabajo de Mieke Verloo, presidenta del grupo de especialistas en el tema del Consejo de Europa.

Esta guía para la evaluación del impacto en función del género está diseñada para que pueda adaptarse a las necesidades específicas de cada Dirección General de la Comisión y de cada ámbito, según el caso. En el futuro podrían añadírsele ejemplos pertinentes de todas las Direcciones Generales y de todos los ámbitos, para mejorar su utilidad.

2. LOS CONCEPTOS BÁSICOS

He aquí varios conceptos que constituyen el núcleo de la estrategia de integración de la perspectiva de género:

Sexo y género

Las diferencias existentes entre los hombres y las mujeres son de carácter biológico y de carácter social.

Sexo es una palabra que hace referencia a las características biológicas que distinguen al macho de la hembra, que son universales.

Género es un concepto que hace referencia a las diferencias sociales entre mujeres y hombres que han sido aprendidas, cambian con el tiempo y presentan grandes variaciones tanto entre diversas culturas como dentro de una misma cultura.

Ejemplo: mientras sólo las mujeres pueden dar a luz (diferencia determinada biológicamente), la biología no dicta quién cuidará a los niños (comportamiento sociológicamente determinado).

Igualdad entre hombres y mujeres

Situación en que todos los seres humanos son libres de desarrollar sus capacidades personales y de tomar decisiones, sin las limitaciones impuestas por los estrictos roles tradicionales, y en la que se tienen en cuenta, valoran y potencian por igual las distintas conductas, aspiraciones y necesidades de hombres y mujeres. La igualdad formal (*de jure*) no es sino una primera etapa hacia la igualdad real (*de facto*). Un trato desigual y ciertas medidas incentivadoras (acciones positivas) pueden ser necesarios para compensar discriminaciones pasadas y presentes. Las diferencias entre hombres y mujeres pueden verse influidas por otras diferencias estructurales, como la raza, la pertenencia étnica y la clase social. Estas dimensiones (y otras como la edad, la discapacidad, el estado civil o la orientación sexual) pueden también ser útiles para nuestra evaluación.

Transversalidad ("mainstreaming")

En la comunicación de la Comisión sobre la integración de la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias [COM (96) 67] se afirma que *"no basta con aplicar medidas positivas centradas en las mujeres, sino más bien (...) recurrir a todas las políticas y medidas generales con el fin específico de lograr la igualdad".*

[1] COM (96) 67 final, de 21.2.96, *Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias.*

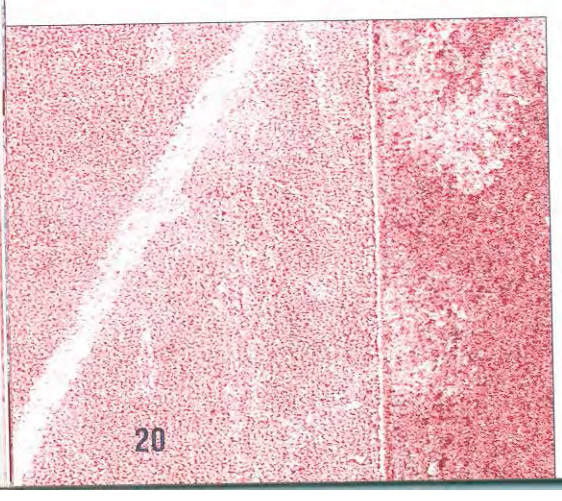
[2] Formulario *Evaluación del impacto en función del género*, de la OCDE/CAD/WID, utilizado entre otras instancias por la DG IB, y el *Paquete de formación para la igualdad*, de la OIT.

La dimensión de la igualdad y la dimensión del género deben tenerse en cuenta en todas las acciones y actividades, desde la fase de planificación, estudiando sus efectos en las situaciones respectivas de unas y otros cuando se apliquen, supervisen y evalúen. Es lo que llamamos "transversalidad".

3. PERTINENCIA CON RESPECTO AL GÉNERO

No hay que olvidar que el género es una diferencia estructural que afecta al conjunto de la población. Ni las mujeres ni los hombres deben ser tratados como un grupo de interés particular entre otros. Por el contrario, el género afecta a las diferencias y la vulnerabilidad en función de otras diferencias estructurales como la raza, la pertenencia étnica, la clase social, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, etc., y a menudo incluso las refuerza.

Un estudio detenido puede revelar qué políticas que **parecen no sexistas** afectan de manera diferente a las mujeres y a los hombres. ¿Por qué? Porque existen **diferencias sustanciales en las vidas de mujeres y hombres** en la mayoría de los ámbitos, diferencias que pueden explicar el hecho de que políticas aparentemente no discriminatorias tengan un impacto diferente en las mujeres y los hombres, y refuerzan las desigualdades existentes. Las políticas dirigidas a grupos objetivo o a determinados colectivos o con implicaciones claras para estos grupos son, por lo tanto, en mayor o menor medida, pertinentes con respecto al género.

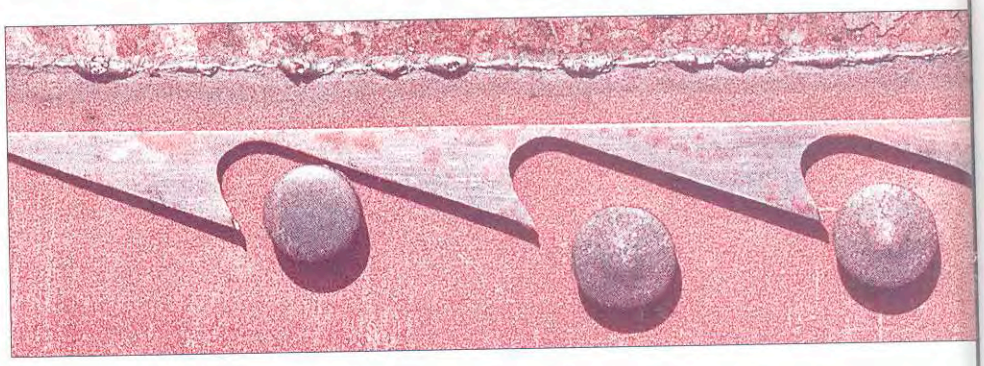


COMPROBACIÓN DE LA PERTINENCIA CON RESPECTO AL GÉNERO

En un proceso de integración de la perspectiva de género en el conjunto de las políticas, el primer paso consiste en ver si la dimensión de género es pertinente para la política en cuestión. Para ello es necesario disponer de datos desagregados por sexo, estudiarlos y plantearse las cuestiones apropiadas:

- ¿La propuesta va dirigida a uno o a más grupos objetivo? ¿Afectará a la vida diaria de una o de varias partes de la población?
- ¿Existen en este ámbito diferencias entre las mujeres y los hombres (por lo que se refiere a los derechos, los recursos, la participación, las normas y los valores vinculados a la pertenencia a un sexo)?

Si la respuesta a cualquiera de estas dos cuestiones es positiva, la dimensión de género es pertinente. Entonces hay que evaluar el impacto potencial de la propuesta en los hombres y en las mujeres.



4. EVALUACIÓN DEL IMPACTO EN FUNCIÓN DEL GÉNERO

La evaluación del impacto en función del género debe llevarse a cabo en cuanto se ha establecido que una política dada tiene implicaciones para las relaciones y la distribución desigual de las prerrogativas de hombres y mujeres. La evaluación da mejores resultados si se practica en una fase precoz del proceso de decisión para permitir, cuando proceda, introducir modificaciones en dicha política, o incluso someterla a una re-orientación importante.

Evaluar el impacto en función del género significa comparar y apreciar, en función de criterios pertinentes con respecto al género, la situación y la tendencia actual con la evolución que cabría esperar como resultado de la introducción de la política propuesta.

Para que Vd. pueda proceder a la evaluación del impacto en función del género, deberá tener en cuenta las diferencias existentes entre las mujeres y los hombres que sean pertinentes a su ámbito (cf. **punto 1**). Ésto le llevará a verificar si la propuesta en la que está trabajando contribuye al objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad, objetivo proclamado en los artículos 2 y 3 del Tratado de Amsterdam (cf. **punto 2**).

Para el análisis, necesitará Vd. datos desglosados por sexo, así como también un cierto conocimiento de la dinámica de las relaciones entre hombres y mujeres y de la política comunitaria en materia de igualdad. Si no es el caso, conviene obtener las informaciones y los conocimientos necesarios (diríjase, según el caso, a Eurostat, al funcionario de su Dirección General designado para ocuparse de la política de transversalidad ("gender mainstreaming"), a la Unidad para la igualdad de oportunidades: V/D/5, o a expertos exteriores).

CRITERIOS PARA LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO EN FUNCIÓN DEL GÉNERO

1

Diferencias entre las mujeres y los hombres en el ámbito en cuestión, por ejemplo:

- **la participación:** desglose por sexo del grupo o grupos objetivo; representación de mujeres y de hombres en los puestos de toma de decisiones
- **los recursos:** distribución de recursos cruciales como tiempo, espacio, información y dinero, poder político y económico, educación y formación, trabajo y carrera profesional, nuevas tecnologías, servicios de asistencia sanitaria, vivienda, medios de transporte, ocio
- **las normas y los valores** que influyen sobre los roles tradicionales establecidos o la división del trabajo en función del sexo, las actitudes y comportamientos de las mujeres y hombres, respectivamente, así como las desigualdades en el valor que se concede a los hombres y a las mujeres o a las características masculinas y femeninas
- **los derechos** para hacer frente a la discriminación directa o indirecta, los derechos humanos (incluida la libertad frente a toda violencia de naturaleza sexual o de connotaciones sexistas que afecta a la dignidad) y el acceso a la justicia en un entorno jurídico, político o socioeconómico.

2

¿Cómo pueden las políticas europeas contribuir a *eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad* (según lo establecido en los artículos 2 y 3 del Tratado de Amsterdam) en cuanto a las tasas de participación, la distribución de los recursos, las prestaciones, tareas y responsabilidades en la vida pública y privada, la consideración y la atención que se prestan al hombre y a la mujer, a las características masculinas y femeninas, en cuanto al comportamiento y las prioridades?



PERTINENCIA CON RESPECTO AL GÉNERO. ALGUNOS EJEMPLOS

En los ejemplos siguientes presentamos en **negrita** las referencias a los principales criterios de evaluación, como son **la participación, los recursos, los derechos, las normas** y **los valores**.

Ejemplo: Al estudiar un sector aparentemente neutro, como el de los **transportes**, un examen más atento pone de manifiesto diferencias sustanciales entre mujeres y hombres en cuanto a las modalidades de utilización y acceso a los medios de transporte públicos y privados. Las mujeres tienen acceso a un coche particular con menos frecuencia que los hombres, y utilizan más los transportes públicos. En consecuencia, tienen mucho que ganar con mejoras relativas a la disponibilidad y el coste de los transportes públicos. Estas desigualdades tienen implicaciones en cuanto a la **participación** de las mujeres y de los hombres, respectivamente, entre los distintos grupos objetivo del sector del transporte, y se ven influidas por el desequilibrio existente entre hombres y mujeres en los niveles de responsabilidad de este sector. Estas desigualdades reflejan diferencias entre los dos sexos en la distribución de los **recursos** (por ejemplo, un coche particular) y refuerzan las desigualdades existentes relativas a las dificultades de tiempo (en la medida en que un coche privado representa un ahorro de tiempo). El proceso de decisión en la familia sobre la utilización de un recurso limitado, como el coche familiar, puede estar influido por **normas y valores** sociales en cuanto a la importancia relativa que se concede a las necesidades del marido y de la mujer, respectivamente.

Ejemplo: Cuando se regulan **el tiempo de trabajo** o los derechos y dificultades asociados con el trabajo **a tiempo parcial**, hay que tener en cuenta las diferencias entre hombres y mujeres por lo que respecta al tiempo consagrado a un trabajo remunerado y a otro no remunerado. La gran mayoría de quienes trabajan a tiempo parcial son mujeres. Las mujeres dedican por término medio dos tercios de su tiempo de trabajo a actividades no remuneradas; los hombres solamente un tercio. Éstas son diferencias que afectan a la **participación** de hombres y mujeres (nivel de actividad económica) y a la distribución de los recursos (tiempo, ingresos, carrera profesional). **Las normas y los valores** contribuyen a que se llegue a opciones sexistas para la educación y la carrera, así como a la distribución de las tareas y responsabilidades en la economía doméstica. Las diferencias de **derechos** de los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial tendrán repercusiones diferentes en las mujeres y en los hombres.

La evaluación del impacto en función del género que usted realice contribuirá a impedir que su propuesta de política venga a reforzar las diferencias existentes: en cuanto a la participación, la distribución de los recursos, las normas y valores discriminatorios y la discriminación estructural directa o indirecta.

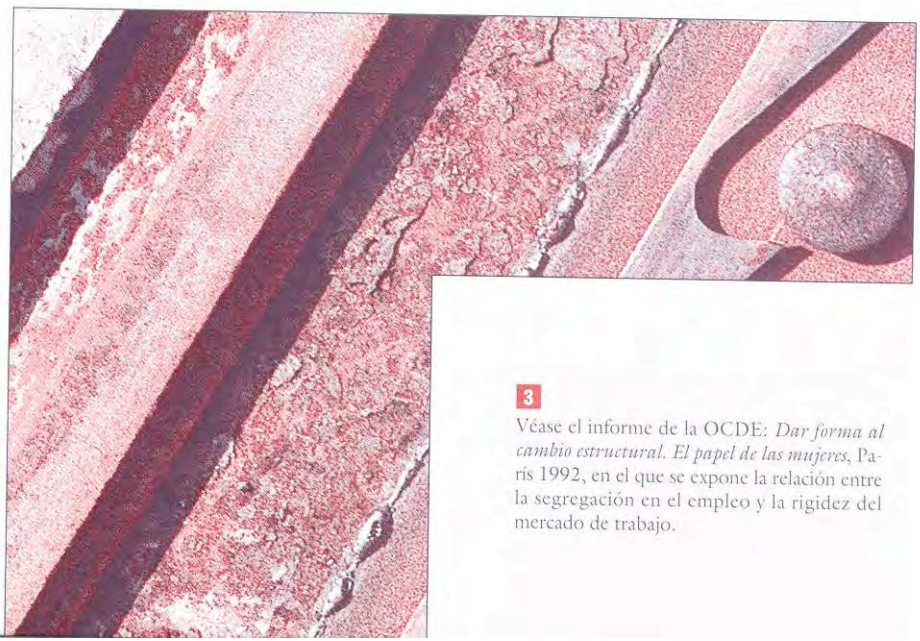
Hay que tener presente que tanto las mujeres como los hombres son portadores de roles tradicionales establecidos en función del sexo. Esto es precisamente lo que damos en llamar género. Las políticas pueden ser sensibles a las cuestiones de género si toman en consideración las particularidades consustanciales a la vida de las mujeres y los hombres, al tiempo que buscan eliminar desigualdades y promover una distribución igualitaria de los recursos. Y no son sólo las mujeres, sino también los hombres y el conjunto de la sociedad, quienes saldrán ganando de la igualdad entre hombres y mujeres y de una distribución igualitaria de beneficios, tareas y responsabilidades. *El apartado 4 del artículo 119 del Tratado de Amsterdam autoriza explícitamente la acción positiva en el ámbito del empleo y las actividades profesionales en favor del* ***sexo infrarrepresentado****.*

Ejemplo: En el marco del **Plan de acción para el mercado único**, habrá que plantearse seriamente **la desegregación del mercado de trabajo** como planteamiento para **eliminar las rigideces del mismo** [3]. Las políticas de desegregación del empleo han pretendido, tradicionalmente, ampliar el abanico de posibilidades profesionales de la mujer. Hay que proseguir estos esfuerzos, al tiempo que deben completarse con una acción positiva destinada a promover la **participación** de los hombres en profesiones femeninas (lucha contra la segregación horizontal). La división actual del trabajo debida al género es un obstáculo a la flexibilidad del mercado del trabajo y limita el número de candidatos potenciales para cualquier vacante.

El techo de vidrio sigue siendo una barrera al acceso de las mujeres a altos cargos (segregación vertical). Con la tendencia demográfica actual al envejecimiento de la población y a una mayor participación de las mujeres en la población activa, las posibilidades de empleo en el sector asistencial (niños, ancianos y demás personas a cargo) aumentarán probablemente. Las medidas incentivadoras (**derechos**) para fomentar la participación de los hombres en el sector asistencial podrían contribuir a responder a las necesidades crecientes de mano de obra en este sector. Eso podría ofrecer nuevas posibilidades de empleo a hombres no cualificados y con cualificaciones intermedias, a la vez que se lograría una mayor igualdad de la distribución del trabajo entre las mujeres y los hombres.

En Noruega se llevó a cabo una acción positiva en favor de los hombres, centrada en profesiones cuidadosamente seleccionadas relacionadas con la atención a la infancia, la protección de la infancia o las escuelas primarias. La idea subyacente es que los nuevos modelos de roles masculinos tendrán un impacto positivo en la socialización de los niños y las niñas.

También podrían contribuir a modificar las **normas y valores** existentes relativas al trabajo del hombre y de la mujer. El problema de los bajos salarios en las profesiones femeninas (**recursos**) constituye un obstáculo suplementario a la contratación de personal masculino para estos empleos. Una mayor representación de los hombres en estas profesiones tendría seguramente un impacto positivo en el nivel salarial.



3 Véase el informe de la OCDE: *Dar forma al cambio estructural. El papel de las mujeres*, París 1992, en el que se expone la relación entre la segregación en el empleo y la rigidez del mercado de trabajo.



Últimas transformaciones del derecho a la reagrupación familiar

Por Lucía Aparicio.
Licenciada en Derecho. Universidad de Valencia.

I. INTRODUCCIÓN

La reagrupación familiar se ha convertido en estos últimos años en una cuestión fundamental de todas las leyes de extranjería. Su tratamiento en legislación española ha pasado de ser un simple permiso o procedimiento para obtener visados, a contemplarse como un derecho.

Como es sabido, la reagrupación familiar se ha convertido en el cauce privilegiado para la entrada y residencia en un Estado de los familiares extranjeros de un nacional o de un extranjero residente. Muchos son los fundamentos que suelen aportarse para justificar este privilegio: el derecho a una vida conyugal en caso de esposos, la educación y el libre desarrollo de la personalidad de los menores, el derecho de los menores a vivir con sus padres y de éstos a vivir con sus hijos, la asistencia debida a los progenitores, el auxilio familiar exigible hacia los hermanos u otros parientes, etc. Tal y como veremos aquí, nuestro legislador –acertadamente- ha optado por fundamentar la reagrupación familiar en un genérico derecho fundamental de la intimidad familiar que, a nuestro modo de ver, permitiría sostener la existencia de un derecho fundamental a la vida en familia, no expresamente recogido en la constitución o en los documentos internacionales, pero sí implícito en todos ellos.

Más allá del debate sobre la naturaleza jurídica de la reagrupación familiar, resulta especialmente interesante en estos momentos abordar las recientes transformaciones legislativas a las que se ha visto sometida la regulación de este derecho. Por una parte, el 22 de septiembre de 2003 la Unión Europea aprobó la **Directiva 2003/86/CE sobre el Derecho a la reagrupación familiar** que, tras un largo proceso de elaboración que ha durado más de 5 años, será el instrumento encargado de armonizar la legislación de los Estados miembros en la materia. Por otra parte, el 20 de noviembre de 2003 se aprobaba en España la **LO 14/2003**, de Reforma de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (y de reforma de su propia reforma LO 8/2000, valga la redundancia), en parte propiciada por una Sentencia dictada ese mismo año por el Tribunal Supremo que suspendía la ejecución de algunos preceptos del Reglamento de desarrollo de la Ley de Extranjería, por limitar u oponerse a lo establecido en ella, entre los que se encontraba precisamente la denominada **reagrupación familiar en cadena**.

Estas transformaciones en materia de reagrupación familiar, como veremos, están fuertemente influenciadas por la tendencia restrictiva que impera desde hace algunos años en la política migratoria de los países occidentales. Incidiendo en argumentos de otra índole, se acaba pasando por alto el importante papel que la familia juega en la integración de los inmigrantes, transformando realidades de vida individual, extremadamente vulnerables, en unidades familiares que contribuyen a evitar problemas de adaptación y marginalidad, favoreciendo grandemente la integración social.

II. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

La reagrupación familiar se suele definir como la reunión con un sujeto residente en un país del que no es nacional, de los miembros más próximos de su familia, residentes en un país distinto, en condiciones más favorables que los demás extranjeros [1]. La **Directiva del Consejo 2003/86/CE** sobre el derecho a la reagrupación familiar, que analizaremos con más detalle en el apartado siguiente, amplía este concepto y considera que la reagrupación familiar comprende tanto la reagrupación en sentido estricto, como la formación de la familia. En el primer caso, el reagrupante tuvo que dejar a los miembros de su familia para instalarse en un Estado miembro y desea que se unan a él. En el segundo, el reagrupante, después de su entrada en el Estado miembro, decide fundar una familia con un nacional de un tercer país que no reside

1 KAYSER, P; "Le regroupement familial dans le droit communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme et le droit interne français", *La semaine juridique (JCP)*, ed. G, núm. 21-22, 1993, pág. 235.

2 Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. Art. 2

3 ZINCONE, G. *Secondo rapporto sull'integrazione degli immigrati in Italia*, Commissione per le politiche di integrazione degli immigranti, Societá Editrice il Mulino, págs. 489.

4 En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre 1948 (*art. 16*), *El Pacto de derechos civiles y Políticos de 1966 (art. 17 y 23)*, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966 (art. 10), la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 9) y la Declaración de los Derechos del Niño (principio 6 y 7).

5 Art. 8 y 12 del CEDH. *Berrehab c. Holanda*, decisión de 8 de marzo de 1985, informe de 7 de octubre de 1986, sentencia de 21 de junio de 1988, A nº 138. SETDH *Ezzouhdi c. Francia*, 13 de febrero de 2001. Caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido*, sentencia de 28 de marzo de 1985, Ser A nº 94. STEDH *Sen c. Holanda* 2001 STEDH *Jakupovic c. Austria* 2003 que pueden consultar en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, www.echr. coe.int

6 STC 231/1988, de 2 de diciembre.

7 LÓPEZ ORTEGA, J; *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*; Cuadernos de Derecho Judicial; Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996. pág. 17.

8 RD 155/1996, de 2 de febrero, desarrollando la Ley de extranjería 7/1985.

9 CHARRO, P. y RUIZ DE HUIDOBRO, J.M. "La Ley Orgánica 4/2000: análisis técnico jurídico de sus principales novedades," *Migraciones* 7 (2000), pág. 42.

10 La Circular 7/94 de 28 de junio y la Resolución 15 de febrero de 1994, regularon y desarrollaron la tramitación de los visados que debía llevarse a cabo en los supuestos de reagrupación familiar, fijando tanto los familiares que podían acogerse a este supuesto como las condiciones que debían concurrir, estableciéndose como un supuesto excepcional de exención de visado. De igual forma el Real Decreto 155/96 de 2 de febrero por el que se modifica la Ley 7/1985 regula la posibilidad de un permiso de residencia por Reunificación familiar en su artículo 54.3, aunque con un carácter totalmente discrecional al utilizar el tiempo verbal en futuro "podrán". Por su parte la Orden de 11 de abril de 1996 recoge de nuevo la existencia de algunos vínculos familiares como supuestos de exenciones de visado, norma que se desarrollará posteriormente mediante la Orden Ministerial de 8 de enero de 1999.

en el Estado miembro y desea que esta persona se una a él [2]. Siguiendo a la doctrina italiana, que atiende a la motivación originaria de la reagrupación familiar, cabe hablar de reagrupación masculina, reagrupación femenina, reagrupación del matrimonio, reagrupación temporal o pendular, reagrupación por motivos fiscales, etc. [3]

Como ya hemos apuntado, la reagrupación ha experimentado una importante transformación desde su consideración originaria de simple permiso hasta la actualmente vigente que le otorga la calificación de derecho. El artículo 16 de la LO 4/2000 encuadra el derecho a la reagrupación dentro del derecho a la intimidad familiar, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución Española y que es objeto de una tutela privilegiada a través del recurso de amparo.

En la mayoría de Declaraciones de Derechos y Tratados Internacionales, se atribuye un papel destacado a la familia, y se le reconoce la consideración de elemento natural y fundamental de la sociedad en el que cabe discernir una triple vertiente: el derecho a casarse, el derecho a fundar una familia y el derecho a la protección de la vida familiar frente a las posibles injerencias que contra ésta se pudieran ocasionar [4]. Pero el mencionado artículo 16 de la LO 4/2000 va más allá de la afirmación de un simple derecho a la reagrupación en su enunciado. El primer apartado reconoce a los extranjeros residentes el *derecho a la vida en familia*: ¿existe un fundamento y un contenido que permitan articular la vida en familia como un derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico?

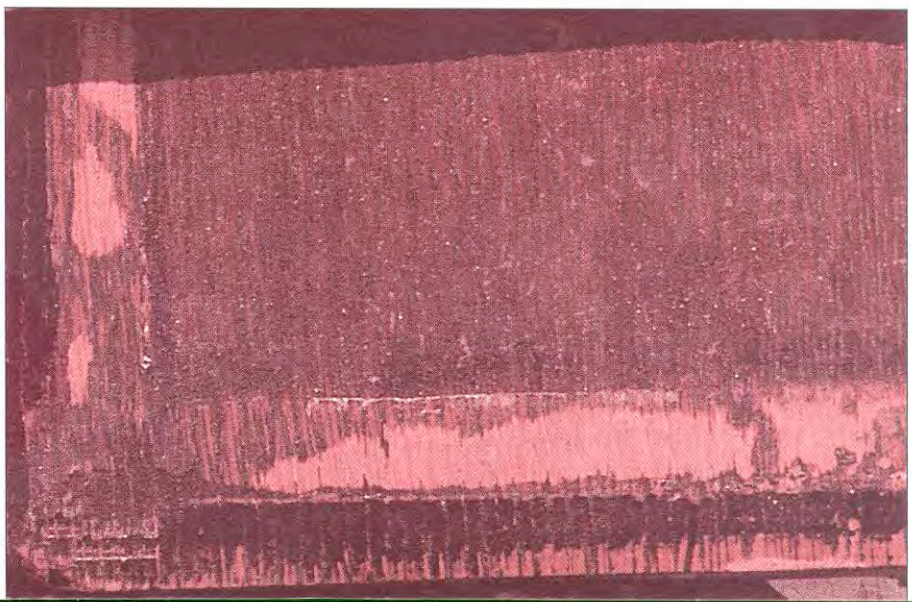
El tratamiento constitucional de la familia viene recogido en los art. 18, 32 y 39 de la Constitución. En ninguno de ellos viene contemplado un derecho a la vida en familia como tal. Cabría preguntarse, pues, si la existencia de un derecho a la vida en familia tiene respaldo en el ámbito internacional. Hay un sector doctrinal que así lo afirma, interpretando en ese sentido la vinculación que el Convenio Europeo de Derechos establece entre el derecho a fundar una familia y el *respeto a la intimidad privada y familiar*, tal y como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido reiterando en los casos que se le han planteado al respecto [5].

No procede extenderse aquí en esta argumentación, baste decir que el derecho a la vida en familia puede considerarse implícitamente contenido en el artículo 18 de la Constitución (derecho a la intimidad personal y familiar). La doctrina y la jurisprudencia consideraron que cuando el artículo 18 CE aludía a la intimidad familiar, se refería a un aspecto muy específico de la vida en familia, que en nada afectaba a la esencia de la misma, por lo que exigía su previa existencia. Pero una serie de pronunciamientos judiciales, en parte propiciados por la reinterpretación que de este precepto viene realizando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han favorecido la ampliación de su ámbito de aplicación [6]. El mejor testimonio de esta transformación es precisamente la *Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social*, cuyo *artículo 16* concibe la reagrupación familiar como una manifestación del derecho a la intimidad familiar, consagrando esta interpretación amplia antes aludida, en la que se incluye no sólo la protección frente a las posibles injerencias que pudieran producirse en la vida de una familia, sino también el reconocimiento del derecho a la existencia de esa vida familiar en sí misma considerada [7].

El desarrollo pormenorizado de esta evolución exigiría de un tratamiento específico que excede de estas páginas, pero es importante subrayar una de sus consecuencias sustanciales: el reconocimiento de un derecho fundamental a la vida familiar, sustentado en una interpretación amplia del derecho a la intimidad familiar, permitiría a sus titulares acogerse a la protección privilegiada que caracteriza a este tipo de derechos, como es el caso de la interposición del recurso de amparo.

III. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Como venimos diciendo, la Ley 4/2000 configura la reagrupación familiar, de manera totalmente novedosa, como un derecho. Hasta ahora, el art. 54 del Reglamento de Extranjería de 1996 únicamente la contemplaba como *Permiso de residencia por reagrupación familiar* [8]; es decir, un procedimiento administrativo de obtención de visados, absolutamente ajeno a la idea de derecho subjetivo [9]. Hasta tal punto se insertaba en la discrecionalidad administrativa que su denegación ni siquiera tenía que ser motivada [10].



Existía una resistencia por parte de los países receptores de inmigrantes a hablar de la reagrupación familiar en términos de derecho, puesto que la emigración familiar tiende a contemplarse como una emigración de asentamiento, mientras que la individual se ve como una emigración de regreso y el control inmigratorio pasa por privilegiar esta segunda opción frente a la primera [11]. A partir de 1999 se produce un cambio de concepción que, sin duda, supone un avance indiscutible para la novedosa configuración y reconocimiento de la reagrupación familiar como derecho [12].

De la regulación efectuada por la LO 4/2000 sorprende, quizá, su ubicación. Dentro del Título I, que trata de los *Derechos y libertades de los extranjeros*, a la reagrupación familiar se le dedica un capítulo aparte, el Capítulo II: "*Reagrupación familiar*", algo que no resulta demasiado coherente con su reconocimiento como auténtico derecho, que debería haberla situado junto con el resto de los que se reconocen en el capítulo primero. Su regulación se concreta en dos artículos: el art. 16, establece el derecho de reagrupación familiar y su titularidad a través del reconocimiento del derecho de los extranjeros residentes a la vida en familia y a la intimidad [13]. El art. 17 enumera a los familiares reagrupables.

Con el *RD 155/96* y con la *Ley 4/2000* surgió un debate doctrinal acerca de la titularidad de este derecho. El enunciado permitía establecer una doble titularidad: además del reagrupante, también podían ejercitarlo los familiares reagrupables, con independencia de la voluntad del reagrupante. Esta doble titularidad desapareció con la reforma efectuada por la LO 8/2000, atribuyéndose la titularidad de este derecho exclusivamente al reagrupante [14].

En las sucesivas reformas, el legislador ha ido regulando con mayor minuciosidad los requisitos y circunstancias que deben concurrir en los familiares reagrupables para que puedan beneficiarse de la reagrupación. Lo que se traduce en una limitación del ámbito de aplicación del derecho que se plasma en la evolución desde un concepto amplio de familia hasta el más estricto de la familia nuclear, actualmente imperante en la mayoría de legislaciones occidentales.

La *LO 8/2000* (de reforma de la *LO 4/2000*) ha suprimido la posibilidad antes prevista de reagrupar a "*cualquier otro familiar por razones humanitarias*", dentro de la cual encajaban los supuestos de hermanos, tíos, sobrinos, etc. [15] Asimismo, inexplicablemente, se ha omitido a los hermanos, a pesar de que el Tribunal Supremo había declarado que la convivencia con un hermano, que disfruta de permiso de residencia, constituye una auténtica circunstancia excepcional determinante de la exención de visado, por tratarse de una situación de agrupación familiar [16].

Otro de los puntos polémicos en la reforma ha sido la exigencia, planteada por la LO 8/2000, de un periodo mínimo de residencia legal en nuestro país como requisito esencial para poder ejercitar el derecho de reagrupación. Tal vez esta exigencia fuera incluida en previsión de las futuras exigencias de la Directiva comunitaria sobre la materia (entonces en proceso de elaboración) cuyo artículo 18.2 preveía (y prevé actualmente) que el reagrupante haya residido legalmente un año en nuestro país y tenga autorización para residir al menos otro [17].

Respecto al cónyuge, tal vez la principal novedad de la LO 8/2000 es la posibilidad de conservar la residencia con independencia del reagrupante, acreditando un tiempo previo de convivencia, en los supuestos de ruptura del vínculo conyugal. La reciente *LO 14/2003* (que reforma las anteriores) establece además que el cónyuge reagrupado también podrá obtener la autorización de residencia independiente, desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor en supuestos de violencia de género.



11 EZQUERRA UBERO, J.J., "El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable", *Migraciones* I (1997), pág. 179.

12 El reconocimiento de la misma como derecho a nivel internacional se consolidó en la Conferencia sobre población y desarrollo celebrada en El Cairo en 1994, si bien se limita tal reconocimiento de la reagrupación familiar como derecho, ya que su ejercicio de limitará por lo establecido por la legislación de cada país así que no podemos hablar de un reconocimiento universal.

13 Art. 16:

- Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados Internacionales suscritos por España.
- Los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17.
- El cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él reagrupados, conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición. Reglamentariamente se podrá determinar el tiempo previo de convivencia en España que se tenga que acreditar en estos supuestos.

14 MASSÓ GARROTE, M; "Nuevo Régimen de extranjería", *La Ley-Actualidad S.A*, Madrid, 8 Mayo 2001, pág. 178.

15 GONZÁLEZ LÓPEZ, R; "Régimen Jurídico de la Reagrupación Familiar", *Revista de Extranjería*, 11, www.reicaz.es

16 STS de 18 de mayo de 1993, 29 de abril de 199 22 de octubre y 12 de diciembre de 1997, 1 24 de noviembre y 28 de diciembre de 199 30 de septiembre de 2000 y STS de 18 ab 2001.



La regulación prevé expresamente un control (problemático en su efectividad) sobre la validez de las uniones matrimoniales de los extranjeros entre sí y de éstos con españoles, estableciendo como un requisito que tales uniones no se haya celebrado en fraude de ley. No parece excesivamente coherente con el reconocimiento de derechos fundamentales quebrantar la presunción de buena fe de nuestro ordenamiento jurídico y establecer sobre los extranjeros una sospecha habitual de fraudulencia [18].

En este sentido, la seguridad jurídica prevalece en la exclusión del derecho de reagrupación a los miembros de uniones de hecho, matrimonios poligámicos o personas que se encuentren incursas en separaciones, divorcios o disoluciones atípicas en nuestro derecho.

Se han ampliado los supuestos de reagrupación de ascendientes, al poder reagrupar tanto a los del extranjero residente como a lós de su cónyuge, siempre y cuando se respete la limitación de que estén a su cargo. Expresión que por su carácter abierto produce bastantes dosis de inseguridad jurídica y deja un amplio margen de interpretación discrecional en manos de la administración.

Por lo que se refiere a los descendientes son pocas las novedades. Se establece la reagrupación de los hijos menores de 18 años o incapacitados, que no estén casados, obviándose la realidad familiar actualmente vigente en la que los hijos prolongan mucho más allá de los 18 años su convivencia familiar con los progenitores.

Para concluir este somero análisis, es obligado referirse a la última modificación legislativa introducida por la *LO 14/2003* y que afecta a la denominada "*reagrupación en cadena*". Se trata del derecho a ejercer la reagrupación familiar por parte de aquellos familiares que hayan adquirido a su vez la residencia en virtud de una previa reagrupación. El Reglamento que desarrollaba la LO 8/2000, en su artículo 41.5, restringía esa posibilidad a la obtención de un segundo permiso de residencia independiente [19].

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de marzo de 2003, consideró que la exigencia establecida por el reglamento (*el derecho de reagrupación corresponde únicamente a quienes hayan adquirido la residencia con independencia de una previa reagrupación*), era contrario al contenido del derecho establecido en el artículo 17.2 de la propia Ley.

Es decir, la exigencia de un segundo permiso de residencia para la persona previamente reagrupada, que pretende ejercitar su derecho a la reagrupación familiar, eliminaba por vía reglamentaria una posibilidad establecida en el texto legal como derecho.

Ésta ha sido una de las obligadas reformas realizadas por la LO 14/2003. Se modifican los artículos 17.2 (3 y 4), 18.2 y 19 de la Ley, estableciendo expresamente la exigencia de obtener una autorización de residencia y de trabajo independiente por parte de la persona reagrupada para que ésta pueda reagrupar a su vez a sus propios familiares. Limitación que se acentúa todavía más en el caso de los ascendientes reagrupados, cuya posibilidad viene ligada a la obtención de la condición de residentes permanentes y a la acreditación de solvencia económica, excepto que se tenga a cargo a un hijo menor de edad o incapacitado.

IV. LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR [20]

La política comunitaria en materia de reagrupación familiar se inicia con el Tratado de Amsterdam que decide unificar las legislaciones estatales en esta materia. En efecto, en el marco genérico del establecimiento de un "*espacio de libertad, seguridad y justicia*" se considera esencial la adopción de medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas, conjuntamente con una serie de medidas de acompañamiento relativas a la inmigración. Entre éstas

17 En este sentido hay que mencionar la reciente sentencia del Tribunal Supremo, STS de 10 de junio de 2004, por la que se anula el inciso «*y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos*» del párrafo primero del artículo 2, así como el inciso «*y se acredite la convivencia en España al menos durante un año*», del número 4.o del artículo 11.3.C del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

18 Instrucción DGRN de 9 de Enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes esté domiciliado en el extranjero. La Fiscalía General del Estado en este sentido también ha elaborado una Circular en la que recomienda a los representantes del Ministerio Público que "*extremen su celo para impedir la celebración de matrimonios simulados*", se solicita además a los fiscales que antes de la celebración del matrimonio realicen un riguroso examen de los requisitos esenciales que deben concurrir en el matrimonio, y exige que se ejercite la acción de nulidad matrimonial cuando tengan conocimiento por cualquier medio después de la celebración de la unión de que se trata de un matrimonio simulado y Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en caso de matrimonio fraudulento.

19 Reglamentariamente, se determinarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación y, en especial, del que corresponda a quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación.

20 ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. "Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho Comunitario". www.extranjeria.info/publico/revista/015/15-08.pdf

últimas, el Tratado prevé, en su artículo 63.3, que en un plazo de cinco años se elabore una reglamentación sobre condiciones de entrada y de residencia, así como normas relativas a los procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados y de permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar. Atendiendo a dicho imperativo legal, la Comisión no tardó en presentar, el 1 de diciembre de 1999, una *"Propuesta de Directiva del Consejo sobre reagrupación familiar"*.

El objetivo central de dicho texto no es otro que, con la finalidad de garantizar un trato justo y una integración efectiva de los nacionales de terceros países residentes en la Unión Europea, se reconozca a estas personas un derecho a la reagrupación familiar que se inspire en las disposiciones del Derecho comunitario en vigor para los ciudadanos europeos que ejercen su derecho a la libre circulación [21]. El objetivo de la *propuesta de directiva sobre reagrupación familiar* presentada por la Comisión europea en 1999 [22], modificada por el Parlamento [23] y por la Comisión [24] y finalmente aprobada en 2003 [25], es establecer un derecho a la reagrupación familiar para los nacionales de terceros países que residan legalmente en la Unión de manera que este derecho se pueda ejercer según una serie de criterios comunes en todos los Estados miembros.

La adopción de esta Directiva, como antes he mencionado, fue posible gracias a las disposiciones del Tratado de Ámsterdam, que dota a la Comisión del fundamento jurídico necesario para el establecimiento de una política común en materia de inmigración. Esta Directiva recoge una serie de medidas adoptadas de conformidad con las peticiones del Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999), con los objetivos del Plan de acción de Viena del 3 de diciembre de 1998 y el Consejo Europeo de Sevilla (21 y 22 de junio de 2002) en materia de inmigración.



El *iter* legislativo de la Directiva ha sido bastante complicado. Se han ido sucediendo diversos proyectos hasta alcanzar un texto final que dista mucho del originario y esperanzador proyecto inicial. Finalmente y tras más de cinco años de difícil gestación, el 22 de septiembre de 2003 se aprobó la **Directiva 2003/86/CE** sobre el derecho a la reagrupación familiar.

Los sucesivos proyectos de Directiva han ido mermando su contenido hasta convertirla en un texto de mínimos, donde prima una visión res-

21 Considerando cuarto y sexto de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar.

22 Propuesta de directiva presentada por la Comisión Europea COM (1999) 638-final de 1-12-1999.

23 COM (2000) 624-final, de 10-10-2000.

24 COM (2002) 225-final, de 2-5-2002.

25 Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003. DOUE L 251, 3-10-2003.

26 Vid. Considerandos 17 y 18 de la Directiva.

trictiva propia de los Estados más conservadores de la Unión. Además, como viene siendo habitual en estos casos, el documento no será de aplicación obligatoria en las legislaciones vigentes en la materia en el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca [26].

En la propuesta originaria, el artículo primero fundamentaba la reagrupación familiar en la exigencia de proteger a la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad y en el derecho al respeto de la vida familiar consagrado por el derecho internacional, en particular por el Convenio Europeo para la protección de los derechos y las libertades fundamentales. La actual directiva sólo alude de forma indirecta a esta idea en los considerandos. Con ello debilita en cierto modo su consagración como derecho fundamental y su exigencia y garantía derivada de su inserción en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La propuesta originaria exigía al reagrupante que tuviera cómo mínimo un permiso de residencia por un periodo de validez de un año, la actual directiva añade que junto a esa duración mínima deberá tener una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente. Una vez más el legislador nos sorprende con otro término ambiguo y difícil de precisar y de fiscalizar. ¿Cómo podrá un inmigrante demostrar que tiene fundadas perspectivas de residir de una manera permanente, cuando ya le es de por sí bastante complicado conseguir un permiso de residencia temporal?

Hay una modificación importante sobre el proyecto en el texto de Directiva relativo a las *personas que pueden beneficiarse del derecho a la reagrupación familiar*. Se restringen la titularidad de este derecho al cónyuge del reagrupante y a los hijos menores del reagrupante o del cónyuge (incluyendo los adoptados), con determinados requisitos de edad y estatus. Se sigue manteniendo el criterio de la minoría de edad, determinada según la legislación de cada Estado miembro, siempre que no medie matrimonio.

Además, se establece una previsión para aquellos casos en los que el menor haya superado los 12 años y llegue independientemente del resto de su familia. En estos supuestos el Estado podrá verificar, antes de autorizar su entrada, si cumple las condiciones de integración que se indican en su legislación, requisito que supondrá una dificultad añadida para llevar a cabo la reagrupación y que se opone claramente a los principios *en favor del menor* contenidos en la legislación internacional: piénsese en aquellos casos en los que, por ejemplo, se exija el conocimiento del idioma oficial del Estado.

Por otra parte, la Directiva en el párrafo 2 del artículo 4, concede a los Estados la facultad discrecional de ampliar el número de familiares que podrán beneficiarse de este derecho, siempre y cuando así se regule en sus respectivas normas legislativas o reglamentarias. Estos familiares podrán ser:

- **Los ascendientes**, en línea recta y de primer grado (es decir el padre y la madre, no los abuelos o los tíos), tanto del reagrupante como de su cónyuge, siempre que estén a su cargo y no tengan ningún otro apoyo familiar en el país de origen.

- **Los hijos mayores no casados** del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y no puedan subvenir objetivamente a sus necesidades debido a su estado de salud.

- Especial relevancia reviste el caso de **las parejas de hecho registradas o no**. Desaparece la equiparación que se hacía en propuestas anteriores con el matrimonio y se reserva a los Estados miembros la facultad de autorizar la reagrupación (o que reciban el mismo trato siempre que así esté previsto en su legislación), ampliándose la entrada y la residencia de sus hijos menores que no estén casados incluyendo los adoptados.

- Con relación a la **unión poligámica**, si el reagrupante hubiera reagrupado o conviviera ya con un cónyuge no se autorizará la entrada de otro cónyuge, pudiéndose limitar también la reagrupación familiar de los hijos menores de otro cónyuge y el reagrupante.

Una disposición algo sorprendente es la que autoriza a los Estados miembros a establecer un límite mínimo de edad para que el reagrupante y su cónyuge puedan ejercitar la reagrupación familiar una vez casados, pudiendo fijar una edad mínima que no podrá exceder de los 21 años. La finalidad que persigue el legislador con este tipo de disposición es evitar la existencia de matrimonios forzados con menores, pero la realidad es que una disposición de este tipo puede limitar innecesariamente el ejercicio de este derecho fundamental: no podemos olvidar que en la mayoría de los países de los que provienen los flujos migratorios la edad en la que se contrae matrimonio es mucho más baja que la media Europea. Además, esta finalidad se podría conseguir igualmente no reconociendo la validez de aquellos matrimonios en los que se percibiera algún tipo de vicio en el consentimiento de forma concreta y evitando limitar de manera innecesaria este derecho.

Si comparamos estas reformas con el elenco de familiares que se contemplaban en la propuesta inicial de Directiva, observamos que la reducción ha sido considerable. En la anterior propuesta todos los familiares se situaban en pie de igualdad, sin someter su reagrupación a una cláusula discrecional a disposición de los Estados miembros, y además se ampliaban las categorías de familiares reagrupables al regularse en determinados supuestos la reagrupación de los hijos mayores, la en-

trada de niños "confiados", la de los ascendientes sin limitación y se permitía la reagrupación de los hijos de diversas esposas en el caso del matrimonio poligámico.

Sorprendente resulta también la facultad otorgada por la Directiva a los Estados miembros y que les permite exigir que las solicitudes de reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad.

Constituye también una novedad que, con la finalidad de verificar la existencia de los vínculos familiares alegados, se establezca la posibilidad de entrevistar tanto al reagrupante como a sus familiares y de realizar cuantas investigaciones se consideren necesarias. Se enumeran, por ejemplo, una serie de criterios a tener en cuenta para determinar la relación familiar de una pareja no casada: la existencia de hijos en común, una cohabitación previa, el registro formal de la relación, etc.

La duración del trámite de resolución del procedimiento se alarga, pasando de los 6 a los 9 meses, pudiéndose ampliar en casos excepcionales. Se mantiene la necesidad de motivar el rechazo de la solicitud y el carácter del silencio administrativo dependerá de lo regulado por cada ley nacional.

Se modifica también la exigencia del periodo previo que el reagrupante deberá residir en un Estado miembro antes de poder solicitar la reagrupación: no podrá superar los 2 años (en el proyecto anterior se limitaba a un año). En los casos en los que los Estados tuvieran una regulación expresa sobre su capacidad de acogimiento, el periodo de espera no podrá superar los 3 años, desde el momento en que se presente la solicitud de reagrupación.

Se suprime la referencia al carácter gratuito del procedimiento y se mantiene la obligación del Estado miembro de facilitar, tras la aceptación de la solicitud de entrada, los visados necesarios. Se mantiene también el objeto del procedimiento (emisión de un permiso de residencia renovable para los familiares) pero se modifica su duración (si antes era la misma del reagrupante ahora tendrá una duración mínima de un año teniendo siempre como límite máximo la duración del permiso del reagrupante y será renovable). La reagrupación garantiza a los familiares reagrupados los derechos necesarios para su integración en el nuevo medio social "en las mismas condiciones que el reagrupante" (antes se les reconocían en las mismas condiciones que a los ciudadanos de la Unión Europea, lo que provocaba una clara discriminación en el disfrute de estos derechos con respecto al reagrupante). Estos derechos son: el acceso a la educación, el acceso al empleo asalariado y el acceso a la orientación, a la formación, al perfeccionamiento y al reciclaje profesionales. Estos derechos se reconocían en la propuesta inicial de Directiva a todos los sujetos reagrupados, en la Directiva aprobada el acceso a un empleo asalariado o a una actividad independiente se podrá limitar en el caso de los ascendientes y de los hijos mayores.

Una vez transcurridos como máximo cinco años de residencia (antes eran 4) y siempre que se mantengan los vínculos familiares, el cónyuge o la pareja o el hijo mayor de edad tendrán derecho a un permiso de residencia autónomo. Los Estados miembros pueden restringir esto en el caso de ruptura del vínculo familiar. La concesión de este permiso autónomo para los hijos mayores y los ascendientes, se deja a la entera discrecionalidad del Estado. Se suprime la exigencia de un periodo mínimo de residencia en los casos de viudedad, divorcio, separación o muerte de ascendientes o descendientes; en estos casos se concederá un permiso autónomo, manteniéndose la referencia a que *"el solicitante se encuentre en una situación difícil"*, lo que supone una alusión abierta a los supuestos de violencia doméstica, mención que ya aparecía en el proyecto originario y se ha mantenido.

En los supuestos en los que no se renueve el permiso de residencia del reagrupante, los Estados miembros pueden retirar o no renovar el correspondiente permiso a sus familiares.

Se mantiene la mención a los matrimonios o parejas de hecho en fraude de ley y la necesidad de valorar la naturaleza y la solidez de los vínculos familiares en caso de expulsión o denegación del permiso de residencia, así como la posibilidad del acceso a vías jurisdiccionales o administrativas legalmente previstas en estos casos.

La adopción de esta Directiva, a pesar de su carácter más bien restrictivo y un tanto ambiguo, marca un hito muy importante en la materia, constituyendo un avance esencial en el proceso de reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar a nivel europeo y en la unificación de su regulación. En la mayoría de los casos obligará a los países europeos a modificar su legislación para adaptarla a sus disposiciones y los órganos judiciales deberán tener en cuenta su contenido porque se trata de una regulación vinculante para los Estados miembros, aun cuando no se hubiera transpuesto al Derecho interno una vez expirado el plazo para dicha adaptación [27]. Conviene recordar que el plazo para la transposición de la Directiva por parte de los Estados miembros es el 3 de octubre de 2005.

En definitiva, el análisis de la Directiva y de su proceso de elaboración, evidencia que las ideas madres que han inspirado el texto pueden reducirse a dos: máxima restricción del número de familiares reagrupables y máxima discrecionalidad de los Estados en la regulación de la figura.

27 A este respecto se puede consultar la teoría del efecto directo de las Directivas en derecho comunitario.

El informe sobre el impacto por razón de género en la elaboración de las disposiciones normativas

Por Miguel Rodríguez-Piñero.

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Consejero de Estado. Ex-Presidente del Tribunal Constitucional. Director de la revista Relaciones Laborales.

(Relaciones Laborales, núm. 20, 2004, pp. 119-128).

Con licencia para su publicación y derechos de Copyright cedidos por Editorial La Ley.

La Ley 30/2003, de 23 de octubre, sobre Medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, ha integrado la perspectiva de género en la labor normativa del Gobierno, obligándole, antes de elaborar una iniciativa legislativa o adoptar una medida reglamentaria a analizar las consecuencias para los hombres y las mujeres.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL HA VENIDO PONIENDO EN CONEXIÓN LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN CON EL OBJETIVO DE ELIMINAR DISCRIMINACIONES EXISTENTES, DE SUPRIMIR EN EL PRESENTE Y PARA EL FUTURO LAS DISCRIMINACIONES DE LAS MUJERES COMO INDIVIDUOS Y COMO GRUPO.

A tal fin su art. 1 ha dado una nueva redacción al artículo 22.2 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno estableciendo que, dentro del procedimiento de elaboración de proyectos de Ley, se habrá de incorporar "un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo". Su art. 2 añade un segundo párrafo al apartado 1 b) del art. 24 Ley 50/1997, del Gobierno, según el cual "en todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo".

La Ley refleja una nueva estrategia en relación con la igualdad de hombres y mujeres, fruto de un movimiento internacional, y que va más allá de la problemática clásica de la igualdad de trato en el plano individual y centrada en el empleo para plantear esa igualdad en un plano global que afecta a todas las esferas de la vida pública y privada y que trata de promover la plena participación de hombres y mujeres en todos los sectores de la vida social.

El legislador parte desde luego de la premisa de la igualdad de derechos, que asegura con toda intensidad el art. 14 CE pero no se queda en ella. En la puesta en práctica y el desarrollo legal de la igualdad de trato se han dado pasos fundamentales para lograr su efectividad, como ha sido la incorporación del concepto de discriminación indirecta en la que se pone el acento en el resultado desigual de medidas, aun utilizando criterios aparentemente no discriminatorios interpretando el precepto constitucional como un mandato de parificación que impide el establecimiento y mantenimiento de diferencias de trato, el aligeramiento de la carga de la prueba y, desde el valor de la igualdad, vinculando el art. 14 con el mandato contenido en el art. 9.2 CE aceptando de medidas compensatorias positivas para equilibrar arraigadas desigualdades previas, promoviendo las condiciones para que la igualdad entre los sexos se haga real y efectiva.

Nuestro Tribunal Constitucional ha venido poniendo en conexión la prohibición de discriminación con el objetivo de eliminar discriminaciones existentes, de suprimir en el presente y para el futuro las discriminaciones de las mujeres como individuos y como grupo, con un activismo judicial que pone el acento en el elemento teleológico, o sea la finalidad o resultado antidiscriminatorio, otorgando una especial incisividad a la operatividad de la exigencia de igualdad entre hombres y mujeres también desde la perspectiva de la dignidad de la persona del art. 10 CE.

En esta misma línea, en un plano macrosocial, se mueve la llamada dimensión o perspectiva de género que ahora asumen e impone nuestro legislador. No deja de ser significativo que la Exposición de Motivos de la Ley 30/2003 haya tratado de justificarse refiriéndose a la invitación formulada a los Gobiernos en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín de 1995 de "integrar la perspectiva de género en todas las políticas y los programas para analizar sus consecuencias para las mujeres y los hombres respectivamente, antes de tomar decisiones". Esa invitación fue reiterada cinco años después en el año 2000, en el llamado Pekín V, un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, para valorar los resultados de aquella Conferencia. En esa Asamblea se ha insistido en el cumplimiento por los Gobiernos de ese mandato, de "integrar la perspectiva de género" en toda medida política, analizando, antes de adoptar la correspondiente medida, sus consecuencias para las mujeres y los hombres. Y esto es lo que la Ley 30/2003 impone ahora a los impulsos normativos del Gobierno.

La introducción de esta exigencia del informe sobre el impacto por razón de género estaba prevista ya en el III Plan para la Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, pero entonces no se cumplió, y había sido recogida de nuevo en el vigente IV Plan (2003 a 2006), que establece como uno de sus dos principios fundamentales el que denomina de "*mainstreaming*" y que define cómo "promover la defensa y garantía del principio de igualdad entre hombres y mujeres en todas las actividades y políticas, a todos los niveles, y evaluando sus posibles efectos".

La disp. final Ley 30/2003 ha previsto la entrada en vigor de la reforma de la Ley del Gobierno el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del*



Estado, que tuvo lugar el 14 de octubre de 2003 a partir de cuyo momento existe la obligación de incorporar el informe sobre el impacto por razón de género en todos los expedientes de elaboración de textos normativos. Puede haber sido algo precipitada la aplicación inmediata de una medida tan innovadora y que "cambia los esquemas", al situar toda la acción normativa del Gobierno al servicio de objetivos relacionados con la igualdad de género. Tampoco se ha facilitado esa puesta en práctica mediante medidas complementarias de instrucciones, información y formación de los responsables, ello puede explicar que la breve experiencia de la aplicación de esta reforma de la Ley del Gobierno haya permitido constatar que la elaboración por los respectivos departamentos ministeriales del informe sobre el impacto por razón de género se ha llevado con excesiva ligereza y banalidad. Hasta ahora se ha llevado a cabo como cumplimiento foral de un requisito aparentemente intrascendente, dada la escasa o nula fundamentación de los informes sobre el impacto de género aportados hasta el momento en los expedientes relativos a textos reglamentarios o anteproyectos de ley, basados en el mejor de los casos en que la normativa prevista es neutra al no contener distinciones por razón de sexo.

Existe el peligro de que la inercia de los servicios administrativos disipe los ambiciosos propósitos a que responde la Ley 30/2003 y que formula con claridad su breve Exposición de Motivos. La misma, como ya se ha dicho, se refiere a la Conferencia de Pekín, y alude además a la normativa de la Unión Europea, que es el mejor marco de referencia para entender el alcance de esta nueva exigencia legal en el proceso de elaboración de los instrumentos normativos, los anteproyectos de ley, los reglamentos, y, hay que entender también, de las medidas normativas del Gobierno con rango de Ley.

EL PRINCIPIO DENOMINADO "MAINSTREAMING" SE DEFINE COMO PROMOVER LA DEFENSA Y GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN TODAS LAS ACTIVIDADES Y POLÍTICAS, A TODOS LOS NIVELES, Y EVALUANDO SUS POSIBLES EFECTOS.

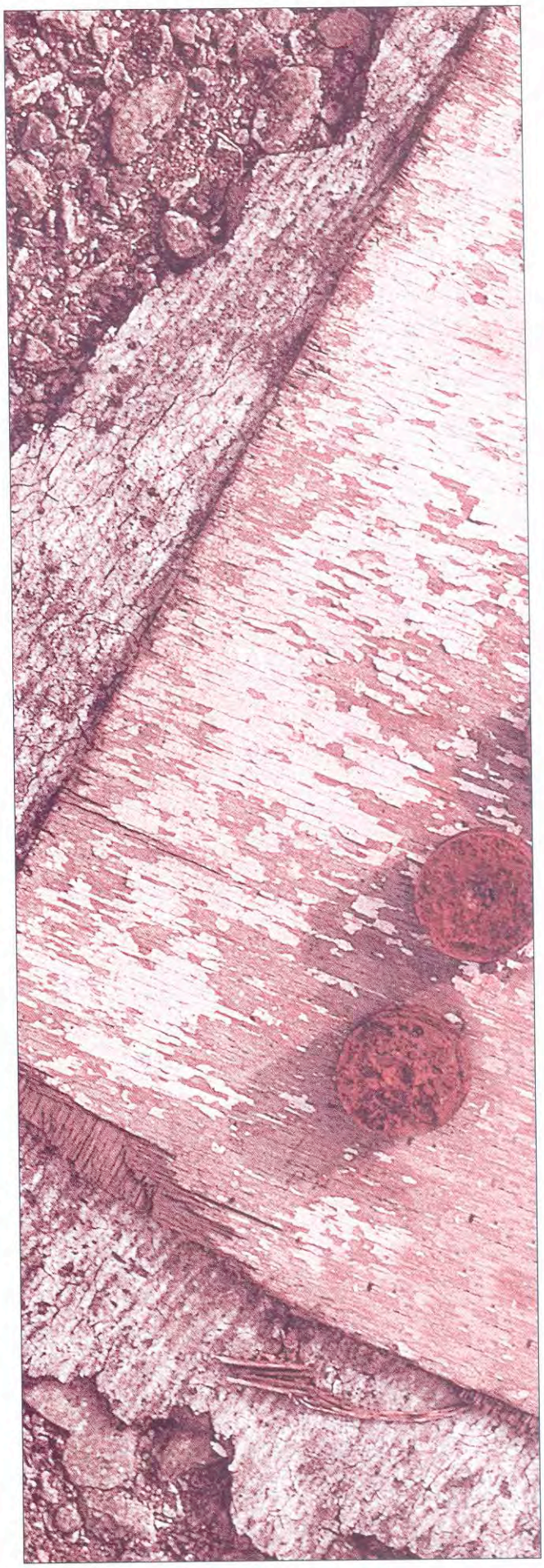
En la Unión Europea ya antes de la Conferencia de Pekín se había constatado la insuficiencia en la política de igualdad entre hombres y mujeres de las direc-

tivas que trataban de asegurar en materia de empleo y Seguridad Social la igualdad de trato entre los sexos. Aunque las mismas habían supuesto progresos importantes, se habían mostrado insuficientes para asegurar una igualdad efectiva entre hombres y mujeres dado que persistían, en todos los Estados de la Unión Europea y dentro de la propia Comisión, notables desigualdades en la situación de los hombres y de las mujeres y ello contradecía los valores democráticos asumidos por la Unión, que presuponen y exigen una participación por igual de hombres y mujeres en la vida social, económica, cultural, civil y en la adopción de decisiones políticas.

Para referirse a esas diferencias estructurales la Comisión ha utilizado un nuevo término, el de "género", con el que se quiere indicar el carácter estructural de las diferencias derivadas del sexo, como elemento relevante de la persona. La diferencia de género pone el acento en las distintas condiciones de vida de los hombres y de las mujeres, las cuales afectan estructuralmente al conjunto de la sociedad y son un fenómeno social consecuencia de un proceso complejo de interacción entre normas jurídicas, reglas sociales, valores culturales y estructuras económicas.

El término género indica pues la asignación desigual de responsabilidades y roles sociales entre hombres y mujeres, producto de pautas culturales, de hábitos, de estereotipos que definen (e implícitamente valoran) las tareas y los papeles sociales de acuerdo al sexo de la persona, el cual condiciona sus identidades respectivas como personas en cuanto supone un acceso y control desigual de los recursos económicos, culturales y sociales entre los hombres y las mujeres, en perjuicio de éstas. Esas diferencias, por ser de origen social, se consideran "artificiales" adquiridas, variables y contingentes, por lo que pueden "manipularse" mediante las correspondientes políticas correctoras, sin que baste para eliminarlas o corregirlas las tradicionales normas jurídicas igualatorias.

Esta idea se recoge en la importante Comunicación de la Comisión Europea "Integrar la política de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias" [COM (96) 67 final de 21 de febrero de 1996], limitada, como su nombre indica, a la adopción de políticas comunitarias. En ella se afirma que los esfuerzos de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres no deben limitarse a adoptar medidas específicas a favor de las mujeres, con vistas a la igualdad, sino que en todas las acciones y políticas generales comunitarias debe introducirse, de forma explícita y visible, una especial atención a sus efectos posibles sobre la situación respectiva de hombres y mujeres, adoptando una perspectiva de género (*gender perspective*).



EL TÉRMINO GÉNERO INDICA LA ASIGNACIÓN DESIGUAL DE RESPONSABILIDADES Y ROLES SOCIALES ENTRE HOMBRES Y MUJERES.

Se trata de incorporar de forma sistemática la dimensión de la igualdad en todas las políticas y acciones comunitarias, lo que obliga a replantear esas acciones y políticas para tomar en consideración en su definición y en su puesta en práctica sus posibles efectos sobre el género, teniendo en cuenta para ello las particularidades y peculiaridades de la condición femenina con vistas a eliminar desigualdades existentes y a promover una distribución más igual de roles y recursos, de tareas, responsabilidades, beneficios y ventajas. Según la Comisión no se busca una "paridad" estadística, sino una mejor distribución de papeles y un reparto más equilibrado de responsabilidades entre hombres y mujeres lo que no impide desconocer la distinción entre la condición femenina y masculina. La Comisión asume, utilizando sus propias palabras, "la orientación del principio de *mainstreaming* de género", y la consecuente transversalidad de las políticas y acciones comunitarias. Éstas han de tomar en cuenta sistemáticamente las diferencias entre las condiciones, situaciones y necesidades de los hombres y de las mujeres para poder movilizar los instrumentos jurídicos, los medios financieros y las capacidades de análisis de la Comunidad con el fin de introducir en todos los campos relaciones equilibradas entre los hombres y las mujeres, evitando también que decisiones aparentemente neutras y aparentemente no sexistas puedan tener un diferente impacto en las mujeres y en los hombres.

En todo este análisis no debe desconocerse la importante aportación conceptual y metodológica del Consejo de Europa, que teniendo en cuenta experiencias nacionales europeas, como las de Suecia, Dinamarca y Holanda o la de Canadá, elaboró en mayo de 1998 un importante documento sobre "*Gender mainstreaming*, marco conceptual, metodología y presentación de buenas prácticas" que fue traducido y publicado en España por el Instituto de la Mujer en 1999. Este documento define el concepto, y al mismo tiempo determina su método de aplicación y analiza las experiencias de algunos países que ya habían venido aplicando esa metodología.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación (1998) 14 a los Estados miembros sobre el "*gender mainstreaming*" asumió oficialmente la idea de que para conseguir la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, uno de los fundamentos de la democracia, en todos los sectores de la sociedad, incluida la vida política, una de las principales estrategias es la de "*gender mainstreaming*" que puede promover una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, mejorar la distribución de los recursos humanos y profundizar y fortalecer el funcionamiento de la democracia en la toma de decisiones. A tal respecto recomiendo que se de a conocer el Informe sobre el *gender mainstreaming* y que se le promueva como instrumento para desarrollar esa estrategia en los sectores públicos y privados y que en el sector público se inspiren en él para crear un ambiente y unas condiciones favorables para poner en práctica el *gender mainstreaming*. Con posterioridad, tuvo lugar en Atenas una Conferencia sobre el "*gender mainstreaming*", se ha preparado un nuevo Informe sobre la práctica y perspectiva del *gender mainstreaming*, entendida como tener en cuenta el impacto de género antes de la toma de decisiones, y se han constituido grupos de trabajo sobre esa temática cuyas interesantes conclusiones de han resumido en el documento CDEG/CDCE (2003) 01, que contienen útiles sugerencias sobre la puesta en práctica de esta metodología.

SE INCLUYE COMO OBJETIVO CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN, LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD ENTRE HOMBRE Y MUJER, MISIÓN FUNDAMENTAL DE LA COMUNIDAD, Y, ADEMÁS, EL CONJUNTO DE LAS POLÍTICAS Y MEDIDAS COMUNITARIAS SE CONDICIONAN AL OBJETIVO DE LA CONSECUCIÓN DE ESA IGUALDAD.

La perspectiva de género ha sido asumida en el seno de la Unión Europea al más alto rango en el art. 3 Tratado de Amsterdam, que ha incluido como una de las prioridades a tener en cuenta en el diseño de las políticas de la Unión Europea la promoción de la igualdad ente hombres y mujeres en todas las políticas y la eliminación de las desigualdades. Se incluye como objetivo "constitucional" de la Unión, la promoción de la igualdad entre hombre y mujer misión fundamental de la Comunidad, y, además, el conjunto de las políticas y medidas comunitarias se condicionan al objetivo de la consecución de esa igualdad, movilizando todas esas políticas para favorecer igualdad de oportunidades, de modo que toda política comunitaria deviene política para la igualdad, al evaluar e integrar en su concepción y puesta en práctica la dimensión de género.

En aplicación de esta dimensión transversal de las políticas comunitarias la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000, ha introducido la evaluación del impacto de género en los distintos ámbitos de intervención comunitaria (vida económica, social, vida civil, roles, etc.) para integrar la perspectiva de género en el conjunto de las políticas comunitarias. Ello se refleja también en la Estrategia Marco sobre la igualdad entre hombres y mujeres (COM 2000, 335 final) que lo justifica en el respeto de los derechos humanos y el fortalecimiento de la democracia y de la Unión Europea que requieren una participación y representación iguales en la vida económica, social, cultural y civil de los ciudadanos de uno y otro sexo.

LA TRANSVERSALIDAD DE LAS POLÍTICAS EXIGE UNA REORGANIZACIÓN IMPORTANTE DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ELABORACIÓN NORMATIVA, PARA SUPERAR LA INDIFERENCIA O INSENSIBILIDAD QUE HASTA AHORA HA CARACTERIZADO A NUESTRA POLÍTICA NORMATIVA INSENSIBLE CUANDO NO INCONSCIENTEMENTE SEXISTA.

El último informe de la Comisión sobre la igualdad entre hombres y mujeres [COM (2004), 115 final, 19 de febrero] se refiere a la exigencia del Tratado en el sentido de incorporar la perspectiva de género en todos los campos de la política comunitaria y en todos los estadios de la elaboración y puesta en práctica de esas políticas, transversalidad de las políticas que desplaza la atención de la igualdad de género del ámbito clásico del empleo y de la formación, sin descuidarlo. De ahí, la insistencia de la Comisión en la necesidad de un "enfoque dual" en el que la transversalidad, en cuanto integración de la dimensión de género, en todas las políticas exteriores que afectan a las mujeres (política fiscal, financiera, económica, de formación, de transporte, social, etc.), venga acompañada de acciones positivas a favor de la igualdad. El citado Informe llama a los Estados miembros al Consejo y a la Comisión a reforzar la implementación del *mainstreaming* de género, a proveer de datos coherentes y al día por sexos, a desarrollar indicadores de igualdad de género como instrumentos para el *mainstreaming* de género, a conseguir progresos en las diferentes áreas de las políticas, y encomienda a los Estados y a la Comisión realizar informes regulares sobre los resultados obtenidos, así como aportar recursos para apoyar el funcionamiento de este mecanismo de promoción de igualdades entre hombres y mujeres.

La puesta en práctica de esa orientación de "transversalidad" de las políticas comunitarias ha atravesado sin embargo grandes dificultades que ya se han señalado en el Informe de la Comisión sobre el seguimiento de la Comunicación [(98) 122 final]. Se trata de la insuficiente concienciación sobre asuntos de género en los niveles en que se adoptan las decisiones, de la carencia de recursos humanos y presupuestarios destinados a estas tareas y de la falta de expertos en asuntos de género. Según la Comisión deberían superarse estos obstáculos para poder aplicar, como procedimiento habitual, la evaluación del impacto en función de género de las políticas, y para garantizar la calidad, en cuanto al género, de toda propuesta legislativa o cualquier otro documento político o acción de la Comunidad respecto al objetivo de la igualdad de oportunidades.

Esas dificultades se presentarán también entre nosotros en la nada fácil puesta en práctica de la Ley 30/2003 cuyo ambicioso objetivo refleja su Exposición de Motivos y su contenido que se refiera significativamente no al sexo sino al género, y que impone la evaluación del impacto en función del género en la elaboración de todo instrumento formativo para lograr una efectiva igualdad y evitar consecuencias negativas no intencionales que favorezcan situaciones de discriminación.

El enfoque de género, supera la concepción sectorial de las políticas de igualdad, como adopción de medidas a favor de la mujer, y sin negar ésta acepta un objetivo de igualdad como situación objetiva en la que hombres y mujeres puedan desarrollar sus capacidades personales y decidir sobre su destino vital por igual sin las limitaciones impuestas por los roles tradicionales. Para ello a través de un enfoque integrado se han de identificar y poner de manifiesto las desigualdades existentes en la asignación de papeles y las consecuencias de sujeción, marginación e incluso exclusión social que suponen para las mujeres tratando de asegurar su plena participación de las mujeres en todos los ámbitos de la vida social.

Esta visión integrada o transversal que supone el *mainstreaming* de género no está exenta de complejidad y de dificultades en su aplicación siendo necesario distinguir entre el objeto final de este enfoque integrado (la igualdad entre los sexos) y la estrategia del *mainstreaming* que es la integración de la perspectiva de la igualdad en todas las políticas normativas, en oposición a la mera elaboración de proyectos destinados específicamente a las mujeres (VERLOO). Se trata, según el Consejo de Europa de la "(re)organización, mejora, evolución y evaluación de los pro-

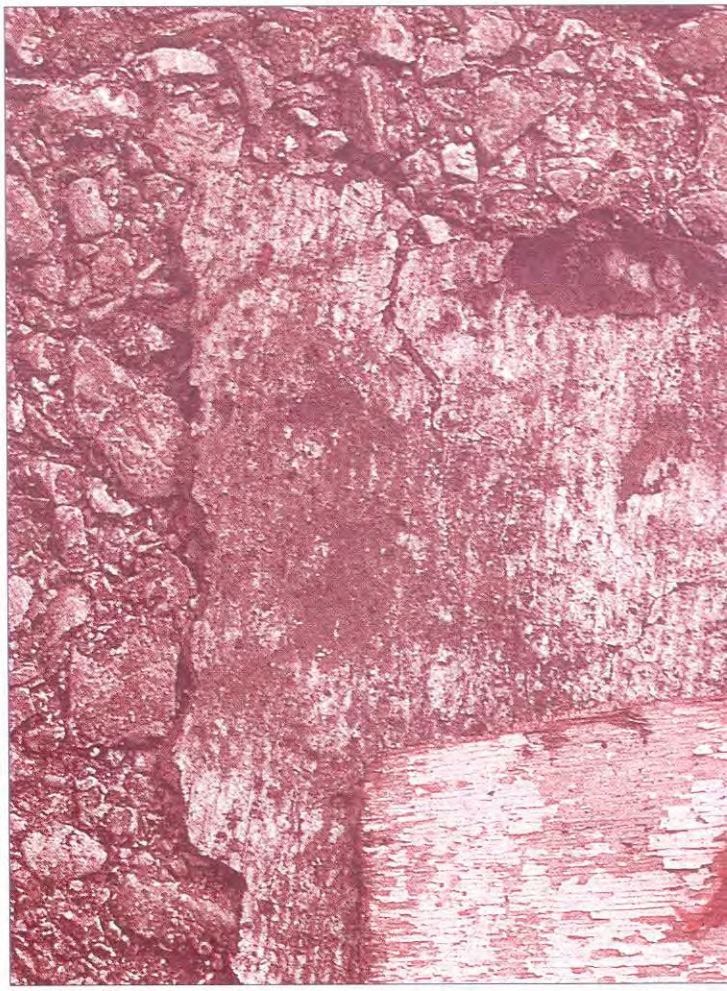
cesos de toma de decisión, con el fin de incorporar la perspectiva de la igualdad entre mujeres y hombres en todas las materias y a todos los niveles por parte de los actores generalmente implicados en la elaboración de las políticas y la adopción de las decisiones".

La Ley 30/2003 inserta la dimensión y enfoque integrado de género en el proceso de elaboración gubernamental de todos los instrumentos. Ello no significa meramente incorporar un nuevo documento al expediente correspondiente; el informe sobre el impacto por razón de género tiene un impacto profundo en el procedimiento de elaboración de las normas que debe integrar ahora la perspectiva de la igualdad entre mujeres y hombres a lo largo de todo el proceso de elaboración y no sólo en la fase final. Para ello deben estar a disposición de los responsables de la disposición de que se trate informaciones adecuadas sobre la situación de los hombres y las mujeres a fin de poder evaluar en cada caso el impacto por razón de género de la medida, para lo que puede ser necesario la consulta o los informes de las asociaciones u organismos competentes en la materia.

La transversalidad de las políticas exige una reorganización importante de los procedimientos de elaboración normativa, para superar la indiferencia o insensibilidad que hasta ahora ha caracterizado a nuestra política normativa insensible cuando no inconscientemente sexista, aunque formalmente neutra al desconocer las diferencias existentes entre hombres y mujeres y el posible desigual impacto de las medidas adoptadas y la aplicación hasta el momento de la Ley 30/2003 permite deducir que no se han introducido esos necesarios cambios en el procedimiento de elaboración de las normas para superar inercias y rutinas y obligar a los elaboradores de las normas a asumir un enfoque integrado para la promoción de relaciones más iguales entre hombres y mujeres.

Ello no implica sustituir ni eliminar medidas específicas de igualdad sino no reducir la política de igualdad a estas medidas específicas. La transversalidad no implica eliminar o descuidar las medidas específicas de acción positiva a favor de la mujer, aunque éstas deban adaptarse y revisarse en función del objetivo global de la igualdad de género. Como se ha señalado dentro de la Unión Europea la llamada estrategia dual sigue siendo necesaria, conjuntando la transversalidad con las políticas específicas a favor de la mujer.

El análisis del impacto de género en cada medida normativa que el Gobierno adopte requiere pues identificar previamente las diferencias en la situación de los hombres y las mujeres afectados por esas medidas, y la posible igualdad de unos y otras. Sin datos o indicadores relevantes no será posible llevar a cabo el preceptivo informe como muestra la experiencia de otros países que ya han adoptado medidas similares y en los que se ha demostrado que es mucho más fácil asumir el discurso de la perspectiva de género que realizar los considerables esfuerzos necesarios para su puesta en práctica, no sólo por las resistencias al cambio y las inercias de las burocracias administrativas, sino por las dificultades intrínsecas que supone una reorientación tan profunda de las políticas como exige el método del *mainstreaming* y el enfoque integrado de la igualdad que requiere análisis, costes y esfuerzos, y expertos al respecto, y un cambio de mentalidad y cultura sin que baste la buena voluntad de los responsables de las distintas fases del proceso de elaboración normativa.



La Exposición de Motivos de la Ley 30/2003 hace referencia a una "Guía para la valoración del impacto en función del género" elaborada en el seno de la Comisión Europea. Aunque esta Guía tenga un carácter interno, la referencia que hace a ella nuestro legislador permite entender que para interpretar la exigencia impuesta por la Ley sobre la elaboración del informe de evaluación del impacto de género pueden ser útiles los elementos conceptuales (la diferencia entre sexo y género e igualdad formal e igualdad real o el principio de transversalidad) y los instrumentos y métodos contenidos en esa Guía.

Según dicha Guía, en un proceso de integración de las perspectivas de género en el conjunto de las políticas el primer paso consiste en ver si la dimensión de género es pertinente para la medida en cuestión, siendo necesario contar con datos desarrollados por sexos, estudiarlos y plantearse si la propuesta va dirigida a uno o más grupos objetivos y si existen en el ámbito diferencias entre hombres y mujeres en cuanto derechos, recursos, participación, normas y valores. Si la respuesta a cualquiera de estas cuestiones fuera negativa no será necesaria una evaluación del impacto en función del género, en cuyo caso el departamento correspondiente emitirá en este sentido el informe sobre el impacto en la dimensión del género, indicando que la normativa prevista carece de pertinencia respecto al género.

LA EXIGENCIA QUE IMPONE LA LEY 30/2003 DEL INFORME SOBRE EL IMPACTO POR RAZÓN DE GÉNERO EN EL PROCESO DE PREPARACIÓN DE LAS MEDIDAS NORMATIVAS QUE ELABORE EL GOBIERNO RESPONDE A OBJETIVOS Y VALORES QUE TIENEN SÓLIDA BASE CONSTITUCIONAL AL MEJORAR LA CALIDAD Y EFICACIA DE LAS POLÍTICAS DE GÉNERO.

En otro caso, si la respuesta a cualquiera de esas cuestiones fuera positiva, la dimensión de género es pertinente y habrá que evaluar el impacto potencial de la propuesta en los hombres y en las mujeres. Siguiendo los criterios de la citada Guía, la valoración del impacto en función del género, debería hacerse no en la fase final sino en la fase inicial del proceso de decisión para permitir, cuando fuera procedente, introducir modificaciones en la norma proyectada o someterla a reconsideración, comparando y apreciando, en función de criterios apropiados respecto al género, la situación y la tendencia actual y las consecuencias que cabría esperar de la medida normativa propuesta. La Guía ofrece algunos criterios para la valoración del impacto en función del género: las diferencias entre los hombres y mujeres en el ámbito en cuestión en cuanto a participación en recursos, normas y valores y derechos, y cómo puede contribuir la medida proyectada a eliminar desigualdades entre hombres y mujeres y promover la igualdad en cuanto a la participación, la distribución de los recursos, las prestaciones, tareas y responsabilidades.

Analizar y valorar sus consecuencias para hombres y mujeres antes de tomar ninguna disposición e integrar la perspectiva de género en todas las normas incluso en las aparentemente no sexistas que puedan tener un impacto diferente en las mujeres y en los hombres supone un esfuerzo nada despreciable de modo que la exigencia del informe sobre el impacto de género no es nada fácil ni simple de cumplir. La aceptación de este nuevo enfoque de género en el ámbito nacional requiere, como se deduce de la experiencia comunitaria y comparada, un compromiso de alto nivel de todos los actores políticos y sociales afectados, y no sólo del Gobierno. Exige de los responsables de cada política sectorial incluir la dimensión de género en el diseño de esas políticas, lo que demanda una mayor cooperación y coordinación a todos los niveles de los responsables en la temática de género, y una labor de sensibilización y concienciación de todos los implicados, y entre ellos de forma muy principal, de los niveles más altos de la Administración y del Gobierno.

El *mainstreaming* de género es una estrategia que no puede ser puesta en funcionamiento de una sola vez, sino progresivamente pero de forma constante y obliga a una voluntad decidida de poner sobre la mesa aspectos ahora desatendidos de los desequilibrios de género existentes en nuestra sociedad, de las distintas necesidades y expectativas reales de los hombres y de las mujeres y la búsqueda de un mayor reparto de oportunidades entre unos y otros. No se ocultan las dificultades de estas políticas, pero tampoco se ocultan que los países que las han asumido con mayor fe y compromiso han conseguido resultados positivos que deben animar para lograr, en materia de género, una sociedad española más justa y más equilibrada.

La exigencia que impone la Ley 30/2003 del informe sobre el impacto por razón de género en el proceso de preparación de las medidas normativas que elabore el Gobierno responde a objetivos y valores que tienen sólida base constitucional al mejorar la calidad y eficacia de las políticas de género. Permitirá confirmar la pertinencia de una disposición normativa comparando la situación actual con la evolución esperable de su puesta en práctica y contribuirá a diseñar y a aplicar la política normativa del Gobierno al servicio del objetivo de eliminar desigualdades de género y de promover la igualdad, contribuyendo a eliminar las diferencias de género en la distribución de tareas y responsabilidades en la vida pública y privada evitando consecuencias negativas no intencionales y procurando que el diseño de las normas se tienda a corregir desigualdades existentes.

No cabe desconocer la importancia y trascendencia de la reforma introducida por la Ley 30/2003, pero tampoco las dificultades de su adecuada puesta en práctica, que requiere esfuerzos complementarios de formación, información y sensibilización, sin los cuales la exigencia de evaluación del impacto en función del género tiene el riesgo de convertirse en un formalismo enervante e inútil.

El informe sobre el impacto de género en la elaboración normativa

POR JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA.
Magistrado del Tribunal Superior de Galicia, Sala de lo Social.
(La Ley, núm. 6092, jueves, 23 de septiembre de 2004, pp. 1-4).
Con licencia para su publicación y derechos de Copyright cedidos por Editorial La Ley.

La Ley 30/2003, de 13 de octubre, cuya aprobación parlamentaria fue objeto de importante atención mediática, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, se inscribe dentro de una categoría de leyes de igualdad, sustentada en el denominado principio de transversalidad, tendentes a la integración de la dimensión de género en la elaboración y en la aplicación de la totalidad del ordenamiento jurídico. Por ello, la Ley resulta muy novedosa y merece un juicio positivo, aunque ese juicio positivo no nos impida ver la existencia de algunas carencias en su contenido que dificultan el alcanzar plenamente su finalidad. Se concluirá este estudio con la trascendencia que esta Ley tendrá sobre las reglas de interpretación de las normas del ordenamiento jurídico.

I. LEYES DE IGUALDAD CLÁSICAS Y LEYES DE IGUALDAD MODERNAS

A

Las carencias del principio de igualdad

Superadas –a lo menos en las democracias occidentales– situaciones anteriores de negación absoluta de las demandas de igualdad, el feminismo, hasta hace no mucho, aparentaba ser una lista tan amplia como diversa de reivindicaciones a favor de las mujeres a las cuales el derecho respondía a través del principio de igualdad. Cada reivindicación era examinada desde la perspectiva del principio de igualdad y, si superaba el test, se consideraba justa. Pero el modelo ofrece importantes carencias. En primer lugar, porque la solución depende, en gran medida, de la configuración concreta del principio de igualdad. Y, en segundo lugar, porque el principio de igualdad considera, de manera más o menos explícita, la situación de los hombres como un modelo.

1

Una primera carencia, en gran medida superada, se deriva de la configuración concreta del principio de igualdad, que, en un momento inicial, se configuró como igualdad formal en la ley, y, aunque ello supuso un importante avance respecto a una situación anterior de desigualdad en la ley –en especial en el acceso a la educación y en los derechos de participación política–, esta configuración de la igualdad se mostró insuficiente, ya que, al no incidir sobre la desigualdad social, ésta se perpetuaba bajo una apariencia de igualdad legal. Tal configuración de la igualdad genera una bilateralidad en la protección legal que, aunque se admita, determina la paradójica extensión a los hombres –como si ellos fueran los discriminados– de algunos beneficios de las mujeres –véase el conocido ejemplo de la pensión de viudedad en nuestra doctrina constitucional–.

En un momento posterior –en concreto desde la Segunda Guerra Mundial–, el principio de igualdad se configuró como igualdad de oportunidades en la sociedad, apareciendo instituciones como la acción positiva o la discriminación indirecta [1]. La acción positiva, nacida históricamente en las décadas de los cincuenta y los sesenta en los Estados Unidos de América, consiste en medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres [2]. Y la discriminación indirecta, nacida históricamente a inicios de la década de los setenta asimismo en los Estados Unidos de América, supone la ampliación de la prohibición de discriminación a aquellos actos neutros que, en su aplicación práctica, determinan un impacto adverso en el colectivo femenino sin encontrar justificación en un motivo ajeno al sexo.

Pero si el principio de igualdad, configurado como igualdad formal en la ley, se mostró insuficiente, el principio de igualdad, configurado como igualdad de oportunidades en la sociedad, no se acaba de mostrar como suficiente a causa de la difícil aplicación de las nuevas instituciones antidiscriminatorias. La acción positiva depende de la voluntad política del legislador y, en sus formas más incisivas –régimen de cuotas–, está sometida a un continuo debate doctrinal. La discriminación indirecta exige la acreditación del impacto adverso y su justificación se ha sometido a vaivenes interpretativos, aún reconociendo que las últimas elaboraciones normativas tienden a dar más eficacia a estos conceptos [3].

De este modo, el principio de igualdad como igualdad formal en la ley beneficia claramente a los hombres –a consecuencia de su bilateralidad–, y como igualdad de oportunidades en la sociedad no acaba de beneficiar claramente a las mujeres [4]. Curiosamente, el aspecto del principio de igualdad que también beneficia a los hombres está jurídicamente más acabado –y, por ello, es más eficaz– que el aspecto del principio de igualdad que sólo beneficia a las mujeres.

2

Una segunda carencia, aún en trance de superación, se deriva de considerar, de manera más o menos explícita, la situación de los hombres como el modelo objeto de comparación, de ahí el tratamiento excepcional de lo no masculino, como la maternidad que, aún en textos normativos trascendentales [5], se considera una excepción al principio de igualdad. Pero lo más correcto es la creación de un nuevo modelo en donde participen ambos sexos, de ahí la necesidad de transformación de la protección de la maternidad que, de una excepción al principio de igualdad, pasaría a ser un derecho de la mitad de la población, como la paternidad es un derecho de la otra mitad. Garantizar esos derechos supone profundizar en estrategias de actuación tales como la socialización de la maternidad o el reparto con el padre de las cargas parentales [6].



B

El principio de transversalidad

Todas esas carencias del principio de igualdad obligaron al feminismo a un nuevo planteamiento –superador de las tradicionales reivindicaciones particulares y creador de un planteamiento global crítico– que, emparentando con la Teoría Crítica del Derecho [7], se ha bautizado como Teoría Feminista del Derecho, y, que, en su esencia, se expresa en los siguientes términos: si el Derecho es Poder y si el Poder siempre ha sido masculino, el Derecho es una manifestación del pensamiento masculino. Por ello, el Derecho no responde a las necesidades reales de las mujeres, sino a las necesidades que los hombres consideran que tienen las mujeres, y de ahí surge la arraigada creencia de las mujeres en la ineficacia del ordenamiento jurídico para solucionar sus problemas reales –el a veces llamado sentimiento jurídico negativo de las mujeres–.

Varias han sido las propuestas tendentes a desmasculinizar el Derecho [8]. La llamada "woman quaestio" obliga a introducir la visión femenina en la resolución de los conflictos jurídicos para enriquecer la visión masculina. La reconstrucción de la situación jurídica de la mujer obliga a canalizar sus reales necesidades. Pero sin duda la más sólida de las propuestas feministas es el predominio de los derechos sustantivos –de las mujeres– frente a los derechos abstractos –de los hombres– [9]. Determinados derechos, concebidos con carácter de universalidad, suponen, en algunas aplicaciones concretas, la perpetuación de la desigualdad existente en la sociedad, de ahí la necesidad de su revisión crítica. Un ejemplo ha sido la prohibición de la prisión por deudas que, sometida a debate, ha sido excepcionada para admitir el delito de impago de pensiones matrimoniales. Otro es la revisión crítica del ámbito de la privacidad con la finalidad de tutelar a las mujeres frente a las situaciones de violencia doméstica.

Idénticamente a como, en el siglo XIX, la cuestión social –la desigualdad de los obreros– se resolvió con la intervención del Estado, el feminismo, desde las últimas décadas del siglo XX, ha hecho llamamientos al Estado con la finalidad de superar la cuestión femenina –la desigualdad de las mujeres–, surgiendo entonces el llamado feminismo de Estado, orgánicamente expresado en la aparición de organismos oficiales de igualdad –los institutos de la mujer–.

La IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing (1995) [10] supuso el triunfo del llamado feminismo de Estado, y, al respecto, la Plataforma para la Acción enumera, entre "*los mecanismos institucionales para el avance de las mujeres*", el "*integrar la perspectiva de género en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos*", o principio de transversalidad, traducción libre al castellano del neologismo inglés "mainstreaming": los poderes públicos se comprometen en la integración de la dimensión de género en la totalidad de sus ámbitos de actuación, lo que obliga a modificaciones.

1

Modificaciones funcionales al variar la forma de actuar en todas sus fases: la adopción de una decisión necesita un estudio previo sobre su impacto en hombres y mujeres, su ejecución evitará la exclusión de las mujeres y, conforme a estos criterios, la decisión se reexaminará de manera periódica. Cuando se habla de una decisión de los poderes públicos se alude a los actos normativos y a los actos ejecutivos, y, en cuanto los fiscalizan, a los actos judiciales. En definitiva, cualquier acto del legislativo, del ejecutivo o del judicial.

2

Modificaciones orgánicas al obligar a los poderes públicos a actuar coordinadamente, entre sí y con los sujetos privados, surgiendo aquí las dificultades más importantes:

- no siempre es fácil la coordinación dentro de cada ente administrativo y de cada ente con otros entes administrativos;

1 Una explicación detallada de la evolución conceptual en Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer / María Fernanda Fernández López, *Igualdad y discriminación*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

2 Un interesante análisis histórico y jurídico, con contemplación específica del derecho estadounidense, es el de Elisa Sierra Hernaiz, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999.

3 Significativamente, en la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, que he comentado en "El principio de transversalidad en el ámbito de las relaciones laborales", pendiente de publicación en *Relaciones Laborales*.

4 Con relación a la materia de Seguridad Social y respecto al Tribunal de la Unión Europea, lo corrobora Jean Jacqmain en "Egalité entre travailleurs fémenins et masculins", *Journal des Tribunaux*, Bruselas, número 47, 1988.

5 Por ejemplo, el artículo 4 de la Convención de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, o el originario artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976.

6 Tal comprensión de la protección de la maternidad como un derecho de la mujer trabajadora la he desarrollado en *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Serie Estudios, Instituto de la Mujer, Madrid, 2002.

7 Véase más ampliamente, Owen Fiss, "Teoría Crítica del Derecho y Feminismo", en "La crisis del Derecho y sus alternativas", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 3/1995, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

8 Interesantes disquisiciones sobre estos particulares en varios lugares de la interesante obra de Asunción Ventura Franch, *Las mujeres y la Constitución Española de 1978*, Serie Estudios, Instituto de la Mujer, 1999.

9 Principal teorizadora es Catherine MacKinnon, *Hacia una Teoría Feminista del Estado*, con edición española en la Serie Feminismos, Ediciones Cátedra / Universitat de Valencia / Instituto de la Mujer, Valencia, 1995.

10 La *Declaración de Beijing y Plataforma para la Acción*, elaboradas en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing (1995), se han publicado en la Serie Documentos del Instituto de la Mujer, Madrid, 1996.

- se puede llegar a una excesiva fragmentación en la gestión administrativa de las políticas de igualdad;
- dificultades adicionales se pueden derivar de la ausencia de comunicación fluida entre los poderes públicos y la sociedad civil.

El principio de transversalidad, sintetizador de las diversas propuestas surgidas a partir de la Teoría Feminista del Derecho, supone un importantísimo avance, por varios motivos:

- el reconocimiento explícito del principio de transversalidad es el reconocimiento implícito de la masculinidad del ordenamiento jurídico, lo cual justifica su revisión crítica; y
- el principio de transversalidad, fundamento de una revisión global del Derecho, demuestra la insuficiencia en la consecución de la igualdad de los mecanismos tradicionales de tutela antidiscriminatoria –basados en el sexo y de alcance no global–. Por ello, las leyes de igualdad modernas son leyes basadas en el género y necesariamente de carácter global, y, aunque no sustituyen a las leyes clásicas de igualdad, nos obligan a su revisión acomodándolas al concepto de género.

II. LA RECEPCIÓN NORMATIVA DEL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD EN EL DERECHO COMUNITARIO

Sin despreciar la existencia de algún antecedente de integración de la dimensión de la igualdad en las políticas comunitarias –p. ej. la igualdad de oportunidades aparece referida, desde 1993, en la normativa de los Fondos Estructurales–, el principio de transversalidad se consolidó, en el ámbito del ordenamiento jurídico comunitario, a través de la Decisión del Consejo 95/593/CEE, de 22 de diciembre de 1995, relativa a un programa de acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000). La finalidad del programa se denomina expresamente "mainstreaming" y es *"promover la integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la elaboración, ejecución y seguimiento de todas las políticas y acciones de la Unión Europea y de los Estados miembros, dentro del respeto de sus respectivas competencias"*.

Ha sido elevado este principio, en el Tratado de Amsterdam, al Derecho originario, aunque limitándolo a las políticas comunitarias. Al definir los fines de la Comunidad, el artículo 2 incluye, entre otros, la *"igualdad de trato entre el hombre y la mujer"*. Para alcanzar esos fines, el artículo 3, en su apartado 1, contiene una larga enumeración de acciones, donde no aparece ninguna específica referida al fin de la igualdad. No se trata de un olvido, sino de algo bien distinto. En el apartado 2 del artículo 3, se dice que *"en todas las acciones contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad"*. De este modo, el fin de la igualdad no se alcanza a través de una o varias acciones específicas, sino integrándolo en todas las acciones.

Como no podía ser de otro modo, la Decisión del Consejo 2001/51/CEE, de 20 de diciembre de 2000, relativa a un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), se sustenta en los principios derivados de la transversalidad: *"El Programa es uno de los instrumentos necesarios para la puesta en práctica de la estrategia global comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres, que abarca todas las políticas y todas las acciones comunitarias encaminadas a alcanzar dicha igualdad, incluidas las políticas de integración de la igualdad de los sexos y las acciones específicas dirigidas a las mujeres. El Programa coordinará, apoyará y financiará la ejecución de las actividades horizontales en los ámbitos de intervención de la estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre mujeres y hombres"*.

La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, relativa a una Estrategia Marco Comunitaria sobre la igualdad de hombres y mujeres (2001-2005), pretende hacer más operativa y consolidar *"la integración del objetivo de la igualdad en todas las políticas que tengan repercusiones directas o indirectas en las mujeres o en los hombres"*, aunque se añada que *"la persistencia de desigualdades sigue exigiendo la aplicación de medidas específicas a favor de las mujeres"*, para acabar diciendo que *"la estrategia marco propuesta se basa en este enfoque dual"* –enfoque dual transversalidad/acción positiva–.

Al hilo de estas afirmaciones, se explica, muy adecuadamente, el significado de la transversalidad: *"en el diseño y aplicación de todas las políticas hay que tener en cuenta las preocupaciones, las necesidades y aspiraciones de las mujeres, en la misma medida que las de los hombres"*.

Interesa destacar, a efectos expositivos, los ámbitos interrelacionados de intervención dentro de los cuales se agrupan los diversos objetivos operativos:

1º

Promover la igualdad entre hombres y mujeres en la vida económica.

1

Reforzar la dimensión de la igualdad en la estrategia europea de empleo.

11 Una crítica la hice en "El principio de transversalidad y el Derecho de la Seguridad Social", *REDT*, número 106, 2001, donde ya apunté la necesidad de un análisis de género previo a normas jurídicas y actos administrativos.

2

Mejorar la utilización de los fondos estructurales para promover la igualdad.

3

Concebir estrategias para fomentar la integración de la igualdad en todas las políticas que tengan repercusiones sobre la mujer en la economía, como política fiscal, financiera, económica, educativa, de transporte, de investigación y social.

2º

Fomentar una igual participación y representación.

1

Mejorar el equilibrio ente hombres y mujeres en la toma de decisiones políticas.

2

Mejorar el equilibrio entre hombres y mujeres en la toma de decisiones socioeconómicas.

3

Mejorar el equilibrio entre hombres y mujeres en la Comisión Europea.

3º

Promover la igualdad de acceso y el pleno disfrute de los derechos sociales para las mujeres y los hombres.

1

Mejorar el conocimiento y vigilar la aplicación de la legislación existente en el ámbito social –permiso parental, protección de la maternidad, tempo de trabajo, tiempo parcial y contratos de duración determinada–.

2

Supervisar la integración de la perspectiva de género al concebir, aplicar y evaluar las políticas y actividades comunitarias que tienen una repercusión en la vida diaria de mujeres y de hombres, como la política de transporte, la salud pública, las relaciones exteriores, incluidas las políticas de derechos humanos y el programa comunitario de lucha contra la discriminación.

4º

Promover la igualdad entre hombres y mujeres en la vida civil.

1

Proceder al seguimiento de la legislación y la jurisprudencia comunitaria en materia de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

2

Promover los derechos específicos de la mujer como derechos humanos universales.

3

Luchar contra la violencia sexista y la trata de seres humanos con fines de explotación sexual.

5º

Promover el cambio de los roles y estereotipos establecidos en función del sexo.

1

Concienciación sobre la cuestión de la igualdad.

2

Superar los estereotipos tradicionales en y mediante las políticas comunitarias.

Las herramientas y mecanismos necesarios para la ejecución de las políticas de igualdad son los característicos de la transversalidad:

1

Reforzar la cooperación con las autoridades de los Estados miembros competentes en materia de igualdad, y coordinar las actividades.

2

Reforzar la estructura de la Comisión.

3

Reforzar la cooperación entre las instituciones comunitarias.

4

Reforzar el partenariado.

5

Establecer indicadores y criterios de referencia para la evaluación comparativa.

6

Información general, informes y evaluación.

III. DIMENSIÓN DE GÉNERO Y ELABORACIÓN NORMATIVA EN EL DERECHO INTERNO, ¿UN IMPERATIVO COMUNITARIO?

Mientras el derecho comunitario reconoce, en su más elevado rango normativo, el principio de transversalidad, el derecho español –como otros derechos internos de los países miembros– lo desconocía, tanto en su formulación como en sus aplicaciones [11]. Si repasamos nuestro derecho interno observamos, no sólo la ausencia del principio de transversalidad, sino, además, la de su concepto esencial, la dimensión de género. Pero esto ha sido así hasta 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. Tal Ley alude, en su Exposición de Motivos, al *"principio de transversalidad"*, y, tanto en ésta como en su contenido dispositivo, utiliza, en vez del concepto de *"sexo"* –término referido a las diferencias físicas entre hombres y mujeres–, el de *"género"* –término referido a las diferencias sociales asociadas al sexo–.

Además de un correcto uso del lenguaje técnico, la Ley normativiza una aplicación fundamental del principio de transversalidad, como es la integración de la dimensión de género en el proceso de elaboración normativa, tanto legal como reglamentaria, haciéndolo en los términos a continuación expuestos –y haciéndolo además con una entrada en vigor inmediata, *"el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado"*, Disposición Final Única–:

1º

En cuanto a la integración de la dimensión de género en el proceso de elaboración de normas legales, se modifica el apartado 2 del artícu-

lo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en el sentido de que *"el procedimiento de elaboración de anteproyectos de Ley... se iniciará en el Ministerio o Ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente Anteproyecto, que irá acompañado por... un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo"*.

2º

En cuanto a la integración de la dimensión de género en el proceso de elaboración de normas reglamentarias, se añade un segundo párrafo al apartado 1.b) del artículo 24 de la referida Ley 50/1997 en el sentido de que *"en todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en el mismo"*.

Tal normativización de la integración de la dimensión de género en el proceso de elaboración normativa se fundamenta, en la Exposición de Motivos, en diversas fuentes, muchas comunitarias, a las cuales se ha aludido: *"la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer que tuvo lugar en Pekín (Beijing) en 1995... (el) Tratado de Amsterdam... la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000 por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia a seguir en materia de igualdad de hombres y mujeres (2001-2005)..."*. Ninguna de estas fuentes obliga al legislador interno.

Por esa no obligatoriedad de las fuentes citadas en la Exposición de Motivos de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, nos llama la atención la preterición de una fuente comunitaria de la cual dicha Ley sí se pudo presentar como una transposición interna: la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de modificación de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

La Directiva 2002/73/CE establece, a través del nuevo artículo 1.3 de la Directiva 76/207/CEE, que *"los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en el apartado 1"*, limitación de ámbitos que, si algún sentido tiene, lo tiene sólo en el contexto del derecho comunitario, sustentado en los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, y así lo dice el Considerando (23) de la Directiva 2002/73/CE.

Visto este contenido de la Directiva 76/207/CEE, en la redacción de la Directiva 2002/73/CE, y añadiendo, en una consecuencia lógica del fundamento generalista de la transversalidad, que, si se transpusiere esta norma comunitaria en el derecho interno, la transposición debería ser sin limitación de ámbitos, debemos ratificarnos en nuestra inicial afirmación: la Ley 30/2003, de 13 de octubre, se pudo presentar como una transposición de la Directiva 2002/73/CE.

Dicho esto, la Directiva 76/207/CEE, en la redacción de la Directiva 2002/73/CE, nos abre camino a otras reflexiones, en cuanto se obliga a los Estados miembros a adoptar *"las medidas necesarias para garantizar que... se derogue cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa contraria al principio de igualdad de trato"* –artículo 3.2.a) de la Directiva 76/207/CEE–. Aparenta ser una norma igual a los viejos artículos 3.2.a), 4.a) y 5.2.a) de la originaria Directiva 76/207/CEE. Pero una lectura más pausada permite apreciar que, mientras antes se obligaba a adoptar *"las medidas necesarias a fin de que se supriman"*, ahora se obliga a adoptar *"las medidas necesarias para garantizar que se derogue"*, de donde se deduce:

1

No basta con establecer medidas de supresión de las normas discriminatorias, como los controles judiciales de constitucionalidad de las leyes o de legalidad de los reglamentos, siendo necesaria la derogación normativa, instituto jurídico de eficacia general y competencia sólo del órgano normativo.

2

La actuación derogatoria del órgano normativo –el mismo emisor de la norma discriminatoria u otro órgano con poder normativo superior– deberá estar garantizada, no bastando con la obligación de integrar la dimensión de género en la elaboración normativa, debiendo haber una adicional garantía de integración.

Ciertamente, no se establece una concreta garantía, siendo factibles varias opciones, aunque, a nuestro juicio, lo más garantista es la atribución de competencias a los organismos de igualdad a quienes la Directiva 76/207/CEE les encomienda justamente *"formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con discriminación"* –véase su nuevo art. 8 bis 2.c)–.

Todo lo anteriormente expuesto nos permite concluir que, aunque la Ley 30/2003, de 13 de octubre, satisface, en buena medida, las exigencias de las normas comunitarias, quedan algunos flancos abiertos: ¿Supone una garantía suficiente la atribución al órgano administrativo competente de la elaboración de los informes sobre el impacto de género? ¿Qué ocurre con las normas aprobadas antes de la entrada en vigor de la Ley 30/2003, de 13 de octubre? ¿Por qué no se alude a las proposiciones de ley, que, como es sabido, no las presenta el Gobierno, sino el Congreso o el Senado? ¿Acaso la Ley 30/2003, de 13 de octubre, no podía implicar a otros órganos legiferantes, como los de las Comunidades Autónomas vía artículo 149.1.1º y 18º de nuestra Constitución?

No queremos empañar demasiado con estas cuestiones la valoración en términos positivos de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sino simplemente destacar algunas de sus carencias, que se han puesto de manifiesto a través del camino abierto por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de modificación de la Directiva 76/207/CEE, lo cual determina –aún reconociendo la dificultad de concretar a la vista de la generalidad de las exigencias comunitarias– la existencia de algunas dudas sobre la adecuación de dicha Ley a esta Directiva, acaso no tanto usando el baremo de una transposición mínima como usando el baremo de una transposición eficaz.

IV. LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO EN FUNCIÓN DEL GÉNERO

La cuestión clave de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, es cómo se realiza *"un informe sobre el impacto por razón de género en las medidas que se establezcan (en el anteproyecto de ley o en el reglamento administrativo)"*, y a solucionar esa cuestión nos ayuda su propia Exposición de Motivos donde se alude a una *"Guía para la evaluación del impacto en función del género"* elaborada por la Comisión de la Unión Europea, explicando que *"(fue) diseñada para proyectarse en el seno de la Comisión con objeto de evitar consecuencias negativas no intencionales que favorezcan situaciones de discriminación y para mejorar la calidad y la eficacia de las políticas comunitarias"*. A pesar de la proyección hacia ese funcionamiento interno, no cabe duda –y ello explica su alusión en la Exposición de Motivos de la Ley 30/2003, de 13 de octubre– de su utilidad a los efectos de la realización de *"un informe sobre el impacto por razón de género en las medidas que se establezcan (en el anteproyecto de ley o en el reglamento administrativo)"*.

Tal Guía se estructura en cuatro apartados, el I, titulado *"introducción"*, el II, titulado *"los conceptos básicos"*, el III, titulado *"pertinencia con respecto al género"*, incluyendo un subapartado sobre *"comprobación de la pertinencia con respecto al género"*, y el IV, titulado *"evaluación del impacto en función del género"*, incluyendo un subapartado sobre *"criterios para la evaluación del impacto en función del género"*, y rematando con *"algunos ejemplos"*.

Nos centraremos, sin perjuicio de recomendar la lectura íntegra de la Guía, en los dos subapartados incluidos en los apartados III y IV donde se resumen los pasos a realizar en la evaluación del impacto en función del género:

1º

Comprobación de la pertinencia con respecto al género. *"En un proceso de integración de la perspectiva de género en el conjunto de las políticas, el primer paso consiste en ver si la dimensión de género es pertinente para la política en cuestión. Para ello es necesario disponer de datos desagregados por sexo, estudiarlos y plantearse las cuestiones apropiadas:*

1

¿La propuesta va dirigida a uno o a más grupos objetivo? ¿Afectará a la vida diaria de una o varias partes de la población?

2

¿Existen en este ámbito diferencias entre las mujeres y los hombres (por lo que se refiere a los derechos, los recursos, la participación, las normas y los valores vinculados a la pertenencia a un sexo)? Si la respuesta a cualquiera de estas dos cuestiones es positiva, la dimensión de género es pertinente. Entonces hay que evaluar el impacto potencial de la propuesta en los hombres y en las mujeres".

2º

Criterios para la evaluación del impacto en función del género. Un criterio se construye sobre las *"diferencias entre las mujeres y los hombres en el ámbito en cuestión, por ejemplo:*

1

la participación: desglose por sexo del grupo o grupos objetivos; representación de mujeres y hombres en los puestos de toma de decisiones;

2

los recursos: distribución de recursos cruciales como tiempo, espacio, información y dinero, poder político y económico, educación y formación, trabajo y carrera profesional, nuevas tecnologías, servicios de asistencia sanitaria, vivienda, medios de transporte, ocio;

3

las normas y los valores que influyen sobre los roles tradicionales establecidos o la división del trabajo en función del sexo, las actitudes y comportamiento de las mujeres y hombres, respectivamente, así como las desigualdades en el valor que se concede a los hombres y a las mujeres o a las características masculinas y femeninas;

4

los derechos para hacer frente a la discriminación directa o indirecta, los derechos humanos (incluida la libertad frente a toda violencia de naturaleza sexual o de connotaciones sexistas que afectan a la dignidad) y el acceso a la justicia en un entorno jurídico, político o socioeconómico". Otro criterio se construye sobre la interrogante concreta de "cómo pueden las políticas... contribuir a eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad... en cuanto a las tasas de participación, la distribución de los recursos, las prestaciones, tareas y responsabilidades en la vida pública y privada, la consideración y la atención que se prestan al hombre y a la mujer, a las característi-

cas masculinas y femeninas, en cuanto al comportamiento y las prioridades".

"Algunos ejemplos" es el epígrafe final de la Guía, y, en concreto, se alude a tres ejemplos. Uno referido al sector de los transportes, *"un sector aparentemente neutro... (aunque) un examen más atento pone de manifiesto diferencias sustanciales entre mujeres y hombres en cuanto a las modalidades de utilización y acceso a los medios de transporte públicos y privados: las mujeres tienen acceso a un coche particular con menos frecuencia que los hombres, y utilizan más los transportes públicos".* Otro referido al trabajo a tiempo parcial donde [12] *"hay que tener en cuenta las diferencias entre hombres y mujeres por lo que respecta al tiempo consagrado a un trabajo remunerado y a otro no remunerado".* El último se refiere a *"plantearse seriamente la desegregación del mercado de trabajo"*, buscando la eliminación tanto de la segregación horizontal –fomentando la contratación de mujeres en los sectores masculinizados y la de hombres en los feminizados– como de la segregación vertical –el techo de cristal impeditivo del acceso de las mujeres al mando–.

V. DIMENSIÓN DE GÉNERO Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS

La integración de la dimensión de género en la elaboración normativa determina algunas importantes consecuencias sobre la aplicación de las normas. Una consecuencia se alcanza sin demasiado esfuerzo argumental: el informe sobre el impacto por razón de género de las medidas establecidas en la norma legal o reglamentaria se incorpora al expediente normativo y, en consecuencia, se configura como uno de *"los antecedentes... legislativos"* que, de acuerdo con el artículo 3, apartado 1, del Código Civil, es un elemento de la interpretación.

Conviene matizar que, como antecedente legislativo, el valor hermenéutico del informe sobre el impacto de género depende

1

de si el informe se sustenta en una correcta evaluación del impacto en función del género o si se ha realizado con ligereza, simplemente cubriendo un trámite formal a veces con el expediente de negar la existencia de impacto alguno, y

2

de si, aún supuesta la corrección del informe, éste ha influido en el texto final de la norma, ya que, aunque se trata de un trámite preceptivo, el informe nunca se puede considerar vinculante.

Aún hay otra más profunda consecuencia sobre la aplicación de las normas derivada de la integración de la dimensión de género en la elaboración normativa a través de la Ley 30/2003, de 13 de octubre: si el legislador eleva la dimensión de género a un elemento a considerar en la elaboración normativa, está asumiendo la transversalidad como una finalidad buscada y, además, como una finalidad buscada por todas y cada una de las normas del ordenamiento jurídico, que, sin distinción alguna, se aplicarán desde la perspectiva de género.

Mediante la transversalidad, la totalidad del ordenamiento jurídico aparece impregnado del objetivo de la igualdad de los sexos, de modo que, cada norma jurídica, aparte de cuál sea su concreta finalidad, ostentará la finalidad adicional de consecución de ese objetivo de la igualdad de los sexos, o, dicho más sencillamente, todas y cada una de las normas jurídicas –no sólo las tradicionales normas antidiscriminatorias, es decir las leyes de igualdad clásicas– se convertirán en mecanismo de consecución de la igualdad de los sexos.

De este modo, las leyes de igualdad modernas no se limitan a regular los aspectos de tutela antidiscriminatoria, sino que, en consonancia con el principio de transversalidad, derogan o modifican aquellas normas jurídicas susceptibles de crear desigualdades e introducen otras normas jurídicas susceptibles de fomentar la igualdad de los sexos. Una regulación penal de los delitos sexuales no transmisora de estereotipos –un ejemplo sencillo: evitando la impunidad de la violación en el matrimonio– es una ley de consecución de igualdad de los sexos.

En resumen, la aplicación de las normas debe buscar el objetivo de la igualdad de los sexos, examinando no sólo lo asépticamente jurídico, sino, y como elemento básico de la interpretación, el resultado de la aplicación sobre la realidad del género, y esto, a la vista de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, se convierte en *"espíritu y finalidad"* de todas y cada una de las normas del ordenamiento jurídico, lo que, como asimismo establece el artículo 3, apartado 1, del Código Civil, es uno de los elementos de la hermenéutica jurídica.

Tal aspecto de la interpretación –elemento teleológico– supera las carencias de la utilización hermenéutica del informe sobre el impacto de género como antecedente legislativo –elemento histórico– porque, al margen de la corrección de la evaluación del impacto en función del género y de la influencia del informe sobre la norma definitivamente aprobada, e incluso al margen de si la norma ha sido elaborada con o sin ese informe sobre el impacto por razón del género, la perspectiva de género se debe considerar en la aplicación de la norma.

12 Sobre las conexiones entre el trabajo a tiempo parcial y la discriminación por razón de sexo, *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, que he escrito con Jaime Cabeza Pereiro, Editorial Comares, Granada, 1999.

Matrimonios simulados: de conveniencia, blancos, nulos

PROBLEMÁTICA SOBRE SU INSCRIBIBILIDAD ANTE LA DUDA DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO

LA DOCTRINA DE LA DGRN EN TORNO AL TEMA

Por Mª Lourdes Martínez de Morentin Llamas.
Profesora Ayudante Dr.
Facultad de Derecho. Zaragoza

1. INTRODUCCION

Son, en general, matrimonios simulados todos aquellos en que los que aparentan contraer matrimonio se ponen expresamente de acuerdo, con la misma intención fraudulenta de engañar a los demás, en no aceptar los fines matrimoniales o, lo que es lo mismo, el cumplimiento de las obligaciones, y el ejercicio de los derechos correlativos que del matrimonio se derivan. Esta clase de matrimonios son nulos por aplicación de lo dispuesto en el art. 73-1º del Código Civil. Las finalidades pueden ser tan diversas como la subrogación en una vivienda, la obtención de un permiso de residencia o la adquisición de la nacionalidad mediante residencia en el corto tiempo de un año (art. 22 CC), un supuesto este último como se verá a continuación, bastante corriente.

Una película interpretada por actores bien conocidos, *Matrimonio de conveniencia*, sacaba a la luz la realidad de la celebración de no pocos matrimonios, en los que lo que se persigue es un fin bien distinto del compromiso de vida en común derivado del matrimonio, es decir, la adquisición de la nacionalidad por parte de uno de ellos, en concreto la que ostenta el otro "contrayente".

Por otra parte no parece sorprender demasiado noticias como la referida por el diario ABC del sábado 22 de noviembre de 2003. En él, un artículo titulado también "Matrimonio de conveniencia" relata un caso real: la existencia de mafias que previo pago-cobro prestan el DNI de un nacional de un país africano que previamente ha adquirido la nacionalidad española por residencia, para casarse con un nacional de su propio país y así proveerle de la misma nacionalidad: la española. Como hasta la fecha no existe centralización de datos en el Registro Civil, se da el caso, como el que aparece en ese *diario*, de que la persona que aporta sus papeles de nacionalidad española se casa no una, sino varias veces con distintas personas, en distintos lugares, sin que haya podido hacerse nada al respecto para evitar dichas situaciones. En el caso que refiero se trata de una mujer que se casa con tres hombres diferentes sucesivamente. Celebran el matrimonio, lo inscriben, y se va cada uno por su lado.

A la vista de situaciones como las referidas, y debido a la cada vez mayor frecuencia con que se dan estos supuestos en la práctica, parece interesante tratar de los matrimonios simulados [1].

2. DOCTRINA GENERAL SOBRE LA SIMULACIÓN

En general [2] existe simulación cuando se finge celebrar un negocio jurídico sin que se desee igualmente que surtan los efectos propios del mismo. La declaración de voluntad que se exterioriza y la declaración que se mantiene secreta entre los agentes del negocio es discrepante. En la simulación, la declaración ficticia o aparente, que se exterioriza, tiende a realizar un negocio y la declaración real o verdadera, que se mantiene secreta, tiende precisamente a dejar la primera sin efecto. La simulación es un fenómeno muy frecuente en la experiencia jurídica, tal y como se pone de relieve por la abundante jurisprudencia relativa sobre la materia, y se estructura sobre tres elementos fundamentales: una intención disimulada que se exterioriza a todos; una intención simulatoria, lograda mediante un compromiso entre quien hace la declaración y quien la recibe; y una expresión simulada de una voluntad que no existe o que existe con un alcance distinto.

El acuerdo simulatorio tiene siempre por objeto engañar a los terceros, puesto que a través del mismo se conviene la celebración de un negocio para alcanzar una finalidad distinta de la que es propio perseguir mediante el negocio aparentemente celebrado. Aunque la simulación del matrimonio no figura específicamente entre los supuestos invalidantes de las nupcias señalados en el Código Civil (a diferencia de lo que se preveía en el pro-

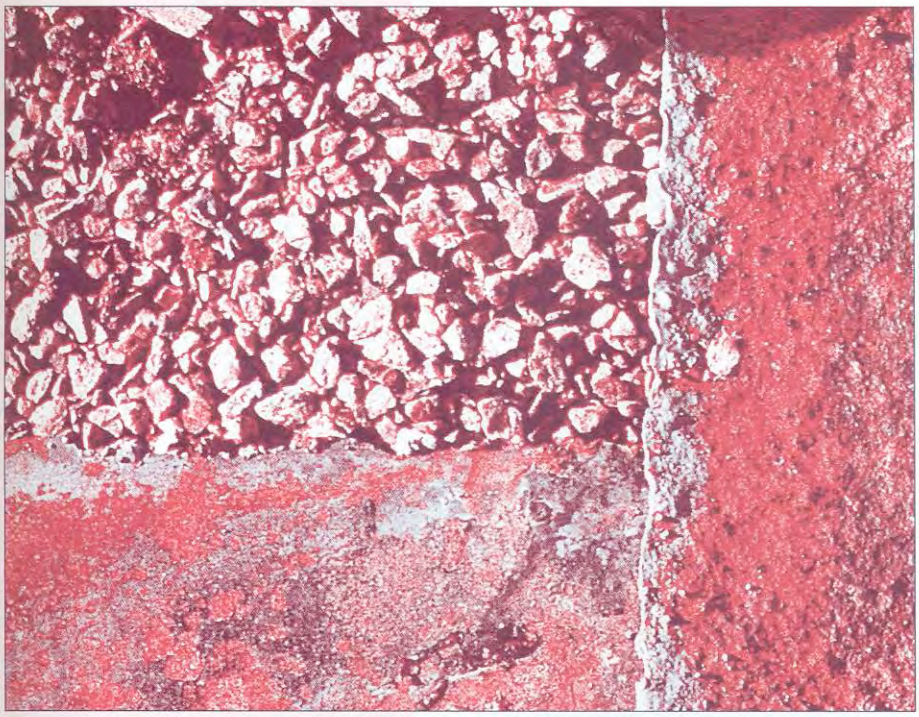
1 Sobre este tema, aunque desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, existe un trabajo titulado "Matrimonios por conveniencia" de la profesora P. DIAGO DIAGO publicado en la *Revista jurídica Actualidad civil*, nº 14, semana 1-7 abril 1996 (1996-2, 329-347), que por su interés, es de obligada consulta.

2 LACRUZ, J.L. *Elementos de Derecho civil I* Parte general, vol. 3º, Madrid, Dykinson 2ª edic. 2003, pp. 180-186.

3 Se hacía necesario afirmar desde la constatación de la realidad la simulación como causa de nulidad, por no parecer lógico que se considerara verdadero y válido matrimonio una mera apariencia del mismo, confeccionada con una finalidad diversa –y, por lo mismo, fraudulenta– de la que persigue el matrimonio, que es el establecimiento de una comunidad de vida.

4 LACRUZ, J.L. *Elementos*. cit. p. 185.

5 Por todos ROMERO COLOMA, A. Mª., *El matrimonio y sus crisis jurídicas: problemática civil y procesal*, Barcelona, Serlipost, 1990; GARCÍA CANTERO, G. en "Comentario al art. 45" e igualmente "Comentario al art. 73-1º" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo, Tomo II, Madrid, Edersa, 1982, 2ºedición, pp. 60-65 y 213-219 respectivamente, con bibliografía extranjera sobre todo italiana; y "Nulidad de matrimonio" en *Actualidad Civil* (AC), 1993-3, pp. 535-554. Ya con anterioridad a la reforma, el prof. GARCÍA CANTERO había defendido la relevancia de la simulación en nuestro Derecho en *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, CSIC, 1959, pp. 173 y ss., con abundante bibliografía. También del mismo autor "La simulación del consentimiento en el matrimonio civil según la reciente doctrina y jurisprudencia italianas" en *Anuario de Derecho Civil* (ADC) 10, 1957, pp. 819-834. Casi coincidiendo con la reforma trata de este tema ARECHEDERRA L. "La simulación en el matrimonio civil" en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1980, p. 179-200. Por su parte ESPIN, conforme a la nueva normativa expresó en su momento que el texto vigente permitía alegar la simulación como causa anulatoria al ser evidente la falta de consentimiento de que adolece el matrimonio simulado, añadiendo que esta causa precisaría de un desarrollo jurisprudencial. Véase ESPIN, *Manual de Derecho civil español*, IV, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1981, p. 77. Por su parte LUNA en *Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, p. 137 sostiene que la falta de consentimiento matrimonial comprende diversos supuestos alcanzando también a la simulación matrimonial. En el mismo sentido SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia conforme a las leyes de 13 de mayo 1981 y 7 julio 1981*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, p. 154 y 200, y ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de Familia*, Barcelona 1982, p. 93.



yecto gubernativo que desembocó en la Ley de reforma de 7 de julio de 1981 [3]), sin embargo en realidad, en palabras de Lacruz [4], la invalidez del matrimonio simulado está comprendida en la falta de consentimiento matrimonial a que se refiere el art. 73-1° CC. De la misma manera opina la mayor parte de la doctrina [5].

3. LA DOCTRINA DE LA DGRN SOBRE LOS MATRIMONIOS SIMULADOS

Para ahondar sobre estas cuestiones es interesante la consulta de la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) [6], de donde se desprende que este fenómeno se constata como tal, en determinado momento. En concreto a partir de 1996 (o al menos hay constancia de la toma de postura por parte de esa Dirección General a partir de esa fecha). Ello puede deberse entre otros factores, a que en ese determinado momento se haya dado una mayor afluencia de inmigrantes que desean regularizar su situación en nuestro país, adquiriendo la nacionalidad a través de un matrimonio simulado. A partir de esa fecha se encuentran resoluciones; al principio son escasas, pero ya en 2002 se puede hablar de un número considerable de resoluciones sobre este particular.

La cuestión es complicada. Se trata de que el Encargado del Registro Civil inscriba como perfectamente válidos matrimonios en los que se plantea la cuestión de su nulidad en base a la falta de consentimiento matrimonial para realizarlo. Entran en juego diversas normativas aplicables que se referirán a continuación, pero en todo caso, frente la dificultad probatoria que presentan algunos supuestos, se opta por la admisión de presunciones. Ante la duda se opta por la presunción de buena fe de los contrayentes y por la admisión de la inscripción del matrimonio, en base a que el *ius nubendi* es un derecho inalienable de la persona.

4. NORMATIVA APLICABLE

Resulta apropiado exponer aquí algunas consideraciones sobre el tema analizando el *Resumen* que anualmente realiza Díaz del Corral de la *Doctrina de la DGRN* sobre el estado civil. En concreto el del año 1996 [7] en donde se trata del expediente previo a la celebración del matrimonio civil y matrimonio de españoles en el extranjero [8].

Este autor sostiene [9] que además de la Ley de Registro Civil (LRC) [10] y su Reglamento (RRC), hay que tener en cuenta la Instrucción de 9 de enero de 1995 dictada para evitar los supuestos de verdadero fraude [11]. También son aplicables como disposiciones vigentes la publicación en los BOE de 21 y 22 de julio de 1994 de los Convenios números 3 y 23 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), a los que se ha adherido España, aunque la aplicación práctica de estos convenios parece requerir alguna norma complementaria [12]. La Orden Ministerial (OM) de 20 de julio de 1994 (BOE 28 julio), delega en el Director General de los Registros y del Notariado determinadas facultades del Ministro de Justicia e interior, tales como: resolución de los expedientes de adquisición de na-

6 Un período de 20 años me parece suficientemente representativo para poder elaborar una teoría. Aunque no se encuentra nada en el repertorio consultado entre los años 1985 a 1996, sí a partir de esa última fecha y hasta nuestros días. Las fuentes consultadas son: *Anuario de la Dirección General de Registros y del Notariado*, vols. 1996-2003, *Actualidad civil*, apartado relativo a Registro civil 1984-2003, *Revista General de Derecho* 1987-1994 y el *Boletín del Servicio de estudios registrales de Cataluña*, marzo-abril, 2004.

7 *Actualidad Civil*, tomo 1997-3, pp. 585-621. Sobre todo 611-612.

8 Sobre este tema puede verse, DÍEZ DEL CORRAL, J. *Lecciones prácticas sobre Registro civil*, Madrid, 1993, 3ª edic., donde se contienen los criterios sistemáticos para agrupar las Resoluciones.

9 DÍEZ DEL CORRAL, J. "Resumen de la doctrina de la DGRN sobre el estado civil durante el año 1994", *Actualidad Civil*, 1995-3, p. 556.

10 Ley de 8 de junio de 1957, que por otra parte está necesitada de una reforma total ya que ha sido únicamente objeto de una modificación mínima en 1994 (ley 20/1994, de 6 de julio, BOE 7 de julio), donde se le da nueva redacción al art. 54 LRC para admitir la imposición a españoles de nombres extranjeros.

11 El contenido y comentario detallado sobre dicha Instrucción de 9 de enero de 1995 ha sido realizado por DIAGO P, puede consultarse en "Matrimonios por conveniencia" cit. p. 342-347.

12 Se refieren a la comunicación al Registro Extranjero de datos relativos a nacimiento, inscripción de matrimonio y defunción de las personas.

cionalidad española por residencia, de dispensas matrimoniales, autorización de matrimonio secreto, y cambio y conservación de nombres y apellidos. Por otra parte, los artículos 9 LRC y 41 RRC preven que los jueces encargados del RC están sometidos jerárquicamente al Ministerio de Justicia e Interior (llamado así en aquel momento) y a la DGRN, por lo que en el ámbito registral no son independientes. Sus funciones registrales son un añadido a las judiciales (art. 2 LO 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial), por lo que su independencia sólo es aplicable respecto de estas últimas.

5. EXAMEN PARTICULAR DE ALGUNAS RESOLUCIONES MÁS REPRESENTATIVAS

Pero veamos la relación de Resoluciones de la DGRN en torno a estas cuestiones. El estudio caso por caso es de gran interés al revelar que aunque la doctrina aplicable es idéntica, los resultados son distintos en virtud de los hechos referidos y ante la dificultad probatoria de los hechos enjuiciados. Todos los supuestos tienen en común que, o bien tratan de la inscripción de matrimonio celebrado en el extranjero, o de autorización de matrimonio civil, y que ante la duda se opta por la inscripción. Teniendo en cuenta lo anterior, y para proceder al análisis propuesto, se puede partir de la resolución (R) 3ª 27 abril 1996 (BMºJusticia, 15 julio)[13]. En ella se hace patente la necesidad del trámite de la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente ante el instructor, (prevista en el expediente previo), exigencia ineludible para entregar el correspondiente certificado de capacidad matrimonial e impedir la realización de los llamados matrimonios de complacencia. Si la duda sobre la concurrencia de un obstáculo que vicie el consentimiento matrimonial surge en el momento de la entrevista, ha de prevalecer el *ius nubendi*, tal y como se deduce de los Fundamentos de Derecho de prácticamente la totalidad de las resoluciones examinadas.



De la misma manera sienta doctrina básica la Resolución 3ª, 20 de septiembre 1996 (BMºJusticia, de 1 de marzo)[14]. Encabezan dicha resolución los siguientes epígrafes:

Matrimonio de complacencia. Nulidad por falta de verdadero consentimiento matrimonial. Importancia del trámite de la audiencia personal, reservada y por separado, de cada contrayente ante el Instructor, prevista dentro del expediente previo. Uso de la prueba de presunciones para llegar a la convicción de la simulación del matrimonio.

Este largo epígrafe se convierte en un estereotipo que se encuentra en casi todas las resoluciones, y puede servir como ejemplo de la postura mantenida por la DGRN hasta la fecha.

Se trata de matrimonio civil contraído el 22-1-1996 entre el señor J.A.R.H. de nacionalidad española, y P.G.C. de nacionalidad dominicana y vecina de Santo Domingo ante la autoridad local que lo autorizó en esa ciudad. Con fecha 31-1-1996 el ciudadano español presentó en el Registro Civil Consular español en Santo Domingo hoja, declaración por él mismo suscrita, para que el citado enlace fuera inscrito. El 9-5-1996, el

13 *Actualidad Civil*, tomo 1997-1.

14 *Actualidad Civil*, tomo 1997-3, p. 214; o bién p. 2128 del *Anuario de la DGRN*, 19

15 Llamados matrimonios blancos, en la termi gía francesa. Además de otros aspectos y sol terminología, véase DIAGO P. "Matrimonio conveniencia", cit. p. 330.

16 La *Instrucción* parte de la constatación de d chos: por una parte el aumento de matrim mixtos, en concreto de aquellos que se con entre español domiciliado en España con e jera domiciliada fuera de España, y por o sospecha de que por medio de estos enla que se pretende exclusivamente es facilitar trada y estancia en territorio español de súb extranjeros. Esta sospecha, como acertadar previene P. Diago en "Matrimonios por c niencia", cit. p. 343, entra de lleno en el l do Derecho de Extranjería, y es por esto qu prende a la autora una Instrucción sobr tema. No obstante, hay que tener en cuen mo la misma Instrucción señala, que pese la DGRN no tiene competencia sobre est teria, sí que la tiene para dictar Instruccion bre el Registro Civil y por tanto sobre la t tación del expediente previo a la celebraci matrimonio, y es por esta vía por la que v fluir en un tema de extranjería. Tal y como la P. Diago, existen precedentes de Instruc de la DGRN que repercuten en problemas tranjería como por ej. la de 22 de marzo de Sobre estos temas es conveniente la consu CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, *Glob ción y Derecho*, 2003, Colex. Del mismo au *tatuto personal y multiculturalidad de la fa* 2002, Colex; y de P. JUAREZ PÉREZ, *un Derecho Internacional privado intercu* Por su parte Orejudo, Patricia, en el *Anu Derecho Internacional* examina diferentes luciones de la DGRN en torno a estos ter

Cónsul General de España en Santo Domingo denegó la inscripción pedida al estimar que de lo actuado se ponía de manifiesto la inexistencia de un claro consentimiento matrimonial evidenciado por datos tales como la falta de previo conocimiento o de convivencia mutua entre los interesados, concluyendo que el enlace constituía un negocio simulado con alguna finalidad extraña a la institución matrimonial.

El contenido de los **fundamentos de Derecho**, que reproduzco a continuación, es muy interesante:

1º

Vistos los arts. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 17 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, sobre protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York de 19 de diciembre de 1966 de derechos civiles y políticos; 10, 14 y 32 de la Constitución Española; 3, 6, 7, 44, 45, 49, 56, 65, 73, y 1253 del Código civil; 54, 85, 246, 247, 256, 257, 354 y 355 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995, y las Resoluciones de 9-2º de octubre y 3 y 17 de diciembre de 1993, 20-2º de enero, 30 de mayo y 22-1º de noviembre de 1995 y 8 de enero, 22 de marzo, 27-3º de abril, 26-1º de junio y 18-3º de julio de 1996.

2º

El problema de los llamados matrimonios de complacencia [15] es un fenómeno común en los países sometidos a una fuerte inmigración y que ha dado lugar a una reciente Instrucción de carácter general de este Centro Directivo de 9 de enero de 1995 [16]. Mediante estos enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio, sino que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, a los efectos especialmente de facilitar la entrada o de regularizar la estancia en territorio nacional o de obtener más fácilmente la nacionalidad del otro cónyuge aparente.

3º

El matrimonio de complacencia es, sin duda, nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1 CC). Por exigencias del principio de legalidad ha de evitarse, pues, en la medida de lo posible la autorización por los funcionarios españoles competentes de estos matrimonios simulados y a estos efectos cobra especial importancia, como ha puesto de relieve la Instrucción citada, el trámite de la audiencia personal, reservada y por separado, de cada contrayente, prevista en el art. 246 del RRC. Dada la normal ausencia de pruebas directas de la voluntad encubierta, esa audiencia, junto con otros datos objetivos, puede servir para deducir de los hechos probados la convicción en el instructor del expediente de la simulación a través de la prueba de presunciones (art. 1253 CC).

4º

Como viene señalando este Centro Directivo a partir de la Resolución de 30 de mayo de 1995, también en los matrimonios celebrados por un español en el extranjero conforme a la *lex loci* la inscripción de estos matrimonios en el Registro español competente está sujeta a la calificación por el Encargado de la eventual ausencia de consentimiento matrimonial. Por aplicación del art. 65 del Código Civil el Encargado debe comprobar antes de la inscripción si concurren los requisitos legales –sin excepción alguna– para la celebración del matrimonio y este precepto ha sido desarrollado por los art. 256 y 257 del RRC, redactados por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto. Resulta así que el matrimonio que conste por "certificación expedida por autoridad, o funcionario del país de celebración" (art. 256.3 RRC) es inscribible, "siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española", siendo título para practicar la inscripción "el documento expresado y las declaraciones complementarias oportunas". Puesto que estas declaraciones complementarias integran el título inscribible de ellas puede en ocasiones deducirse –lo mismo que puede suceder en el trámite previo de la audiencia– la falta de real consentimiento matrimonial, lo que ha de llevar consigo la denegación de la inscripción.

5º

Ha de insistirse en todo caso que tanto por la presunción general de buena fe como porque el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona, es necesario que la convicción del fraude se forme en grado de certeza moral en el juicio de quien deba decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido. Ahora bien, en este supuesto concreto hay una serie de hechos acreditados, como son que ambos contrayentes sólo se conocieron y se vieron tres días antes de la boda celebrada en forma local; que ella ignora datos elementales sobre la vida de él y nunca ha viajado a España; que él es la primera vez que ha viajado a la República Dominicana y, sin conocer a la interesada, vino provisto de certificado de nacimiento y de fe de soltería, y que otro español, domiciliado en el mismo piso de Teruel, hizo el viaje con el actual contrayente para contraer matrimonio en análogas condiciones con otra nacional dominicana.

6º

De estos hechos acreditados es una deducción fundada según las reglas del criterio humano (art. 1253 CC) la de que el matrimonio es nulo por simulación, como así lo han apreciado el Canciller del Consulado en funciones de Ministerio Fiscal (art. 54 RRC) y el Encargado del Registro Consular, los cuales, por su inmediación a los hechos, son quienes más fácilmente pueden formar su convicción al respecto.

7º

No siendo suficientes las presentes actuaciones para inscribir el matrimonio, la vía registral del expediente previsto en el art. 257 del Reglamento queda de hecho impedida, pues no habrá otros elementos de juicio que pudieran sustentar una conclusión distinta de la obtenida en momentos más próximos cronológicamente a la celebración del matrimonio, de modo que el principio de economía procesal (cfr. art. 354 RRC) aconseja prescindir de ese camino.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, desestimar el recurso, dejando a salvo la vía judicial ordinaria.

6. OTRAS RESOLUCIONES. DISTINTOS SUPUESTOS DE HECHO E IDÉNTICOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

La 5ª de 20 septiembre 1996 (BMºJ 1 de marzo) de contenido idéntico al anterior [17].

La R 1ª, 18 de octubre 1996, (BMºJ, 15 de mayo) [18] trata también de un matrimonio celebrado ante la autoridad local entre español y dominicana, en la ciudad de Santo Domingo. Nuevamente el mismo epígrafe: *Matrimonio de complacencia. Facultad del Encargado del Registro Civil Consular para calificar la falta de consentimiento matrimonial respecto de un matrimonio ya celebrado por un español en el extranjero según la forma autorizada por la lex loci*. El *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, por ello, en casos de duda, es preferible no poner trabas a la inscripción del enlace.

Los fundamentos de derecho casi reproducen los anteriores en su totalidad, salvo en que entre las resoluciones de la DGRN se incluyen las de 20 de septiembre de 1996 3ª y 5ª que son las anteriormente referidas, y el art. 23 y 73 de la LRC. Unicamente se añade en el Segundo que la lucha contra el fraude en el Registro Civil se plantea con especial incidencia en el tema de autorización o de la inscripción de los llamados "matrimonios blancos" o de complacencia, fenómeno muy común en los países con un elevado índice de inmigración, que ha dado lugar a diversas medidas en el Derecho comparado y también, en el ámbito de su competencia, a una reciente Instrucción de carácter general de este Centro Directivo (se refiere a la de 9 de enero de 1995 ya mencionada). Es indudable que un enlace de esta clase habrá de ser reputado nulo en nuestro derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial. Ahora bien la cuestión surge acerca de cómo constatar esta ausencia de consentimiento, puesto que como ocurre en todas las hipótesis de simulación, es muy raro que existan pruebas directas de la voluntad simulada, de modo que descubrir la verdadera voluntad encubierta de las partes es una tarea difícil en la que juega un importante papel la prueba de la presunción judicial, para cuyo éxito "es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" (1253 CC). Por otra parte ha de tenerse en cuenta que existe una presunción general de buena fe y de que el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona reconocido a nivel internacional y constitucional, de modo que la convicción de la simulación y del consiguiente fraude ha de llegar a formarse



17 *Anuario de la DGRN*, 1996 p. 2134.

18 *Actualidad Civil*, 1997-3.

19 El expediente previo al matrimonio cuando un de los contrayentes está domiciliado en el e tranjero, tiene como objeto dar mayor public dad a unas normas contenidas en el Reglament del Registro Civil (RRC) con la finalidad de ev tar celebrar matrimonios nulos. Esas normas si ven para comprobar que los futuros cónyug pueden contraer matrimonio ya que reúnen l requisitos necesarios para ser conforme a der cho.

20 Es interesante al respecto, la lectura del *Anua de la DGRN* pues se contiene no un extracto no íntegramente las Resoluciones; allí con toc lujo de detalles a la vez que se refiere el supue to concreto, se incluye el acta completa del tr mite de audiencia reservada donde consta lit ralmente las preguntas y respuestas que realizaron para despejar cualquier tipo de duc sobre la realidad del matrimonio.

21 *Anuario de la DGRN*, 1996, pp. 2314, 231 2324. La primera, ante la duda, opta por la i cripción del matrimonio. En las otras claram te se advierte que se trata de simulación.

22 Idem, Registro civil, p. 278 o también *Anua de la DGRN*, 1996, p. 2354. Ante la duda se (ta por la inscripción.

23 Resolución idéntica es la 3ª de 23 octubre 19 (BMºJ 15 de junio) o *Anuario de la DGR* p. 2360; en ambas se trata de la inscripción matrimonio entre español y dominicana.

24 *Actualidad Civil*, 1998-1, Registro Civil, p.

25 Idem p. 57 o *Anuario de la DGRN*, 19 vol. II, p. 2535.

en un grado de certeza moral en el juicio de quien deba decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido.

¿Tiene facultades el Encargado del Registro Civil para enjuiciar sobre la falta de consentimiento matrimonial?

Sobre la base de las consideraciones anteriores, el primer problema que debe abordarse es el relativo a si el Encargado del Registro Civil Consular está facultado para calificar la falta de consentimiento matrimonial respecto de un matrimonio ya celebrado por un español en el extranjero según la *lex loci* (art. 49.2 CC).

No hay duda de que en el expediente previo al matrimonio el Encargado del Registro Civil puede apreciar la falta de consentimiento matrimonial, así como cualquier otro obstáculo o impedimento para el enlace (56.1 CC, 245 y 246 RRC y la Instrucción de 9 de enero de 1995), y en tal caso, sin perjuicio del recurso oportuno, debe denegar la celebración (247 RRC)[19]. Pues bien, igualmente cuando el matrimonio se ha celebrado ya en la forma extranjera permitida por la *lex loci*, el encargado del Registro en que se solicita la inscripción está facultado para calificar la ausencia de consentimiento matrimonial. En efecto el art. 65 CC ordena al encargado del Registro antes de practicar la inscripción que compruebe si se dan los requisitos legales para la celebración del matrimonio, y esta comprobación a la que ya aludía el art. 73 de la LRC ha sido desarrollada tras la reforma del CC en 1981 por los artículos 256 y 257 del RRC, modificados por RD 1917/1986, de 29 de agosto. De modo que el matrimonio que conste por certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (256.3 RRC) es inscribible siempre que no haya dudas en la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la Ley española, siendo título para practicar la inscripción el documento expresado y las declaraciones complementarias oportunas. El Reglamento sigue en cuanto a la inscripción matrimonial, las mismas reglas que para cualquier otra clase de inscripción sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros. Por consiguiente deben comprobarse todos los requisitos, entre ellos la existencia de real consentimiento matrimonial[20].

Resoluciones parecidas son la 2ª, 3ª y 4ª de 18 de octubre de 1996 (BMºJ, 15 de mayo)[21].

7. LA ÚNICA POSIBLE DIRECCIÓN DOCTRINAL

La doctrina vertida por la R 2ª de 23 de octubre de 1996[22] es de gran importancia e introduce un factor novedoso: la vehemencia contenida en el fundamento de derecho noveno. Trata de la autorización de matrimonio civil celebrado en el extranjero entre español y dominicana. Dicha resolución resalta que no puede llegarse a la conclusión que llega el encargado del Registro Civil Consular de denegar la inscripción pedida en base a considerar que se está ante un matrimonio de complacencia por faltar un claro consentimiento matrimonial, y por lo tanto tratarse de matrimonio nulo, ya que en virtud del Fundamento de Derecho octavo no cabe presumir en base a los hechos allí descritos un negocio jurídico simulado con fines migratorios. El noveno: "el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, consagrado constitucional e internacionalmente, no tolera limitaciones infundadas, basadas en hechos que de por sí no son determinantes para llegar a la conclusión de que no existe intención de contraer matrimonio, sino tan solo meros indicios, por otra parte ciertamente subjetivos, que pueden hacer creer que no hay tal voluntad efectiva. Ante la opción de inscribir un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa. Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste la nulidad del matrimonio (art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto. Por lo tanto se estima el recurso y revoca el auto apelado ordenando que en el Registro Civil del Consulado se inscriba el matrimonio celebrado en la República dominicana[23].

De sentido contrario es la R de 5 de diciembre de 1996 (BMºJ, 1 de noviembre de 1997)[24]. En este caso se trataba de la solicitud de matrimonio entre española y cubano, previa la formación del oportuno expediente. El Juez encargado del RC deniega la celebración del matrimonio proyectado por considerar que se pretendía solamente beneficiarse de tal enlace en claro fraude de ley, y utilizar la institución para una finalidad ajena a la misma. En su Fundamento de Derecho octavo se dice que "en efecto existen no sólo meros indicios sino datos y hechos, ciertamente objetivos (no se acredita la residencia del contrayente anterior a enero de 96, las declaraciones de los propios interesados reiteradas sobre su voluntad de casarse a los efectos de obtención de residencia; falta de prueba documental sobre el pretendido contacto postal, la propia conclusión del Juez deducida de la audiencia reservada), que pueden hacer creer que no hay tal voluntad efectiva, debiendo los Encargados, como ya puso de relieve la Instrucción de 9 de enero de 1995, cerciorarse, sin mengua de la presunción general de buena fe, de la veracidad del consentimiento dentro de las posibilidades que ofrece la regulación actual del expediente previo". La Dirección General por lo tanto, desestima el recurso y confirma el auto apelado denegando la inscripción.

E igualmente la R de 11 de diciembre de 1996 (BMºJ, 1 de noviembre de 1997)[25]. Es nulo el matrimonio entre española y cubano.

Relativas a 1997 pero en sentido positivo, son las resoluciones siguientes: se ordena la inscripción del matrimonio reflejado en R de 4 de abril 1ª porque no hay suficientes datos objetivos para deducir de ellos la falta de consentimiento matrimonial (existen cartas y llamadas telefónicas previas a la celebración). También las de 24 de mayo 2ª, 5 de junio, 24 de octubre 3ª, 12 de noviembre, 3 de diciembre 2ª, 18 de diciembre 1ª y 2ª [26].

8. OTROS ASPECTOS

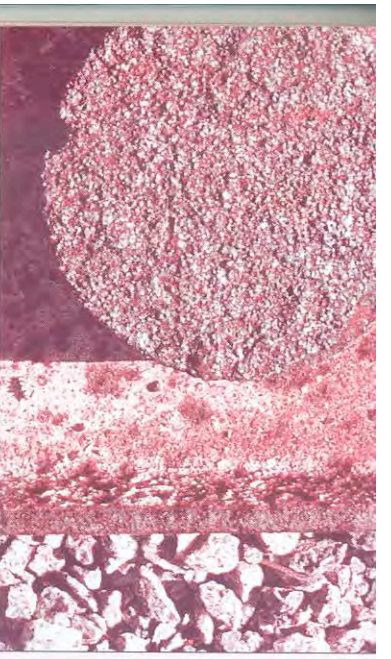
La Instrucción de 21 de febrero de 1997 [27] trata sobre las condiciones para la expedición del certificado de capacidad matrimonial. Obsérvese.

Por una parte el art. 252 del RRC prevé el supuesto de que un español quiera contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración y que esta ley exija la presentación de un certificado de capacidad matrimonial. En tal caso el certificado ha de expedirse en el modelo oficial plurilingüe aprobado por la Orden Ministerial de 26 de mayo de 1988 y que está ajustado al Convenio número 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil sobre la materia de 5 de septiembre de 1980 (BOE de 16 de mayo de 1988). Ahora bien, según resulta claramente de este artículo del Reglamento, tal certificado sólo puede expedirse "una vez concluido el expediente con auto firme favorable". Por lo tanto, es evidente que antes de la expedición ha de tramitarse el expediente previo a la celebración del matrimonio conforme a los preceptos reglamentarios vigentes, siendo especialmente ineludibles la ratificación del contrayente que no esté domiciliado en la demarcación del Registro instructor (cfr. art. 242 del RRC) y la audiencia personal, reservada y por separado, de cada contrayente, incluso del no domiciliado en la demarcación del instructor (cfr. art. 246 del RRC).

Aunque estas reglas han sido recordadas por la Instrucción de la DGRN sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero de 9 de enero de 1995 (BOE de 25 de enero) a la que constantemente se está haciendo referencia [28], es conveniente insistir sobre ellas, puesto que la Dirección General ha tenido conocimiento de varios casos en los que se había expedido el certificado de capacidad matrimonial sin tramitación del expediente previo necesario. Por consiguiente, la Dirección General reitera la necesidad de que en los Registros Civiles municipales se instruya con todos sus trámites el expediente previo para la celebración del matrimonio y que éste termine con auto firme favorable, antes de la expedición y entrega del certificado de capacidad matrimonial. Al mismo tiempo y con objeto de facilitar la posterior inscripción del matrimonio en el Registro Consular es muy conveniente que, junto con la entrega a los interesados del certificado, se les de también un testimonio justificativo de la tramitación del expediente y de su auto final.

9. ANTE LA DUDA LA INSCRIPCIÓN COMO REGLA GENERAL

Son inscribibles también los matrimonios referidos en las siguientes resoluciones correspondientes al año 1998: 2 de enero 2ª, 4 de febrero, 24 de marzo, 30 de marzo 2ª, 18 de mayo 2ª, 30 de mayo 2ª, 6 de julio 2ª y 4ª, 2 de octubre 3ª, 13 de octubre 1ª, 19 de octubre 1ª, 14 de diciembre 3ª [29]. Y de 1999 resoluciones de 9 de enero, 18 de enero 2ª, 23 de enero 1ª, 29 de enero, 3 de febrero 2ª, 11 de febrero 1ª, 25 de febrero 3ª, 20 de marzo, 27 de abril 5ª, 4 de mayo 3ª, 22 de mayo 2ª y 3ª, 15 de junio 1ª, 19 de junio 3ª, 7 de julio, 14 de julio 2ª, 21 de julio, 2 de septiembre 2ª, 20 de septiembre 3ª, 4ª y 5ª, 8 de octubre 4ª, 16 de octubre, 18 de octubre 1ª, 2 de noviembre 3ª, 5 de noviembre 1ª, 8 de noviembre 2ª y 3ª, 26 de noviembre 1ª, 1 de diciembre 3ª, 20 de diciembre [30].



[26] *Anuario de la DGRN*, 1997, vol. I. Por el con trario, son nulos por faltar el consentimiento ma trimonial, los matrimonios a que se refieren la siguientes resoluciones: 8-II, 27-II 1ª, 4-IV 3ª 4-IV 5ª, 9-IV 1ª, 9-IV 2ª (se trata de un matri monio por poder en el que faltó el trámite de l audiencia privada, por lo que se requiere la mis ma al poderdante), 12-V 1ª, 12-V 2ª, 12-V 3ª 24-V 1ª, 25-VI 1ª, 25-VI 2ª, 19-IX 2ª, 19-I 3ª, 24-X 1ª, 24-X 2ª, 20-IX, 3-XII 1ª,

[27] *Anuario de la DGRN*, 1997 vol. I, pág. 2562.

[28] Y sobre la que existe un comentario tal y com he referido anteriormente al remitir a P. DIAG en "Matrimonios por conveniencia", cit.

[29] *Anuario de la DGRN*, 1998, vol. II. Por el con trario no son inscribibles por inexistencia de con sentimiento matrimonial, los matrimonios refle jados en las siguientes Resoluciones: 2-I 4ª, 29-I 4-III 5ª (no se expide el certificado por faltar consentimiento matrimonial), 7-IV 1ª, 7-IV 2ª 8-IV, 6-V 1ª, 12-V 1ª, 30-V 3ª, 1-VI 2ª, 16-V 3ª, 22-VI 1ª, 6-VII 1ª, 6-VII 3ª, 16-VII 1ª 29-VIII 1ª, 29-VIII 2ª, 29-VIII 3ª, 29-IX, 13 X 3ª, 24-X, 28-X, 4-XI 1ª, 25-XI 1ª, 25-XI 2 (él marroquí, ella marroquí en prisión expulsad del territorio nacional), 14-XII 1ª, 14-XII 2ª 14-XII 4ª, 14-XII 5ª, 16-XII 1ª, 16-XII 2ª, 16 XII 3ª.

[30] *Anuario de la DGRN*, 1999, vol. II. Por su par te, no son inscribibles más de cuarenta matrimo nios tal y como se refleja en este vol.

[31] Creo que ésta es algo discutible. Se trata de u liberiano con antecedentes policiales y causas pen dientes. En mi opinión, la presunción de buen fe se excede para que prevalezca el *ius connubi*.

[32] Por su parte son nulos por faltar el consen timiento, y por tanto no inscribibles, los matri monios a que se refieren más de treinta Resolu ciones contenidas en el *Anuario de la DGRN* 2000, vol. II (no citaré a partir de ahora las fe chas de todas las resoluciones recogidas en est investigación al ser suficiente con las ya reseña das, sin embargo conservo estos datos).

[33] *Anuario de la DGRN*, 2001, vol II. Más d 74 R. Por su parte son nulos y por tanto no ins cribibles los matrimonios reflejados en una cin cuentena de R.



Respecto de 2000, las resoluciones de 3 de enero 2ª, 4ª y 5ª, 11 enero 3ª, 13 de enero 1ª, 2ª y 3ª, 24 de enero, 2 de febrero, 4 de febrero 2ª y 3ª, 17 de febrero 2ª, 2 de marzo 3ª, 3 de marzo 1ª, 3 de marzo 3ª, 10 de marzo 1ª y 2ª, 10 de abril 1ª y 2ª, 14 de abril 2ªy 3ª, 25 abril 2ª y 4ª, 22 de mayo 1ª y 2ª, 25 de mayo 4ª, 6 de junio 1ª, 10 de junio 1ª, 24 de junio 1ª y 2ª, 8 de julio 5ª, 10 de julio 3ª, 4 de septiembre 1ª y 2ª, 27 de septiembre 1ª y 3ª, 11 de octubre 1ª y 2ª, 16 de octubre 1ª, 2ª, 3ª [31] y 4ª, 20 de octubre 2ª, y 3ª, 25 de octubre 1ª y 2ª, 14 de noviembre 3ª, 25 de noviembre 1ª, 4 de diciembre 2ª, 3ª y 4ª, 7 de diciembre 1ª y 2ª, 7 de diciembre, 16 de diciembre 1ª y 3ª, 22 de diciembre 1ª [32].

También son inscribibles los matrimonios contemplados en las resoluciones de 9 de enero, 25 de enero, 30 de enero 3ª, 3 de febrero 1ª, 2ª y 3ª, 24 de febrero 1ª y 2ª, 1 de marzo, 6 de marzo 3ª, 9 de marzo 1ª, 2º y 3ª, 14 de marzo 1º, 9 de abril 1ª y 2ª, 19 de abril 2ª y 4ª, 25 de abril 2ª, todas correspondientes a 2001 [33].

La R 328 de 24 de septiembre de 2002 [34] autoriza el matrimonio al no haber datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial. Y en la R 330 de 25 de septiembre del mismo año [35], se deniega la inscripción, e igualmente en la 331 de igual fecha [36]. Se deniega el certificado de capacidad matrimonial por ausencia de consentimiento matrimonial. La R 349 de 15 de octubre [37] deniega la inscripción por falta de consentimiento matrimonial. En la 350 de igual fecha se inscribe el matrimonio porque no hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial [38]. Igual que la anterior es la R 351 de 15 de octubre, por la que se autoriza la inscripción al no haber datos objetivos suficientes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial [39]. En la R 372 de 28 de octubre se deniega la inscripción por falta de consentimiento matrimonial [40].

Valgan como ejemplos más recientes: la del año 2003: la R 465, 29 de marzo [41] que trata de la inscripción de un matrimonio celebrado en Cuba entre una española y un cubano. En él se dan los siguientes hechos comprobados: él desconoce circunstancias personales básicas de ella, como las funciones que desarrolla en su trabajo, ingresos laborales, actividades profesionales anteriores, ni conoce datos relativos al entorno familiar de ella; no recuerda la fecha de celebración del matrimonio, ni la de la única visita a su país de ella, realizado para la celebración nupcial; no se ha aportado prueba de la existencia de relaciones epistolares o telefónicas previas o posteriores al matrimonio. De estos hechos comprobados es una deducción razonable y en modo alguno arbitraria entender que el matrimonio es nulo por simulación. Se desestima el recurso declarando el matrimonio nulo. También la R 476, de 5 de abril; en virtud del *ius nubendi* y ante la dificultad probatoria, se estima el recurso dando por bueno el matrimonio [42]. En la R 477 también de 5 de abril [43] resulta probada la simulación del matrimonio por lo que es nulo.

La última recogida es la de 30 de enero de 2004 4ª [44] que ordena la inscripción del matrimonio [45].

En todas las resoluciones referidas, como ya se ha visto, los fundamentos de derecho se repiten invariablemente.

VALORACIONES FINALES

1º

El llamado matrimonio de complacencia es indudablemente nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial.

2º

Para evitar en la medida de lo posible la existencia aparente de estos matrimonios y su inscripción en el Registro Civil, la Dirección General de Registros y del Notariado dictó en su momento la Instrucción de 9 de enero de 1995, dirigida a impedir que al-

34 *Anuario de la DGRN*, 2002, vol. II. Se trata de matrimonio entre marroquí y española.

35 Sobre la inscripción de un matrimonio celebrado en la República Dominicana el 10 enero 2001 entre un dominicano y una española. Ella no sabe la fecha de nacimiento de él y él no sabe el domicilio de ella en España ni su teléfono, e ignora en que ciudad trabaja y sus ingresos.

36 Idem., p. 398. Entre un español y una marroquí.

37 *Actualidad Civil*, núm. 3/2003. Registros, p. 411. Los contrayentes se casaron por poderes sin haberse conocido previamente. El matrimonio se celebró en Cuba el 28 diciembre 2001 entre un español y una cubana.

38 Idem. p. 412. Entre español y cubana.

39 Idem. p. 414. Matrimonio entre dos ecuatoguineanos. Las audiencias reservadas han revelado que los contrayentes poseen la misma nacionalidad, lengua y cultura, se conocen desde hace tiempo y están al corriente de sus respectivas circunstancias personales y familiares.

40 Idem. p. 429. Los contrayentes desconocen circunstancias personales básicas del otro.

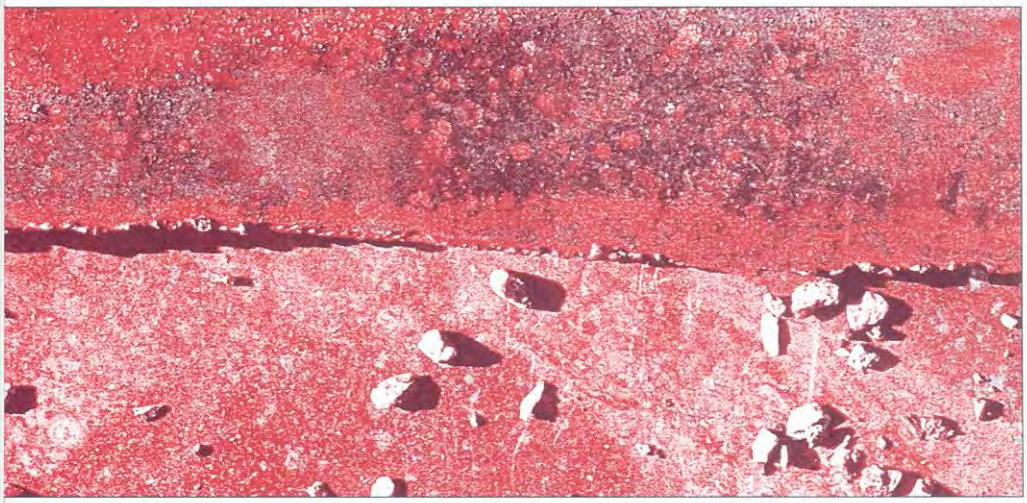
41 *Actualidad Civil*, núm. 4/2003, Registros, p. 548.

42 En este caso se trataba de matrimonio celebrado en Perú el 9 abril de 2002, entre española y peruano. Idem., p. 557.

43 Idem., p. 558. Se trata de un matrimonio por poder entre un español y una marroquí. No tienen idioma común y se comunican por intérprete; apenas se han visto, y ella no sabe la dirección de él, ni las circunstancias personales y familiares.

44 *Boletín*, nº 111 del *Servicio de publicaciones del Servicio de Estudios registrales de Cataluña*, p. 203. Trata de matrimonio celebrado en la República dominicana entre española y dominicano.

45 No parece haber variado en lo fundamental la doctrina de la DGRN sobre estos temas tras los últimos cambios políticos y gubernamentales. No hay constancia de Resoluciones posteriores.



gunos extranjeros obtengan la entrada en España o regularicen su estancia en ella por medio de un matrimonio simulado con ciudadanos españoles.

3º

La Instrucción citada trata de evitar que esos matrimonios fraudulentos lleguen a celebrarse dentro del territorio español, recordando la importancia que en el expediente previo a la celebración del matrimonio tiene el trámite de la audiencia personal, reservada y por separado, de cada contrayente, como medio para apreciar cualquier obstáculo o impedimento para el enlace cuando se trata de inscribir en el Registro Consular o en el Central un matrimonio ya celebrado en la forma extranjera permitida por la *lex loci*.

4º

El Encargado debe comprobar si concurren los requisitos legales –sin excepción alguna– para la celebración del matrimonio y esta comprobación, si el matrimonio consta por «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» requiere que por medio de la calificación de ese documento y de las «declaraciones complementarias oportunas» se llegue a la convicción de que no hay dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española. Así lo señala el art. 256 del RRC siguiendo el mismo criterio que para permitir otras inscripciones sin expediente y en virtud de certificación de un Registro extranjero, establecen los art. 23, II, de la Ley y 85 de su reglamento.

5º

Esta extensión de las medidas tendentes a evitar la inscripción de matrimonios simulados, por más que hayan sido celebrados en el extranjero, viene siendo propugnada por la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado a partir de la Resolución de 30 de mayo de 1995, debiéndose denegar la inscripción cuando existan una serie de hechos objetivos, comprobados por las declaraciones de los propios interesados y por las demás pruebas presentadas, de los que sea razonablemente deducir según las reglas del criterio humano (art. 386 Ley de Enjuiciamiento Civil) que el matrimonio es nulo por simulación.

6º

Las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son grandes, por lo que no existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar. Cuando los hechos comprobados no sean lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos sin sombra de duda la existencia de la simulación, se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona que no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, por lo que ha de ser preferible, aun en el caso de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace.

7º

En todos los casos examinados, la nacionalidad de uno de los supuestos contrayentes invariablemente es la cubana, dominicana, colombiana, peruana y marroquí. Sobre todo la cubana y dominicana. Se encuentra algún supuesto de nacional libanés, brasileño, ruso, nigeriano, venezolano. También algún caso de Moldavia, Ghana, Liberia, Honduras, Egipto y Camerún. Los matrimonios aparentemente contraídos lo son entre personas en las que se observa una diferencia de edad de más de veinte años; lo normal es que la contrayente sea una mujer bastante joven procedente de uno de los países referidos de América latina, y el esposo una persona jubilada. Se da el caso de que las mujeres suelen tener hijos de otras uniones y dificultades económicas (sin ingresos). Llama la atención la procedencia de los españoles pues un gran número son gallegos. En casi todos los supuestos ha habido intermediarios y hay un gran desconocimiento mutuo de las circunstancias personales y familiares. Salvo en el caso de los nacionales procedentes de América latina, en los demás supuestos no existe idioma común y las partes se comunican por medio de intérprete.

8º

En la actualidad, no parece haber variado la doctrina de la Dirección General tras los últimos cambios políticos (al menos no hay constancia de resoluciones recientes en sentido contrario), por lo que siguen manteniéndose los principios aquí reflejados a modo de conclusiones.

Incidencia de las últimas modificaciones sobre permisos por maternidad en la profesión militar

DERECHO ESPAÑOL

Por Mª José Lopera Castillejo.
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

I. LA NORMATIVA FUNCIONARIAL SOBRE PERMISOS APLICABLE EN EL ÁMBITO MILITAR

Es claro que la maternidad afecta al reparto de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, y a su conciliación con las obligaciones laborales, al mismo tiempo que a la igualdad de oportunidades de empleo y promoción. Con lo cual, la regulación de la protección por maternidad no sólo se muestra como un mecanismo de protección física de la madre, sino que además constituye un instrumento tendente a favorecer la armonización del trabajo y las responsabilidades familiares [1]. También en definitiva, la normativa reguladora de la maternidad persigue el importante objetivo de asegurar que dicha circunstancia no constituye un obstáculo para el acceso o la permanencia de la mujer en el mundo laboral, fundamentalmente protegiéndola tanto desde el punto de vista laboral como de Seguridad Social. Precisamente, en el aspecto laboral de los permisos y la reducción de jornada, aplicables casi todos indistintamente al hombre y a la mujer, se centra este trabajo.

Dentro de estos parámetros, se ubican las últimas reformas legislativas, como la efectuada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al introducir, para el ámbito funcionarial, la posibilidad de disfrutar a tiempo parcial los permisos en los supuestos de parto, adopción y acogimiento referidos en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. De manera que este disfrute flexible del permiso ha sido ya regulado mediante el Real Decreto 180/2004, de 30 de enero, por el que se adoptan medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en relación con esta forma de descanso en los casos mencionados.

Bien es cierto que la Ley 53/2002 había operado (art. 58) ya otras varias modificaciones en el artículo 30 de la Ley 30/1984, en materia de permisos por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, y también en el de lactancia, e incluso para introducir expresamente el permiso de la funcionaria embarazada para la realización de exámenes prenatales. Cambios éstos que ha venido a completar (art. 50. Cinco) después la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en lo relativo a la reducción de jornada por guarda legal y cuidado de familiares.

Toda esta normativa resulta también aplicable para la profesión militar, según lo dispuesto en el artículo 154.2 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas (LRPFA), a tenor del cual los militares profesionales [2] tienen derecho a disfrutar los permisos y licencias establecidos para el personal al servicio de las Administraciones públicas, que se reconocen en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Ello, no obstante, sin perjuicio de las adaptaciones a la estructura y funciones específicas de las Fuerzas Armadas que se determinen por el Ministro de Defensa. Para lo cual, habrá que entender realizadas tales adaptaciones a la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas, a las peculiaridades de la carrera militar y a la singularidad de los cometidos asignados, que requieren, en cualquier caso, una disponibilidad permanente para el servicio, hasta el punto de establecer la citada norma militar que "las necesidades del servicio prevalecerán sobre las fechas y duración de los permisos y licencias", debiéndose también acomodar el régimen de horario a las necesidades operativas, de manera tal que se faculta plenamente al jefe de unidad, centro u organismo para ordenar la incorporación al destino cuando las circunstancias lo exijan.

Sobre esta misma materia pero separadamente ubicado, el art. 132 LRPFA establece que, en los supuestos de parto o de adopción, se tendrá derecho a los correspondientes permisos de la madre o del padre, conforme a la legislación vigente para el personal al servicio de las Administraciones Públicas. Supuestos que en ningún caso supondrán pérdida de destino, y a los que habrá que añadir también los de acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, ante la inequívoca equiparación de tales situaciones en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984 a la que remite. Con lo cual, resulta que, ya sea de forma genérica en el art. 154 LRPFA, como específicamente en los mencionados casos del artículo 132, la normativa militar procede a realizar una expresa remisión, en lo concerniente a permisos y licencias, al artículo 30 de la citada Ley 30/1984, de la Función Pública.

Destaca así, en todo caso, que la normativa militar concede una

1 MARÍN ALONSO, I., GORELLI HERNÁNDEZ, J. *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Murcia, Laborum, 2001, p. 73.

2 Según el art. 2.1 LRPFA, en su redacción por Ley 32/2002, de 5 de julio, son los españoles vinculados a las FAS que adquieran la condición de militar de carrera, de complemento o de tropa y marinería, así como los extranjeros militares profesionales de tropa y marinería.

3 ALLI UTRILLAS, J.C. *El Soldado Profesional. Estudio de su Estatuto Jurídico*, Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 197 y 198.

4 SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. *La relación laboral del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares*, Murcia, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 1996, p. 481.

5 SEMPERE, A.V., CANO, Y., CHARRO, P., SAN MARTÍN, C. *Políticas Sociolaborales*, Pamplona, Ediciones Eunate, 2001, p. 248.

6 SEMPERE NAVARRO, A.V. "Contenido sociolaboral de las Leyes 52 y 53/2002, de Presupuestos y de Acompañamiento para 2003", *A.S.*, nº 19, 2003, p. 25.

absoluta prioridad a las necesidades del servicio, utilizando conceptos jurídicos indeterminados que ocultan normalmente también otros como "defensa y seguridad nacional", hasta configurar el mandato contenido en el artículo 8 de la Constitución para las Fuerzas Armadas que viene a implicar, a fin de cuentas, un coste económico, lo mismo que social y jurídico [3]. Todo lo cual, constituye buena muestra de la ampliación de las facultades inherentes al poder directivo que, cuando se proyecta en el ámbito concreto de la Administración Militar, aparece enormemente reforzado desde el punto de vista de la organización del trabajo. De forma que, ante el solo hecho de tener que ajustarse el régimen de horario a las necesidades operativas, ni siquiera se requiere que precisen acreditarse dichas necesidades relacionadas con la Defensa Nacional [4]. Estas atribuciones, claramente sorprendentes desde la óptica del ordenamiento laboral común, parecen encontrar su adecuada significación en la propia esencia de la condición de militar configurada, en su más amplia acepción, por la sujeción a los principios de disciplina, jerarquía y unidad característicos de la organización militar.

Distinto será, a mi juicio, que las genéricas previsiones comunes sobre la generalidad de permisos, a que hace referencia el artículo 154 LRPFA, participen de esa misma lógica, que prácticamente neutraliza su disfrute, al proyectarlas en la concreta situación de maternidad de la mujer militar. Donde entiendo que en modo alguno cabe considerar razonable que el jefe de la unidad, por exigirlo las circunstancias, pueda ordenar la incorporación al destino de la mujer que se halle disfrutando las seis primeras semanas de obligado descanso posparto, como tampoco que las necesidades del servicio deban prevalecer en esas mismas situaciones, hasta llegar a excluir el disfrute de dicho período de obligado descanso para la madre.

II. PERMISO POR NACIMIENTO, ACOGIMIENTO O ADOPCIÓN DE HIJO

El art. 30.1 a) de la Ley 30/1984 señala que se concederán permisos, aquí para el militar en virtud de la remisión normativa mencionada, por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, concretándose la duración en tres días o cinco días hábiles, dependiendo de que el suceso se produzca en la misma localidad, o en otra distinta. Bien es cierto que este permiso retribuido por el nacimiento de hijo se considera tácitamente reservado al varón [5], al corresponderle disfrutar a la mujer las seis semanas de descanso obligatorio por maternidad.

La finalidad de la norma es permitir el cumplimiento de los deberes sociales y familiares de asistencia. Y, dado que el precepto contempla también otros casos como el fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar, conviene aclarar que viene considerándose como enfermedad grave el caso de parto gemelar por cesárea, aun sin que se admita ampliar para ellos la duración de este permiso.

Por localidad debe entenderse el municipio donde quede ubicada la dependencia administrativa en la que se trabaja, de manera que la diferencia entre el número de días de permiso únicamente viene motivada por la necesidad de desplazamiento, que requiere un tiempo añadido para posibilitar la atención de la necesidad de índole personal tomada en consideración por la ley, interpretándose así que ese tiempo adicional no se precisa cuando el suceso tiene lugar en la localidad de residencia o en la de trabajo. De manera que esos tres o cinco días de permiso se entienden inmediatamente posteriores a aquel en que se produzca el hecho causante del mismo, y no festivos sino hábiles, por precisarlo ahora así expresamente la norma.

III. PERMISO DE LACTANCIA

El apartado f) del artículo 30.1 de la Ley 30/1984 contempla, entre las causas justificadas para conceder los permisos, que la funcionaria –recuérdese que por remisión también la militar– se encuentre atendiendo, por lactancia, a un hijo menor de nueve meses, reconociéndosele el derecho a ausentarse una hora diaria del trabajo, con posibilidad, al mismo tiempo, de dividir ese período en dos fracciones, no necesariamente idénticas. Y cabe también sustituirlo por una reducción de la jornada normal en media hora que, según detalla la redacción actual, puede efectuarse al inicio y al final de esta jornada, o en una hora al inicio o al final de la misma. Hora ésta, en definitiva, no trabajada y que ha de considerarse siempre retribuida [6], al no mencionar nada sobre reducción alguna de salario.

Es claro que el precepto ampara el derecho esencial de todo recién nacido a la lactancia, ahora ya mencionada expresamente, con el límite fijado de los nueve meses, donde parece ha de considerarse que el niño tiene suficiente desarrollo para continuar alimentándose con una persona distinta de sus padres, o bien para acomodar su horario. De modo que la finalidad esencialmente nutricional de este permiso es quizá el único dato que proporciona la justificación al legislador del reducido espacio de tiempo que conlleva su ejercicio. Por más que no pueda desconocerse que el verdadero objeto del mismo consiste en facilitar que se preste diariamente un determinado grado de atención y cuidado directo al hijo menor de nueve meses, dentro de la jornada laboral. De ahí, que dicho permiso sólo puede disfrutarse diariamente, y de modo exclusivo haciendo uso de las posibilidades legalmente previstas.

Por lo demás, aunque venga la norma expresamente referida ahora a la funcionaria, debe considerarse que el reconocimiento de tal derecho si-

gue un criterio igualitarista, dado que puede ser disfrutado indistintamente por el padre o la madre, siempre que los dos trabajen, habiéndose logrado una individualización de este permiso que, por el contrario, no ha llegado a alcanzarse en otros como el de maternidad. Se detectan así situaciones, en el ámbito de la Administración Pública, donde se concede el permiso por lactancia incluso en el caso de haberlo solicitado uno de los cónyuges sin reunir el otro la condición de funcionario, en el convencimiento de que no resulta constitucionalmente admisible indagar las causas determinantes de la necesidad de ocuparse el marido del recién nacido [7].



No cabe duda, sin embargo, que nos encontramos ante unos límites muy restringidos para su adecuado disfrute [8], razón por la que sorprende mayormente que no se haya aprovechado la última reforma legal para aumentar, tanto la hora diaria de ausencia, como la de reducción de jornada, especialmente en los casos de parto múltiple donde concurran varios hijos. Ampliación ésta ciertamente reconocida por alguna decisión judicial [9], al admitir el derecho a una hora por cada hijo lactante, sin tolerar que se limite en su extensión este derecho a la lactancia del recién nacido cuando se ha de compartir con otro o con varios. Solución igualmente adoptada en el ámbito de la Administración Pública, por Resolución de la Administración del Estado de 1992, favoreciéndose una interpretación generosa de la norma en caso de parto doble que ha permitido conceder, también al funcionario, doble tiempo de permiso en tales situaciones.

Por lo que se refiere al ejercicio del derecho a la reducción de jornada, constituye un problema importante la precisa determinación del período de disfrute del permiso, que exige tener presente las previsiones específicas establecidas en la normativa reguladora del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas (art. 154 Ley 17/1999), en el sentido de tener que adaptarse el horario a las necesidades operativas de las unidades y a las de funcionamiento de los centros y organismos. Y, en definitiva que, por la situación de disponibilidad permanente en que debe encontrarse el personal militar profesional, fundamentalmente en algunos destinos de mayor exigencia operativa, las necesidades del servicio prevalecerán sobre las fechas y duración de los permisos y licencias, hasta el punto de que, si las circunstancias lo exigen, el jefe de unidad puede ordenar la incorporación al destino.

Precisamente, con el fin de adaptar las condiciones para la aplicación de esta reducción de jornada al personal militar, y hasta que se proceda a su regulación por la Orden Ministerial proyectada, ha sido necesario fijar determinados criterios por parte del Ministerio de Defensa. Éstos aparecen recogidos en el Oficio de la Dirección General de Personal de ese Ministerio, de 24 de abril de 2002, donde se establece que la concesión de la reducción de jornada será competencia del Jefe de la Unidad en la que el militar se encuentre destinado, correspondiendo también a dicho Jefe comunicar la autorización dada, directamente al Mando o Jefe de Personal del Ejército al que pertenezca el militar, o al Director General de Personal, en caso de que forme parte de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas.

Lo cierto es que, dadas las singulares características de este permiso de lactancia, resulta asimismo razonable que se garantice al máximo su disfrute, básicamente ofreciendo a la mujer militar un puesto orgánico adecuado [10], en los casos en que ésta hubiese optado por la reducción de jornada laboral, y siempre que sus ausencias fuesen incompatibles con las necesidades del servicio del destino ocupado anteriormente, tal como prevé (art. 21.2) el Reglamento de Destinos, aprobado por Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo, incluso designándole en comisión de servicios (art. 23 f). Quedando también asegurado (art. 15. 5.d) que, mientras se le apliquen tales previsiones por lactancia, no será forzosamente destinada para turnos especiales donde se dan circunstancias especiales de penosidad o peligrosidad [11].

En cualquier caso, los inconvenientes que puedan surgir, particularmente en destinos de carácter operativo, por la realización de guardias o servicios, cuando se trata de alguno de estos supuestos de reducción de jornada, o por disfrutar a tiempo parcial del permiso por maternidad, únicamente admitirán

resolverse dentro de los parámetros permitidos por las necesidades del servicio, dependiendo siempre de la unidad de destino y de las posibilidades de cubrir esos servicios con la plantilla restante.

IV. PERMISO POR NACIMIENTO DE HIJOS PREMATUROS O QUE PRECISEN HOSPITALIZACIÓN TRAS EL PARTO

La posibilidad de disfrutar los funcionarios de un nuevo permiso fue introducida por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo, al modificar el artículo 30.1 de la Ley 30/1984, añadiéndole una nueva letra e) bis, que prevé para los casos de nacimientos de hijos prematuros u hospitalizados postparto, el derecho indistinto de la funcionaria o el funcionario (aquí, la mujer o el hombre militar) a ausentarse del trabajo durante una hora. Cabe también, siempre a los solos efectos de facilitar la necesaria atención del neonato, que reduzca su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas con disminución proporcional de sus retribuciones, remitiéndose a un desarrollo reglamentario la determinación de esa disminución de jornada y proporcionalmente de los salarios.

El precepto distingue así un derecho al permiso retribuido de ausentarse del trabajo durante una hora, y otro diferente de reducción de jornada, pero con su correspondiente disminución de salario, lo que implica que este último no es retribuido. De modo que la referencia aquí a los casos de "nacimientos de hijos" hay que entenderla en el correcto sentido de abarcar también las situaciones de adopción y acogimiento; lo mismo que, si se da la coincidencia de varios hijos a la vez, pese a la falta de mención legal, sólo cabe convenir que tales derechos corresponden entonces por cada uno de ellos.

Respecto a la duración del permiso en estos casos de neonatos prematuros, valen las mismas críticas ya realizadas para el de lactancia, en el sentido de tratarse de unos períodos muy reducidos que no contemplan situaciones de nacimientos múltiples, donde precisamente la frecuencia de prematuros resulta todavía mayor, con lo cual, se muestra claramente insuficiente la hora diaria prevista legalmente para ausentarse del trabajo, sobre todo cuando lo que se pretende es favorecer la posibilidad de visitarlos mientras se encuentren hospitalizados.

También, ante la inexistencia de desarrollo reglamentario que concretamente determine la reducción de jornada y la proporcional disminución de las retribuciones, habrá que estar, para aplicar ésta, a los criterios establecidos por el Ministerio de Defensa que aparecen recogidos en el Oficio de la Dirección General de Personal, de 24 de abril de 2002. En ella se establece que la reducción de jornada se autorizará por el Jefe de la Unidad en la que el militar se encuentre destinado, por meses completos, debiendo el mismo Jefe de Unidad comunicarlo al Mando o Jefe de Personal del Ejército al que corresponda el militar, o al Director General de Personal en su caso, al igual que a la Pagaduría de Haberes de la que dependa. Y se aclara, asimismo, el modo de cálculo del porcentaje de las retribuciones que debe deducirse, distinguiendo las pagas ordinarias de las extraordinarias, y especificando que no se percibirá complemento de dedicación especial.

V. REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL

De la aplicación, por expresa remisión de la norma militar, del artículo 30.1 g) de la Ley 30/1984, en su nueva redacción por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre (art. 50. Cinco), resulta que el militar o la mujer militar profesional que, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún menor de seis años, a un anciano que requiera especial dedicación, o a un disminuido psíquico o físico que no desempeñe actividad retribuida tendrá derecho a la disminución de su jornada de trabajo, con la reducción de sus retribuciones que corresponda a dicha disminución.

Aunque realmente sin afectar al cuidado de menores que nos ocupa, cabe decir que, novedosamente, lo que añade la redacción modificada es que tendrá el mismo derecho de reducción mencionada el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por él mismo y que no desempeñe actividad retribuida. Con lo cual, queda claro a partir de ahora que el familiar enfermo que precisa cuidados no ha de ser necesariamente un anciano, y que se ha ampliado el derecho a la reducción de jornada a los funciona-

7 LORENZO DE MEMBIELA, J.B. *Licencias y Permisos de los Funcionarios Públicos*, Pamplona, Aranzadi, 2001, p. 68.

8 Como "singular reducción minúscula y temporal de la jornada" se sigue calificando, tras la reciente modificación del precepto, por GARCIA NINET, J.I. "Tres reflexiones acerca de cambios normativos laborales y funcionariales... 2ª Sobre la hora de lactancia de la funcionaria...", *Tribuna Social*, nº 148, 2003, p. 6.

9 Ya hace tiempo, la STCT 18-6-1985, y más reciente la del Juzgado de lo Social de Tarragona, de 27-10-2003).

10 Si bien esta opción de asignar un puesto orgánico diverso al de destino requiere clarificar algunas cuestiones como la retributiva, que apunta HERRERO GARCIA, J.L. "El artículo 39 de la Constitución y las Fuerzas Armadas: medidas de protección del embarazo, el parto, la adopción y el acogimiento para los miembros de las Fuerzas Armadas ", en VV.AA. (Coord. FERNÁNDEZ LOPEZ, J.) *Veinticinco años de Constitución y Fuerzas Armadas*, Zaragoza, Pórtico, 2003, p. 175.

11 Ampliamente sobre estas garantías, LOPERA CASTILLEJO, M.J. *La mujer militar: sus derechos laborales y prestaciones sociales*, Madrid, Civitas, 2002, p. 50 y sigs.

rios encargados del cuidado directo de un familiar cuando concurran también otras situaciones, además de la edad, como son las de enfermedad o accidente.

El contenido de este derecho, del que es titular aquí el militar cualquiera que fuere su sexo, no es otro que la reducción de jornada, siempre con disminución del salario, dado que el precepto establece que la disminución de jornada de trabajo y la correspondiente reducción de las retribuciones se determinará reglamentariamente. Apreciándose, no obstante, que en la redacción de la Ley 62/2003 no se dice, como antes, que la reducción de retribuciones haya de ser "proporcional" a la de la jornada. Quizá para dejar abierta la posibilidad de incluir en el anunciado reglamento alguna salvedad que permita reducir tan solo un porcentaje mínimo en la retribución para determinados casos de disminución de jornada (por ejemplo, del veinticinco por ciento cuando esta se sitúe entre el veinticinco y el treinta y tres por ciento), con el único fin de facilitar la permanencia en el servicio a quienes, fundamentalmente por razones económicas, tienen dificultades para ejercer este derecho a la reducción de jornada.

Encontrándose así pendiente de desarrollo, lo cierto es que, en principio, estos titulares del derecho experimentarán una reducción de jornada, que no podrá ser inferior a un tercio, ni exceder de la mitad, sufriendo un reducción de sus retribuciones básicas y también de las complementarias, incluidos los trienios.

Si bien, para la correcta aplicación práctica de la deducción retributiva que conlleva la reducción de jornada por guarda legal, concretando la forma de cálculo para obtener el porcentaje de las retribuciones que es necesario deducir, resultan también clarificadores los criterios del Oficio de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, de 24 de abril de 2002, ya señalados en los casos de hijos prematuros.

Por su parte, la duración del derecho de reducción de jornada por guarda legal de menor o disminuido físico o psíquico se encuentra limitada hasta que el menor cumpla seis años, mostrándose indefinida para el caso de cuidar minusválidos [12]. Sin que se exija por la norma, para tener derecho a la reducción de jornada, que se atienda físicamente a una de las personas señaladas, bastando con que asuma su control, aunque cuente con la ayuda de otros. Como tampoco requiere que los menores de seis años hayan de ser necesariamente hijos, sino que resulta suficiente que la persona los tenga a su cargo [13].

Continúan, por otra parte, sin fácil solución los casos de coincidencia entre determinados permisos, particularmente del que conlleva la reducción de jornada por razones de guarda legal con el de lactancia de un hijo menor de nueve meses.

Situaciones que, en el ámbito laboral común, se resuelven por la doctrina judicial [14] admitiendo su disfrute simultáneo. Lo que también se reconoce en el ámbito de la Administración Pública, donde igualmente se acepta acumular la reducción de jornada al permiso de ausencia por lactancia de hijo menor de nueve meses.

En cuanto a la posibilidad de determinar el horario reducido, hay que recordar que la normativa militar establece (artículo 154 LRPFA), con rotundidad, que el régimen de horario se adaptará a las necesidades operativas de las unidades y a las de funcionamiento de los centros y organismos, de manera que prevalecerán siempre las necesidades del servicio, a fin de que los militares profesionales se encuentren en disponibilidad permanente. Con lo cual, será la autoridad competente para la concesión del permiso de guarda legal la que deba determinar sobre qué parte debe efectuarse la reducción.

VI. PERMISOS PARA EXÁMENES PRENATALES

Por vez primera expresamente para la Administración, establece el artículo 30.1, en el apartado e), añadido por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, que las funcionarias embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, por el tiempo necesario para su práctica, con previa justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo. La titularidad de este derecho, que en la práctica venía reconociéndose al menos para realizar los exámenes prenatales, resulta obvio que corresponde en exclusiva a la funcionaria, permitiéndole así durante su embarazo ausentarse del trabajo para los mencionados fines sin merma alguna de retribución, con tal que justifique esa necesidad, y sin exigir previo aviso.

Cabe entender que exámenes prenatales hace relación a cualquier prueba practicada a la madre para comprobar la evolución del feto, mientras que las técnicas de preparación al parto refieren a las destinadas a la mejora física y psicológica de la embarazada. A su vez, la justificación de la necesidad, sólo requiere la acreditación firmada por el médi-

12 PALOMEQUE, M.C., ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo*, Madrid, Ceura, Undécima edición, 2003, p. 898.

13 SEMPERE, A.V. "La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores", *A.S.*, nº 20, 2000, p. 12.

14 Así, en SSTSJ Comunidad Valenciana 25-4-2002 (AS 1125) y 24-5-2002 (AS 2289), STSJ Cataluña 18-3-2003 (AS 1955).

15 VALLE MUÑOZ, F.A. *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, 1999, Colex, Madrid, p.23.

16 MONTOYA, A. "Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales", *A.S.*, nº 13, 2000, p. 75.

co correspondiente, donde conste la coincidencia con el trabajo del período de realización de los exámenes prenatales, o de las citadas técnicas [15].

Conviene también advertir la existencia de otro derecho claramente exclusivo de la mujer: el relativo al reposo en el lugar de trabajo, que consiste en reconocer a las mujeres embarazadas, o en período de lactancia, la posibilidad de descansar echadas "en condiciones adecuadas" en los centros de trabajo, tal como recoge la Directiva 89/654/CEE, sobre seguridad y salud en los lugares de trabajo, traspuesta a nuestro Ordenamiento [16].

VII. PERMISO POR MATERNIDAD, ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO

El concreto régimen jurídico del disfrute de la licencia por maternidad, adopción y acogimiento al que remite el artículo 132 LRPFA se encuentra regulado en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, completándose por el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, de regulación de las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, en la medida en que dicha norma reglamentaria es de aplicación supletoria en el Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, para todo lo que no se oponga a lo preceptuado en la normativa reguladora de dicho Régimen (artículo 1.3 RD 1251/2001). Asimismo, la aplicación del artículo 20 del Real Decreto 662/2001, de 22 de junio, que aprueba el Reglamento de Retribuciones de las Fuerzas Armadas, deja claramente establecido que el personal que disfrute este permiso mantendrá las mismas retribuciones anteriormente percibidas, en función de su empleo y puesto.

1

Los casos de parto

Para el supuesto de parto, establece el artículo 30.3 de la Ley 30/1984 también para la profesión militar por la expresa remisión señalada, que la duración del período de descanso es de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el caso de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. Si bien la distribución de este permiso queda a opción de la mujer militar, con tal que se garantice siempre el disfrute, por su parte, de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto que han de considerarse de descanso obligatorio.

En la situación de fallecimiento de la madre, se encuentra previsto (art. 30.3, pár. 1º, Ley 30/1984) que el padre pueda hacer uso de la totalidad del permiso, o bien de la parte restante. De manera que, salvo lo anterior, si la madre y el padre trabajan, será la madre la que, al iniciarse el descanso por maternidad, pueda optar por ceder al padre el disfrute de una parte determinada, pero ininterrumpida, del período de descanso posterior al parto que no sean las seis primeras semanas, de forma simultánea o sucesiva, excepto si la incorporación efectiva de la madre supone un riesgo para su salud. Y siempre que la suma de los períodos de descanso no supere las dieciséis semanas fijadas, o las correspondientes en casos múltiples (art. 30.3, págs. 2º y 5º, Ley 30/1984).

Igualmente, se ofrece (artículo 8 RD 1251/2001) la posibilidad a la madre de revocar la opción a favor del padre, cuando sobrevinieren hechos que hagan inviable su aplicación, tales como ausencia, enfermedad o accidente del padre, abandono de familia, separación u otros. De forma que, en todo caso, la opción a favor del padre quedará sin efecto cuando se produzca el fallecimiento del hijo (art. 7.2, pár. 2º, RD 1251/2001). Por lo cual, legalmente resulta que al padre se le ofrecen dos únicas posibilidades para disfrutar del permiso: una, por cesión de la madre de la parte que decida, salvando las seis primeras semanas, y otra cuando ésta fallezca, donde excepcionalmente podrá hacer uso de la totalidad del permiso.

Es precisamente el hecho de que la madre pueda facultativamente ceder al padre ese derecho al descanso voluntario posterior al parto, con la consiguiente renuncia a la parte por ella cedida, lo que revela que este derecho al permiso no se configura como individual del padre, sino siempre derivado y accesorio del de la madre, que es la que aparece en los casos de parto, como la única titular del derecho al permiso. Sin que, por lo demás, la coincidencia de éste con sus vacaciones anuales le impida disfrutar de ellas en período distinto del de maternidad, como ha dejado establecido el Tribunal de Justicia Europeo, en Sentencia de 18 de marzo de 2004.

Por su parte, el párrafo 3º del artículo 30.3 de la Ley 30/1984 permite, en casos de parto prematuro y en los que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado tras el parto, que el permiso pueda computarse, a instancia de la madre y sólo en su defecto del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria, siempre excluyendo del cómputo las seis semanas de descanso obligatorio.

2

La adopción o acogimiento de menores de seis años

En los casos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, por el profesional militar, de menores de hasta seis años, el permiso también tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, que podrán ampliarse para adopciones o acogimientos múltiples en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a elección, bien desde la decisión administrativa o judicial de acogimiento, o bien desde la resolución judicial por la que se constituya la adopción, según resulta de la aplicación del artículo 30.3, pár. 4º, de la Ley 30/1984. Debiendo tenerse en cuenta que son jurídicamente equi-

parables, a las situaciones de adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, las instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, coincidentes en su finalidad y efectos jurídicos (art. 2.2 RD 1251/2001).

También cuando ambos padres trabajen, la normativa prevé (artículo 30.3, pár. 4º, Ley 30/1984) para la adopción o acogimiento, que se distribuya el permiso a opción de los interesados, y no de la madre como en caso de parto, produciéndose así diversamente una individualización del permiso que contrasta con lo previsto para la maternidad.

3

La adopción o acogimiento de mayores de seis años discapacitados y las adopciones internacionales

Para la adopción o acogimiento de los mayores de seis años discapacitados o minusválidos, o que por circunstancias y experiencias personales, o incluso que, por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes, la duración del permiso será, asimismo, de dieciséis semanas (art. 30.3, pár. 4º, Ley 30/1984). Y también, como en el caso anterior, el permiso se distribuirá a opción de los interesados.

Varias son las aclaraciones que aporta, a la regulación funcionarial, la normativa reglamentaria sobre prestaciones económicas por maternidad (art. 2.2, párs. 2º y 3º, RD 1251/2001). La primera que, dándose la adopción o acogimiento familiar de personas con discapacidad, o de quienes tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, para que se produzca la situación protegida, el adoptado o acogido deberá ser menor de dieciocho años. Como también otra de las precisiones añadidas es que habrá que entender la existencia de alguna discapacidad cuando se acredite una minusvalía en un grado igual o superior al 33%.

Finalmente, en el ámbito más amplio de la adopción internacional, la norma contempla (art. 30.3, último párrafo, Ley 30/1984) la posibilidad de adelantar el permiso durante el tiempo necesario para el viaje, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, admitiéndose que su disfrute se inicie hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción, quizá por la conveniencia de permanecer junto al menor en el país extranjero durante ese tiempo, con independencia incluso de que la adopción finalmente se produzca.

VIII. EL RÉGIMEN FUNCIONARIAL DE DESCANSO POR MATERNIDAD, PARTO, ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO A TIEMPO PARCIAL DEL R.D. 180/2004

Fue la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, la que introdujo novedosamente en la Ley 30/1984 la posibilidad de disfrute a tiempo parcial, para los funcionarios, de los permisos en los supuestos de parto, adopción y acogimiento incluidos en al artículo 30.3, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, y remitiendo a un desarrollo reglamentario su determinación. Tal previsión trae su causa en el Capítulo XV del Acuerdo Administración-Sindicatos, para la modernización y mejora de la Administración Pública, aprobado por Resolución de 15 de noviembre de 2002. De manera que los términos de su concreta regulación aparecen fijados en el Real Decreto 180/2004, de 30 de enero de 2004, por el que se adoptan medidas para la conciliación de la vida familiar y laboral de los funcionarios, que son también aplicables al ámbito militar por la expresa remisión de su normativa (arts. 154.2 y 132 LRPFA) a la de la función pública en general.

Esta posibilidad de disfrute flexible del permiso por maternidad, que había sido ya contemplada para los trabajadores en la normativa establecida en la Ley 39/1999, persigue el claro fin de potenciar el reparto de responsabilidades familiares entre madres y padres, a la par que la mejora en el cuidado de los hijos, favoreciendo que los funcionarios conserven la vinculación con su puesto de trabajo, para evitar las desventajas que sufre en su carrera fundamentalmente la mujer, debido precisamente a la interrupción de su actividad durante el período siguiente al parto. Todo ello, una vez más, con la pretensión de que la maternidad no pueda considerarse un obstáculo manifiesto para su promoción profesional.

Así, el disfrute de los permisos a tiempo parcial requiere (art. 2 RD 180/ 2004) el acuerdo previo del funcionario con el órgano competente. De forma que será el propio interesado quien lo solicite, bien para toda la duración o sólo para una parte, siempre que la organización del trabajo lo permita y acompañe un informe del responsable de la unidad, donde se acredite que quedan cubiertas las necesidades del servicio. Con lo cual, aparecen importantes limitaciones a las que legalmente se condiciona la concesión de los permisos por maternidad, adopción y acogimiento, junto a las concretas reglas para su disfrute (art. 3 RD 180/2004), como son que el derecho pueden ejercerlo ambos padres, de forma ininterrumpida, en cualquiera de los casos de disfrute simultáneo o sucesivo del tiempo de descanso, exceptuando las seis semanas de descanso obligatorio por parto para la madre.

Por último, la normativa reglamentaria establece (artículo 4 RD 180/2004) expresamente la incompatibilidad del disfrute a tiempo parcial de estos permisos del art. 30.3 de la Ley 30/1984 con el ejercicio de los derechos en caso de lactancia, nacimiento de hijos prematuros y disminución de jornada por guarda legal que en el mismo precepto se regulan en el apartado 1.f, f bis y g).

La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal

(REFLEXIONES DE URGENCIA SOBRE LA TRAMITACIÓN DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO)



Por Miguel Ángel Boldova Pasamar y Mª Ángeles Rueda Martín.

Profesores Titulares de Derecho Penal en la Universidad de Zaragoza.

(La Ley, diciembre, 2004).

Con licencia para su publicación y derechos de Copyright cedidos por Editorial La Ley.

En torno a la denominada, hasta ahora, violencia doméstica se han producido en los seis últimos años una avalancha de reformas que, a la vista del incremento incesante de las cifras de este tipo de violencia [1], hace presagiar que no han alcanzado su fin [2], de manera que aquellos autores, como los que suscriben estas líneas, que se hayan ocupado de este tema en el último año, habrán contemplado que su trabajo se encontraba al poco tiempo desfasado [3]. Como características generales de estas reformas se pueden destacar las siguientes. Por una parte, en este ámbito se han introducido nuevos delitos que antes eran faltas (art. 153 del Código Penal), se ha ampliado alguno de los ya existentes (art. 173.2 y 3 del Código Penal), se han endurecido de una manera considerable las penas y las medidas de seguridad (introduciendo algunas nuevas y ampliando otras de las ya existentes) [4] y en suma se han adelantado las barreras de protección de bienes jurídicos de tal forma que en estos momentos se puede plantear la cuestión de si nos encontramos ya ante un verdadero "Derecho penal del enemigo" frente al "Derecho penal del ciudadano" [5]. No es éste, sin embargo, el problema que vamos a tratar en la presente contribución, sino que lo que se pretende es efectuar unas consideraciones u observaciones sobre la presentación y tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.



El Proyecto inicialmente presentado por el Gobierno desató desde un principio una interesante polémica entre los diversos agentes jurídicos y sociales, en particular en lo relativo a la protección penal. Encontró las oposiciones más enconadas entre algunos sectores de los jueces y de la doctrina penal, que estimaban con diversos argumentos que el Proyecto del Gobierno chocaba con los principios básicos que deben informar la legislación penal en un Estado Social y Democrático de Derecho, al incorporar al Código Penal tipos agravados de violencia en la pareja en función de la condición sexual de uno de ellos, pero no del otro [6]. En la tramitación parlamentaria se ha logrado alcanzar una unanimidad política en relación con el conjunto del Proyecto (320 votos a favor). Recordemos también que incluso en el título del Proyecto de Ley Orgánica se ha reflejado la unanimidad política frente a la opinión de la Real Academia de la Lengua Española que desaconsejó la utilización de la expresión "violencia de género" [7]. Sin embargo, no se ha logrado alcanzar la unanimidad en los aspectos político-criminales del Proyecto, aun cuando se han introducido nuevos tipos agravados y privilegiados con los que corregir o compensar los efectos indeseados de un tratamiento penal desigual del hombre y de la mujer [8].

El Proyecto castiga con una pena superior los malos tratos, las lesiones (pero no todas), las amenazas leves y las coacciones leves cuando la víctima "sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia", y también cuando la víctima sea "persona especialmente vulnerable que conviva con el autor".



1 Véanse a título de ejemplo las estadísticas proporcionadas por el Informe de la Caixa sobre los malos tratos a mujeres en España, publicado en http://www.pdfs.lacaixa.comunicacions.com/webes/wpp0pdfp.nsf/vico/es10_c6_esp.pdf/$file/es10_c6_esp.pdf, así como los datos más recientes proporcionados por el Instituto de la Mujer, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en la dirección: http://www.mtas.es/mujer/MCIFRAS/PRINCIPA2.HTM

2 En efecto, en el ámbito penal y con posterioridad al Código Penal de 1995, hay que mencionar las reformas operadas por la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En el ámbito procesal penal destacan la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional y la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

3 Además esta forma de proceder por parte del legislador es de dudosa racionalidad, porque no se ha evaluado la eficacia de las reformas anteriores desde un punto de vista empírico y científico. También el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, señala que el mencionado anteproyecto nace en un contexto de una pluralidad de iniciativas legislativas, que por su corto espacio de vigencia no permite aún valorar su eficacia real para combatir este fenómeno social. Por otra parte, es necesario poner de manifiesto que a cada reforma penal en este ámbito le ha seguido un incremento y no un descenso de las cifras de víctimas.

4 Véase el análisis realizado en nuestro trabajo: "El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo y similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 14, 2004, en prensa.

5 Véase haciendo una referencia general a todas las reformas penales que han venido acompañando a las que vamos a referirnos Díaz-Maroto y Villarejo/Suárez González en el Prólogo a la 30ª edición del *Código penal y legislación complementaria* de la Editorial Civitas, Madrid, 2004.

Se modifica el artículo 148 del Código Penal que queda redactado de la siguiente forma:

«Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

1º

Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.

2º

Si hubiere mediado ensañamiento o ***alevosía****.*

3º

Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.

4º

Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

5º

Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*».*

El artículo 153 del Código Penal, queda redactado como sigue:

«1

El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, ***cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor****, será castigado con la pena de prisión de* ***seis*** *meses a un año o* ***de*** *trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un* ***año y un día*** *a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

2

Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

6

De entre las primeras manifestaciones que se han hecho a este respecto, véanse las críticas vertidas sobre el Proyecto de Ley por parte del Grupo de Estudios de Política Criminal en los diarios *El País*, *El Mundo* y *ABC*; Gimbernat Ordeig, *Prólogo a la décima edición del Código Penal*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 17 y ss.; Martínez-Buján Pérez, "Una rectificación insuficiente del Gobierno", *La Voz de Galicia*, 9 de julio de 2004. Asimismo véase el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer.

7

La Real Academia Española (RAE) elaboró el pasado 13 de mayo de 2004 un completo informe sobre la expresión "violencia de género" en el que recomendó el uso de la denominación "violencia doméstica" y no "de género". En lugar de este último anglicismo propuso que el proyecto de Ley integral contra la violencia de género pasase a denominarse "Ley integral contra la violencia doméstica o por razón de sexo".

En el mencionado informe la RAE indicó que la palabra "género" tiene en español los sentidos generales de "conjunto de seres establecido en función de características comunes" y "clase o tipo". Recuerda además el significado gramatical de género y su clasificación en masculino, femenino y, en algunas lenguas, también en neutro, y señala que para designar la condición orgánica, biológica, por la cual los seres vivos son masculinos o femeninos, "debe emplearse el término 'sexo'".

Es decir, "las palabras tienen 'género' y no 'sexo', mientras que los seres vivos tienen 'sexo' (y no 'género'). El origen de la expresión "violencia de género" procede, como señala Lázaro Carreter, de la Conferencia de Pekín de 1995, en la que ciento ochenta gobiernos firmaron un documento donde se adoptaba el vocablo inglés gender, "sexo", para combatir la *violence of gender* (la ejercida por los hombres sobre las mujeres) y la *gender equality* de mujeres y hombres.

De ahí que se preguntara el ilustre lingüista aragonés si "deben obedecerse las leyes, decretos, regulaciones y demás rémoras contra el libre albedrío humano cuando contienen yerros idiomáticos reveladores de que, al dictarlas, se ha hecho una higa al diccionario"; véase Lázaro Carreter, *El nuevo dardo en la palabra*, Aguilar, 2ª ed., Madrid, 2003, pp. 193 y ss.

8

Los arts 28 bis a 32, que comprenden la tutela penal, fueron aprobados por 190 votos a favor, 130 en contra y una abstención.

3

Las penas previstas en los dos apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza».

Se añaden dos apartados, numerados como 4 y 5, al artículo 171 del Código Penal, que tendrán la siguiente redacción:

«4

El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

5

El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza».

El contenido actual del artículo 172 del Código Penal queda numerado como apartado 1 y se añade un apartado 2 a dicho artículo con la siguiente redacción:

«2

El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado» [9].

El artículo 620 del Código Penal queda redactado como sigue:

«Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:

1º

Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

2º

Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.



En los supuestos del número 2º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.»

El texto en negrita ha sido introducido en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley en el Congreso.

El sujeto activo de todos los comportamientos considerados en el Proyecto como delito cuando la víctima es una mujer, viene definido por el anónimo "el que", por lo que se plantea la pregunta de a quién se refiere el aludido "el que". En efecto, puede ser un hombre, ¿pero cabe también la posibilidad de que se trate de una mujer? El espíritu de la ley reduce el ámbito de los autores sólo a los hombres, según el artículo 1.1 del Proyecto, que establece que «la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

Ahora bien, la incorporación de todos estos preceptos al Código penal puede llevarnos a poner en duda que el hombre sea el único sujeto activo, lo que implica cuestionar al mismo tiempo que se trate de una ley integral para la mujer, puesto que su contenido acabará fragmentándose e integrándose en el cuerpo legislativo correspondiente (penal, procesal, etc.), de modo que en el futuro no se acudirá a ella como punto de referencia único. Pero volviendo a la primera pregunta: ¿es que acaso no puede plantearse que una mujer cometa estas conductas contra su propia pareja que también es mujer y que, en consecuencia, pueda ser castigada por estos delitos que sólo mencionan la condición de mujer en el ámbito del sujeto pasivo, pero no en el del sujeto activo? Si la respuesta fuera afirmativa, lo paradójico sería que sólo se comprendieran las coacciones leves, las amenazas leves, los malos tratos y las lesiones en parejas homosexuales femeninas, pero no en parejas homosexuales masculinas.

La vidriosa problemática que se plantea es si se pueden establecer figuras delictivas atendiendo exclusivamente a la circunstancia sexual del sujeto que, o bien las sufre, o bien las realiza, prescindiendo de cualquier otro fundamento material que lo acompañe. Desde un punto de vista histórico, no está de más indicar que tal manera de establecer formas delictivas en función de la condición sexual de la víctima o del autor recuerda otras figuras de antaño que se incluían en los códigos penales del siglo XIX y que afortunadamente fueron desapareciendo a lo largo del siglo XX [10].

Pues bien, la explicación de la actual tendencia legislativa, que aun cuando recuerda tiempos pretéritos, no tiene nada que ver con ellos ni en su génesis ni en su filosofía, puede encontrarse en los "nuevos gestores de la moral colectiva" a los que se refiere Silva Sánchez, y en concreto a asociaciones como las feministas [11] que se han convertido, como señala Gimbernat Ordeig, «en grupos de presión que pretenden –y en muchos casos consiguen– la consagración legislativa de sus postulados, acudiendo precisamente a la criminalización o, en su caso, cuando el comportamiento está ya previamente tipificado, al endurecimiento de las sanciones» [12].

9

Por cierto, obsérvese que sólo en el supuesto de las amenazas leves y no en el de las coacciones leves, se ha tipificado en el número 5 del artículo 171 la misma conducta como delito cuando afecte a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.

10

Nos referimos, a mero título de ejemplo, al delito de violación tipificado en el artículo 429 del Código Penal de 1973 y antes de la reforma operada sobre este texto legal en 1989. En este precepto se establecía que: «La violación de una *mujer* será castigada con la pena de reclusión menor. Se comete violación yaciendo con una *mujer* en cualquiera de los casos siguientes:

- Cuando se usare fuerza o intimidación.
- Cuando la *mujer* se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa.
- Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores».

No obstante, recientemente ha habido un intento previo de introducción de un delito especificando que el sujeto pasivo tenía que ser una mujer, concretamente en el Proyecto de la LO 11/2003, en el artículo 149.2 del Código Penal que establecía «el que causare a una *mujer*, cualquiera que fuese su edad, la ablación del clítoris u otra mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Si la víctima fuere menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años, si el Juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz». Aunque la redacción final de este segundo apartado del artículo 149 ha sido otra, la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, publicada en el BOE de 30 de septiembre de 2003, se refiere expresamente a «la mutilación genital de *mujeres y niñas* como práctica que debe combatirse con la máxima firmeza».

11

Véase Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 66 y ss.

12

Véase Gimbernat Ordeig, *Prólogo a la décima edición del Código penal*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 18. Véase también en este sentido Martínez-Buján Pérez, "Una rectificación insuficiente del Gobierno", *La Voz de Galicia*, 9 de julio de 2004.

De entrada no hay que ignorar que la igualdad de derechos en el plano jurídico entre el hombre y la mujer desde nuestra Constitución de 1978 no se ha visto reflejada totalmente en el devenir social, que ha puesto de manifiesto una desigualdad de hecho entre hombres y mujeres en diversos ámbitos, entre ellos el de la convivencia familiar, expresión que empleamos en sentido amplio. Así, por ejemplo, hay hombres que maltratan a sus mujeres, prescindiendo de que son personas con los mismos derechos que ellos [13]. Esta reforma a la vista de la desigualdad imperante en muchos casos utiliza unos instrumentos jurídicos para establecer una discriminación (positiva) que compense dicha desigualdad. No obstante, la idea del tratamiento desigual entre hombre y mujer no es la idea rectora que preside todo el Proyecto, porque en ámbitos como el educativo se parte precisamente del fomento de la igualdad entre los sexos. En cambio, en otros sectores como el publicitario, el asistencial o el laboral se establecen medidas de discriminación positiva. También así se procede en el ámbito penal, pero la cuestión que se plantea no es tanto si esta discriminación es positiva o negativa, sino si estamos en presencia de un Derecho penal de autor frente al modelo garantista del Derecho penal del hecho, lo que podría dar al traste con el principio de culpabilidad [14]. No se trata tanto de si el criterio empleado en el Proyecto establece un Derecho penal de víctima, que puede ser legítimo, sino un Derecho penal de autor, que en ningún caso puede considerarse lícito. Por ejemplo, el Derecho penal sexual de menores es un Derecho penal de víctimas, pero el sujeto activo puede ser tanto un hombre como una mujer. En este particular ámbito está justificado un Derecho penal sexual de menores frente al Derecho penal sexual de adultos por la especial protección dispensada en la Constitución española y en los Acuerdos Internacionales a los menores.

A pesar del incesante aumento de las cifras de fallecimientos producidos por este tipo de violencia no se modifican los delitos contra la vida, sino únicamente algunos delitos contra la integridad corporal (malos tratos y lesiones) y algunos delitos contra la libertad (amenazas y coacciones). Tampoco se ha establecido un tipo agravado cuando la víctima "sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia" en los delitos sexuales [15], aun cuando en ellos las víctimas son de forma abrumadoramente mayoritaria las mujeres. No obstante, si esta reforma se centra exclusivamente en la agravación cuando la víctima sea una de las señaladas en las coacciones leves, amenazas leves, lesiones leves y graves o malos tratos, por qué razón se ignora en las lesiones más graves de los artículos 149 y 150 del Código Penal, las amenazas y las coacciones cuando no sean leves, las torturas y otros tratos degradantes, o las detenciones ilegales y los secuestros. Máxime cuando en el artículo 1.3 del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género se establece que «la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad». Esta protección integral que se pretende lograr en el Proyecto a favor de la mujer y frente a las agresiones de todo tipo de su pareja masculina, no se refleja pues sistemáticamente en el articulado del Código Penal en relación con los delitos y faltas contra las personas. Allí donde no está prevista expresamente la agravación hay que entender que habrá paridad de trato para el autor, sea hombre o mujer. Parece que asistimos a una protección asistemática, cuya razón de ser podría consistir en que la penalidad de las faltas, ahora transformadas en delito, resultaba insuficiente desde el punto de vista de la prevención general en la lucha contra la discriminación sexual cuando adopta la forma de violencia contra la mujer, pero esta explicación no resulta satisfactoria, porque se estaría justificando una agravación de la pena por razones meramente preventivas. Sin embargo, sólo si la polí-



13 Véase la Exposición de Motivos del Proyecto que indica que la violencia de género «se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión».

14 Véanse a este respecto, sobre el Derecho penal de autor y su contraposición con el principio de culpabilidad, las SsTC RTC 1991/151, de 4 de julio; RTC 1998/61, de 17 de marzo y las SsTS RJ 2003/1992, de 22 de enero y RJ 2001/9089, de 30 de octubre.

15 En relación con el supuesto relativo a la víctima especialmente vulnerable que conviva con el autor puede entenderse ya comprendido por la circunstancia nº 3ª del art. 180.1, aplicable a las agresiones y abusos sexuales. En el acoso sexual (art. 184.3) y en la prostitución (art. 188.1) se tiene en cuenta también esta circunstancia de la víctima.

16 Véase Bodelón González, "Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal", en *Sistema penal y problemas sociales* (Roberto Bergalli, coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 472-484.

17 Véase en este sentido el *Informe del Consejo General del Poder Judicial* al Anteproyecto de la Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia



tica del legislador obedeciera a que han cambiado efectivamente las valoraciones ético-sociales sobre estos fenómenos, y si lo que hasta hace poco era tenido por leve pasa actualmente a reputarse como grave, entonces cabría atender a una mayor gravedad del hecho desde el punto de vista del contenido de lo injusto y de la culpabilidad. A este respecto se puede constatar que ha habido una evolución presente en los últimos años en virtud de la cual la violencia contra las mujeres ha pasado de ser únicamente un problema de agresiones interpersonales, a un problema social como consecuencia de una desigualdad de las relaciones de pareja entre hombre y mujer [16].

La objeción de una posible inconstitucionalidad por supuesta infracción del principio de culpabilidad de este Proyecto en la tutela penal, se ha intentado superar introduciendo una tipificación expresa basada en la especial vulnerabilidad de la víctima que convive con el autor, atribuyéndole la misma penalidad que la prevista para el caso de la agresión del hombre sobre su pareja femenina. Esta fórmula no plantearía problemas en torno a la discriminación si la agravación se hubiese centrado en general en todas las personas especialmente vulnerables. Sin embargo, como no ha sido así y se mantienen dos supuestos alternativos, se produce la impresión de que la ley presume una mayor vulnerabilidad de la mujer, que siendo cierto en el plano social y en relación con la condición de mujer, puede no serlo en la situación concreta y real, atribuyéndole al autor lo que sería obra de otros [17]. Siguiendo la tesis de Martín Vida, que analiza cuál es el fundamento jurídico-normativo en la Constitución española que justifica el empleo de las medidas de acción positiva en favor de los miembros de colectivos tradicionalmente discriminados (en particular de las mujeres), para que se pueda poner en marcha un programa de acción positiva a favor de los miembros de un cierto colectivo, es imprescindible que el mismo haya padecido una situación constatable en el tiempo de marginación, que ponga de manifiesto una discriminación de tipo estructural que haga imposible hallar las causas precisas a las que obedece. Como en la mayoría de casos resulta imposible determinar quién es el responsable individual de la situación de discriminación, se opta —según la autora citada— por favorecer al colectivo con carácter general [18]. Esto, sin embargo, no sucede en el ámbito penal, porque se puede identificar y castigar en la mayoría de los casos al autor responsable. Dicho de otra forma, esta atribución de responsabilidad con carácter general es incompatible con los principios del Derecho penal moderno en un Estado de Derecho, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad "concretos" por el hecho propio, y no por hechos ajenos.

No obstante, se pretende proteger a la mujer de forma especial porque generalmente es la víctima en estos delitos [19]. Esto se traduce en un mayor castigo del agresor cuando es hombre, pero únicamente en el ámbito de la relación de pareja. Porque si la discriminación se estableciera con carácter general y en cualquier ámbito sin duda constituiría un Derecho penal de autor. Pero ¿es un Derecho penal de autor reducir la discriminación a una parcela de las relaciones hombre-mujer determinada, la de relación de pareja, aun cuando la pretensión principal sea la de proteger de un modo especial a la mujer? En realidad sólo de una forma indirecta se protege a la víctima mujer frente a futuras agresiones, pero no frente a la ya realizada por la que se hace intervenir al Derecho penal y a sus consecuencias jurídico penales [20]. Lo cierto es que el efecto inmediato de la discriminación es la agravación de la pena al autor. Pero hay un efecto inescindible de esa protección especial para la mujer que se traduce también en un efecto secundario privilegiante cuando es ella la agresora contra su cónyuge o pareja masculina. La introducción de un nuevo apartado cuando la víctima es especialmente vulnerable salva la cuestión en los supuestos en los que la víctima-hombre es especialmente

ejercida sobre la mujer. Además aquí se revela una falta de sintonía interna en esta reforma cuando se exige expresamente en los supuestos de especial vulnerabilidad de la víctima la convivencia con el autor, siendo que no se requiere en el caso de que la víctima sea la mujer, ni tampoco se corresponde con que buena parte de los sujetos del art. 173.2 del Código Penal hayan dejado de estar vinculados en todos los supuestos por el nexo de la convivencia.

18 Véase Martín Vida, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2002, p. 150.

19 Véase el *Informe de la actividad de los órganos judiciales sobre violencia doméstica*, año 2003, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, que señala que las mujeres constituyen el 90 % de las víctimas y los hombres son el 10 % restante. Consúltese el mencionado informe en la siguiente página web: http://www.poderjudicial.es/cgpj/Docuteca/ficheros.asp?intcodigo=3477&IdDoc=S

20 En opinión de Larrauri, una mayor criminación no comporta una mayor protección de las mujeres, y, por otro lado, considera esta autora que si se pretende hacer creer que una mera elevación de penas o la creación de nuevos delitos mejorará la situación de las mujeres, se están creando expectativas que luego se defraudan; véase Larrauri Pijoán, "¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 12, 2003, p. 276.

vulnerable, pero no deja de verse en tales casos que, la ley, queriendo proteger a la mujer cuando es víctima, acaba premiándola también cuando es agresora (y su víctima no es especialmente vulnerable). Por tanto, salvo que hallemos un fundamento material ajeno a la especial vulnerabilidad de la víctima que explique la diferencia de trato de hombre y mujer en determinados casos, nos hallaríamos ante un Derecho penal de autor basado en la presunción de especial vulnerabilidad de la mujer, que tiene su correlato en la peligrosidad del autor que también se acabaría presumiendo, tal y como ha precisado Gimbernat Ordeig [21].

Se podría deducir implícitamente en estos delitos que la condición de ser hombre en una relación de pareja heterosexual y consecuentemente víctima la mujer, no es un elemento típico (de la autoría y de la víctima), sino una condición objetiva de mayor punibilidad basada en consideraciones de política criminal, puesto que parece haberse prescindido de la posición de dominio en la configuración de las relaciones entre el sujeto pasivo y el activo, y únicamente se ha atendido al dato objetivo y exclusivo de la condición de hombre como sujeto activo y de mujer como sujeto pasivo. Así, podría incurrir también en este delito el hombre que desde una posición de inferioridad respecto de su cónyuge o pareja femenina la golpea, amenaza o coacciona levemente. Pero la configuración de tal cualidad como una condición objetiva de mayor punibilidad produciría graves consecuencias en el tratamiento del error, que es irrelevante, pues no se contempla en el Código Penal. Por ejemplo, en una discusión familiar el hombre, enfadado porque la hija ha llegado tarde a casa, golpea en lugar de a ésta, por error a su esposa, habría realizado la conducta tipificada en el artículo 153.1 (pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años), algo evidentemente inaceptable y absurdo. En cualquier caso nos encontraríamos con un vestigio de responsabilidad objetiva. Estas reflexiones nos conducen a cuestionarnos una vez más si los tipos delictivos referidos han de aplicarse mayoritariamente contra los hombres o sólo contra los hombres, y si han de aplicarse a aquellos hombres a quienes se debe atribuir responsabilidad penal en concreto o si, por el contrario, han de aplicarse a todos los hombres porque estructuralmente la discriminación (negativa) de la mujer es un problema general del que todos son responsables. En nuestra opinión, es necesario encontrar un criterio que proporcione un fundamento material para atribuir responsabilidad penal en concreto por esta clase de hechos.

Con arreglo a una interpretación teleológico-sistemática se puede encontrar un fundamento material que explique la limitación de la autoría a la condición de ser hombre, y que reside, por un lado, en que el hombre, en la realización de estas conductas, ejerce su posición dominante en la relación de pareja con una mujer, de manera que el abuso de poder en dicha relación es lo que fundamenta una mayor gravedad de lo injusto de estos comportamientos que en los restantes. Sin embargo, esto no es suficiente, pues dicho fundamento material se comparte en todas las figuras delictivas en que se relacionan como víctimas los sujetos del art. 173.2, y en consecuencia también una mujer puede ejercer una posición de dominio en sus relaciones de pareja homosexual. Pero, por otro lado, con base en el artículo 1.1 del Proyecto se puede deducir que en estos hechos realizados por hombres contra sus mujeres existe una mayor gravedad de la culpabilidad, puesto que el motivo que impulsa al autor a cometer el delito es la discriminación por razón del "sexo femenino" con lo que nos encontramos con un elemento subjetivo de la culpabilidad, que excluye claramente las agresiones de mujeres contra sus parejas femeninas. Se trata entonces de un Derecho penal del hecho, porque se castigan hechos concretos y la condición de la autoría (y de la víctima) fundamenta una mayor gravedad de lo injusto y de la culpabilidad si atendemos a las razones materiales expuestas. Porque atender a determinados motivos o actitudes internas del sujeto activo no debe conducir necesariamente a interpretar los tipos conforme al Derecho penal de autor [22]. No obstante, cabe poner de manifiesto que la pena sería superior si a los tipos básicos de los arts. 153.2 y 171.5 de los sujetos mencionados en el art. 173.2 se les hubiera añadido la agravante genérica de obrar por motivos discriminatorios (pena en su mitad superior), evitando con ello los problemas que genera la cuestión de la discriminación positiva en el Derecho Penal. Pues, aunque ciertamente la discriminación —positiva para la mujer, pero negativa para el hombre— no logra evitarse, es asumible desde los principios penales. Al fin y al cabo la misma conducta realizada a la inversa (la mujer sobre el hombre) podría castigarse con una pena mínima superior a través de la apre-

21 Véase Gimbernat Ordeig, op. cit.

22 Véase Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, "Band I", 3. *Auflage*, Verlag C.H. Beck, München, 1997, 139.

23 Véase nuestra propuesta de interpretación del fundamento de la autoría del delito del art. 153 aún vigente en "El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo y similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 14, 2004, en prensa.

24 Véase sobre esta particular cuestión Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, pp 147 y ss.

ciación de la circunstancia agravante de motivos discriminatorios.

Si apreciamos este doble fundamento material marginando el mero dato objetivo de la concurrencia de una determinada condición sexual, podemos evitar algunas valoraciones evidentemente injustas como, por ejemplo, los malos tratos recíprocos en una pareja hombre-mujer incluidos literalmente en el artículo 153 del Código Penal y que darían lugar, prescindiendo del fundamento material señalado, a que al hombre se le castigara con mayor pena que a su pareja [23]. Además, en aquellas relaciones de pareja en las que hay violencia, puede haber una reacción defensiva con un exceso y el dato de quién es hombre o mujer, exclusivamente, no nos proporciona la información de quién es el maltratador.

Si no apreciamos el doble fundamento material que hemos puesto de relieve, otra alternativa legislativa para castigar más gravemente estos supuestos habría sido la de establecer un tipo agravado en función de la especial vulnerabilidad de la víctima, que casi siempre será la mujer. Lo que no es admisible es que se presuma una mayor vulnerabilidad de la víctima sin que se admita prueba en contrario. Pero esta perspectiva implica partir tan sólo del abuso de una relación de superioridad (del hombre sobre la mujer), sin atender a los motivos discriminatorios que están en la base de las relaciones de pareja dominadas por el ejercicio puntual de violencia física o psíquica contra la mujer.

En conclusión, una propuesta de interpretación de todos estos tipos delictivos con arreglo al doble fundamento presentado conduciría a la siguiente clasificación de conductas:

A

las agresiones leves (que consistan en coacciones, amenazas con o sin armas u otros instrumentos peligrosos, malos tratos y lesiones) sin que concurra ni el abuso de la relación de poder, ni los motivos discriminatorios deben ser calificadas como faltas (arts. 617 y 620);

B

las agresiones leves que consistan en coacciones o amenazas sin armas u otros instrumentos peligrosos en las que concurra el abuso de la relación de poder han de ser calificadas como falta agravada a tenor del art. 620 *in fine*;

C

las agresiones leves que consistan en malos tratos, lesiones y amenazas con armas u otros instrumentos peligrosos en que concurra el abuso de la relación de poder, siendo el sujeto pasivo alguna de las personas citadas en el art. 173.2, han de ser calificadas como delito (arts. 153.2 y 171.5);

D

y, finalmente, las agresiones leves consistentes en coacciones, amenazas, malos tratos y lesiones, así como las lesiones graves, realizadas todas ellas con abuso de la relación de poder y por motivos discriminatorios, que son ejercidas contra la esposa o pareja femenina deben calificarse a través de las figuras superagravadas correspondientes de los arts. 148.4.º, 153.1, 171.4 y 172.2.

Por último, hay que resaltar también la presunta incoherencia intrasistemática en la que se incurriría cuando la violencia es puntual u ocasional, puesto que hay un trato diferenciado de los hechos en virtud del sexo, frente a los supuestos en los que la violencia o intimidación tiene carácter habitual (art. 173.2 del Código Penal), para el que el sexo de la víctima es irrelevante. Sin embargo, el fundamento material que hemos atribuido anteriormente para los casos en los que la víctima es la (ex)esposa o (ex)pareja femenina, relativo a los motivos discriminatorios del autor, no es posible llevarlo a una eventual modificación del art. 173.2 con base en el mismo sujeto pasivo sin que esto pudiera ser tachado abiertamente como un Derecho penal de autor. Esta calificación sería válida al menos parcialmente y en lo que concierne a la agravación, puesto que aparte de los hechos reiterados y habituales que efectivamente se castigan (Derecho penal de hecho), queda un aspecto de la valoración jurídica directamente vinculado a un determinado plan de vida (maltratador) y a la adopción de una determinada actitud existencial (machista) [24].

Por otra parte, la mencionada superagravación es facultativa en las lesiones graves, y obligatoria en cambio en las lesiones leves, los malos tratos, las amenazas leves y las coacciones leves. No obstante, en estos últimos delitos está previsto que el juez pueda imponer una pena inferior en grado en atención a las circunstancias personales del "autor" (no de la víctima) y a las circunstancias concurrentes en la realización del hecho, tipo privilegiado que sin embargo no se contempla en relación con el resto de tipos que comprenden este género de violencia.

La explicación para esto puede residir que estos tipos privilegiados sirven como elementos de corrección de la posible discriminación negativa de los hombres, pues en atención a sus circunstancias personales (que se trate de una persona no violenta, que no obre por motivos discriminatorios, etc.) o a las del hecho (reacciones defensivas, etc.) se puede atenuar la pena, hasta un extremo al que no llegaría nunca la mujer cuando fuera agresora. De forma que se complica tanto la regulación que al final no se sabe bien si se está discriminando positivamente al hombre o a la mujer. Aunque en términos globales sale más favorecida la mujer, pues ni puede realizar el tipo superagravado (salvo en aquellos casos excepcionales en que su víctima sea especialmente vulnerable y conviva con ella), ni el tipo privilegiado, sino que en general y en su caso responderá del tipo básico común, mientras que si el sujeto activo es el hombre lo normal será que responda del tipo superagravado, salvo en el supuesto raro y excepcional en el que se le aplique el tipo privilegiado.

Jornadas Internacionales

sobre las reformas penales y procesales del fenómeno de la

violencia doméstica

Fechas 24 y 25 de febrero. 3, 4, 10 y 11 de marzo de 2005.

Lugar Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

Organizan Área de Derecho Penal, Grupo de Estudios Penales y Escuela de Práctica Jurídica.

Matrícula 50 € público en general.
35 € estudiantes de la Universidad de Zaragoza.
C/C de Ibercaja núm. 2085-0111-73-0330114320.

Plazas Limitadas.

Inscripciones Formalización de matrícula Pueden realizarse hasta el 22 de febrero en la Escuela de Práctica Jurídica. (Facultad de Derecho. Edificio Nuevo), de 16 a 20 horas. Teléfono 976 761 490. E-mail esprjur@unizar.es

Efectos académicos Obtención de Diploma acreditativo de asistencia. 2 créditos de libre elección, reconocidos por la Comisión de Docencia de la Facultad de Derecho, para los estudiantes de dicho centro que acrediten la asistencia a las Jornadas y que superen la prueba de evaluación.

Coordinación Miguel Ángel Boldova Pasamar y Mª Ángeles Rueda Martín.

IAM Instituto Aragonés de la Mujer

ibercaja

GOBIERNO DE ARAGON
Departamento de Servicios Sociales y Familia

INSTITUTO ARAGONÉS DE LA MUJER

HUESCA
E-mail: iamhu@aragon.es

- **ALTO GÁLLEGO**
  Plaza de España, 2. Ayuntamiento. Teléfono 974 480 005. Sabiñánigo.
- **BAJO CINCA**
  P.º Barrón Segoñe, 7 bajos. Teléfonos 974 454 382 – 974 472 147. Fraga.
- **CINCA MEDIO**
  Plaza Mayor, 4. Teléfono 974 403 009. Monzón.
- **HOYA DE HUESCA**
  Ricardo del Arco, 6. Teléfono 974 293 031. Huesca.
- **JACETANIA**
  Avda. de Levante, 10. Teléfono 974 356 735. Jaca.
- **LA LITERA/LA LLITERA**
  Dr. Flemig, 1. Teléfono 974 431 022. Binéfar.
- **MONEGROS**
  Plaza de España, 1. Teléfono 974 391 276. Sariñena.
- **RIBAGORZA**
  Ángel San Blancat, 6. Teléfono 974 540 390. Graus.
- **SOBRARBE**
  La Solana, s/n. Teléfonos 974 500 909 – 699 319 053. Aínsa.
- **SOMONTANO DE BARBASTRO**
  P.º de la Constitución, 2. Teléfono 974 310 150. Barbastro.

TERUEL
E-mail: iamter@aragon.es

- **ANDORRA-SIERRA DE ARCOS**
  Aragón, 4. Teléfono 978 843 853. Andorra.
- **BAJO ARAGÓN**
  Mayor, 2 bajo dcha. Teléfono 978 871 217. Alcañiz.
- **CALAMOCHA**
  Avda. de Valencia, 3. Teléfono 978 731 618. Calamocha.
- **CUENCAS MINERAS**
  Escucha, s/n. Teléfono 978 756 795. Utrillas.
- **GÚDAR-JAVALAMBRE**
  Pza. de la Villa, 1. Teléfono 978 800 008. Mora de Rubielos.
- **MAESTRAZGO**
  Ctra. del Pantano, s/n. Teléfono 978 887 574. Castellote.
- **MATARRAÑA/MATARRANYA**
  Avda. Cortes de Aragón, 7. Teléfono 978 890 102. Valderrobres.
- **SIERRA DE ALBARRACÍN**
  Portal de Molina, 16. Teléfono 978 704 024. Albarracín.
- **TERUEL**
  San Vicente de Paúl, 1. Teléfono 978 641 050. Teruel.

ZARAGOZA
E-mail: iam@aragon.es

- **ARANDA**
  Plaza de España, 6 bajos. Teléfono 976 822 362. Illueca.
- **CAMPO DE BELCHITE**
  Ronda de Zaragoza, s/n. C. S. La Granja. Teléfono 976 830 004. Belchite.
- **CAMPO DE BORJA**
  Mayor, 17. Teléfono 976 852 028. Borja.
- **CAMPO DE CARIÑENA**
  Avda. Goya, s/n. Teléfono 976 622 101. Cariñena.
- **CAMPO DE DAROCA**
  Plaza de España, 6 bajos. Teléfono 976 800 713. Daroca.
- **CASPE**
  Plaza de España, 1. Ayuntamiento. Teléfono 976 639 078. Caspe.
- **CINCO VILLAS**
  Avda. Cosculluela, 1. Teléfono 976 661 515. Ejea de los Caballeros.
- **COMUNIDAD DE CALATAYUD**
  San Juan el Real, 6. Teléfono 976 881 018. Calatayud.
- **RIBERA ALTA DEL EBRO**
  Plaza de España, 1. Teléfono 976 610 300. 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**
  C/ de las Torres, 73. Teléfono 976 716 720. Zaragoza.
  http://portal.aragon.es

IAM
Instituto Aragonés de la Mujer

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

ASESORÍA JURÍDICA

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

ASESORÍA PSICOLÓGICA

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

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

ASESORÍA LABORAL
iamlaboral@aragon.es

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

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

ASESORÍA EMPRESARIAL
iamza@aragon.es

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

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

ASESORÍA SOCIAL

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

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

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

C O N T E N I D O

Editorial 5

DERECHO COMUNITARIO

El concepto de "familia nuclear"
en la Directiva Europea 2003/86/CE sobre reagrupación familiar.
Por Rosa Mª Moliner Navarro.
Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de València 6

Guía para la evaluación del impacto en función del género 18

DERECHO ESPAÑOL

Últimas transformaciones
del derecho a la reagrupación familiar.
Por Lucía Aparicio.
Licenciada en Derecho. Universidad de Valencia 23

El informe sobre el impacto por razón de género
en la elaboración de las disposiciones normativas.
Por Miguel Rodríguez-Piñero.
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Consejero de Estado. Ex-Presidente del Tribunal Constitucional.
Director de la revista Relaciones Laborales.
(Relaciones Laborales, núm. 20, 2004, pp. 119-128).
Con licencia para su publicación y derechos de Copyright cedidos
por Editorial La Ley 31

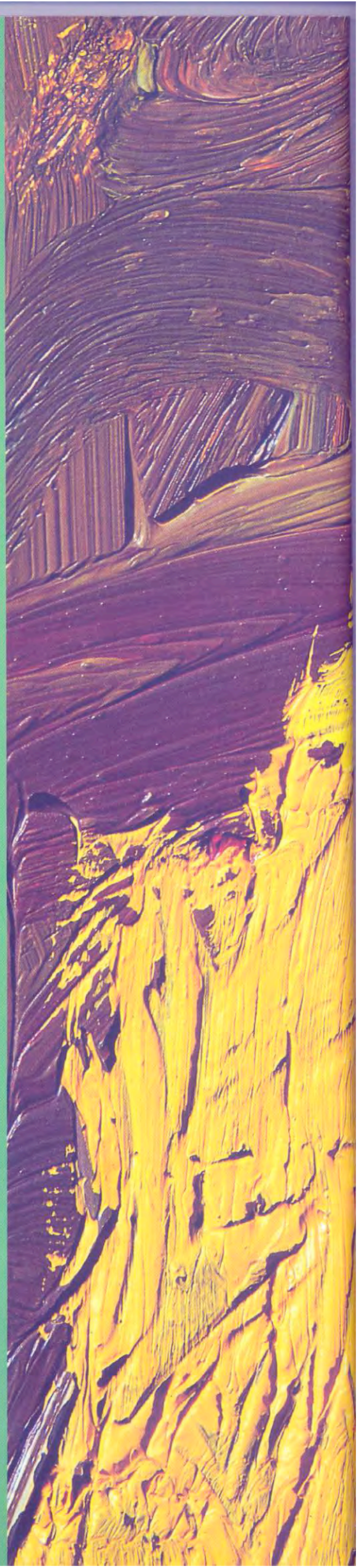
El informe sobre el impacto de género en la elaboración normativa.
Por José Fernando Lousada Arochena.
Magistrado del Tribunal Superior de Galicia, Sala de lo Social.
(La Ley, núm. 6092, jueves, 23 de septiembre de 2004, pp. 1-4).
Con licencia para su publicación y derechos de Copyright cedidos
por Editorial La Ley 39

Matrimonios simulados: de conveniencia, blancos, nulos.
Problematica sobre su inscribibilidad ante la duda de la falta de consentimiento.
La doctrina de la DGRN en torno al tema.
Por Mª Lourdes Martínez de Morentín Llamas.
Profesora Ayudante Dr. Facultad de Derecho. Zaragoza 47

Incidencia de las últimas modificaciones
sobre permisos por maternidad en la profesión militar.
Por Mª Jose Lopera Castillejo.
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza 57

FORO DE DEBATE

La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal.
(Reflexiones de urgencia sobre la tramitación
del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral
contra la violencia de género).
Por Miguel Ángel Boldova Pasamar y Mª Ángeles Rueda Martín.
Profesores Titulares de Derecho Penal en la Universidad de Zaragoza.
(La Ley, diciembre, 2004).
Con licencia para su publicación y derechos de Copyright cedidos
por Editorial La Ley 65



IAM Instituto Aragonés de la Mujer
Universidad de Zaragoza
UNIÓN EUROPEA Fondo Social Europeo
GOBIERNO DE ARAGON Departamento de Servicios Sociales y Familia