

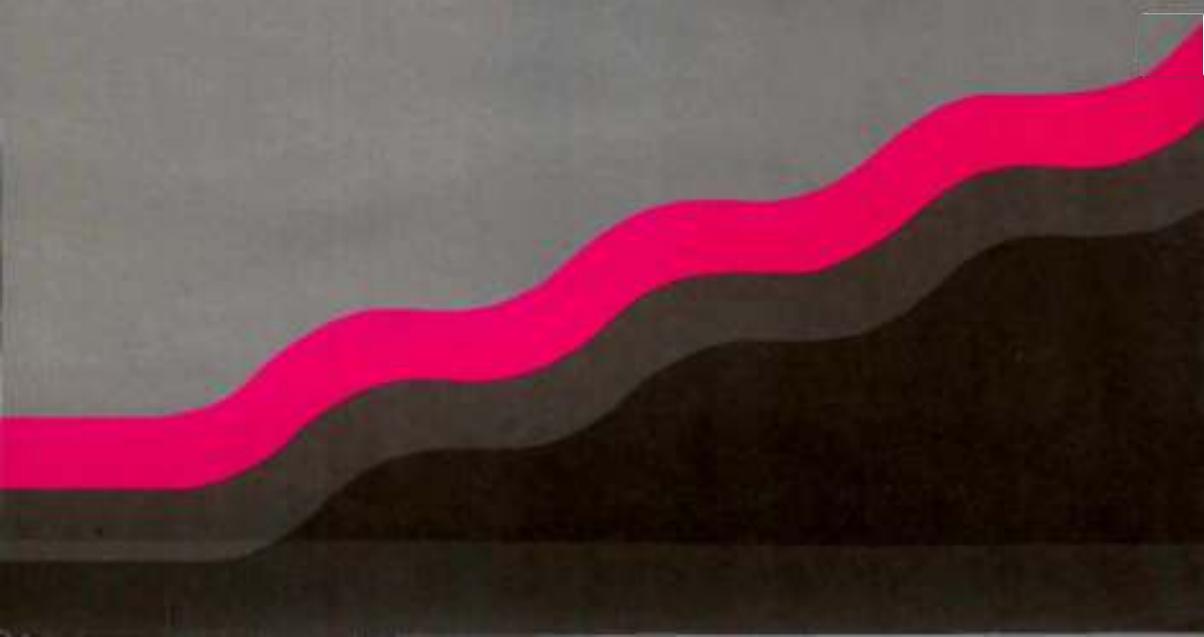
ANA RUBIO CASTRO (Ed.)

Los desafíos de la Familia Matrimonial

Estudio multidisciplinar en Derecho de Familia

ESTUDIOS

14



Los desafíos de la Familia Matrimonial

Estudio multidisciplinar en Derecho de Familia

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER
SEVILLA
2000

Para superar los peligros del olvido

A Carmen Olmedo, por su trabajo y su esfuerzo inestimable

© y Edición

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER

Alfonso XII, 52 - 41002 Sevilla

I.S.B.N.: 84-7921-076-1

Depósito Legal: SE-2.005/2000

Maquetación y Diseño:

Eulalia Conde

Imprime:

Tecnographic, S.L.

PRESENTACIÓN

Durante siglos, las mujeres se han visto privadas de la posibilidad de desarrollar al máximo sus capacidades. La sociedad andaluza, como tantas otras adoptó ideas, normas e instituciones jurídicas que han venido perpetuando un determinado papel para ellas.

Así, históricamente, la institución matrimonial ha constituido un espacio de discriminación para las mujeres; de limitación de sus derechos y de su capacidad de obrar, asignándoles una posición subordinada dentro de la misma.

No obstante, el desarrollo del principio constitucional de igualdad –artículo 14– y, especialmente, su aplicación al matrimonio –artículo 32– han propiciado una importante modificación de las leyes y desterrado de nuestras normas figuras legales que sustentaban esa posición secundaria de las mujeres en la sociedad y en la institución matrimonial.

En el plano formal, en efecto, hemos ido evolucionando hacia la igualdad, que ha de ser efectiva y real; esta situación también se hace patente en instituciones con siglos de permanencia, como es el caso de la familia, que presenta una estructura fuertemente jerarquizada. Se requiere una revisión de esta institución para adecuarla a los nuevos modelos de familia que surgen en la sociedad actual: padres y madres solos que viven con hijas e hijos a su cargo; uniones de hecho, del mismo o distinto sexo; matrimonios con inmigrantes, y entre éstos, que precisan del ejercicio de su derecho de reagrupación familiar.

Queda claro que están aflorando nuevos modelos de familia y una forma diferente de entender las relaciones y los papeles de las mujeres y de los hombres en la sociedad: ellas ejerciendo cada vez un mayor protagonismo en todos los ámbitos de la vida pública –al tiempo que asumen la difícil tarea de armonizar esta situación con las responsabilidades de la vida familiar– y ellos desempeñando un papel más activo en el ámbito privado.

Pues bien, aunque podamos hablar de logros alcanzados, nuestras leyes no responden a las necesidades que plantea este nuevo modelo de familia y esta nueva asunción de funciones por parte de hombres y mujeres.

Interiorizar el principio de igualdad y democratizar la estructura familiar requieren del compromiso y esfuerzo continuo, de modo que sigamos avanzando en la erradicación de la discriminación contra las mujeres y en la adecuación legal de las estructuras a los nuevos modelos de convivencia.

Por otra parte, no podemos olvidar que, a pesar del debate que está emergiendo en la sociedad, el modelo de familia matrimonial es el adoptado por un importante sector de la población y, en su regulación formal y en sus arraigados convencionalismos, quedan muchas cuestiones pendientes que limitan el avance hacia la efectiva igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres.

Entre estas cuestiones pendientes, señalaremos la necesaria reflexión que requieren las reminiscencias del pasado que podemos rastrear en la ley y sus aplicadores; la violencia doméstica; la presunción de paternidad del marido y las dificultades para modificarla, los efectos de la separación matrimonial, los pronunciamientos judiciales al respecto, etc.

Un grupo de mujeres expertas en Derecho han abordado éstos y otros temas en el presente estudio que, sin lugar a dudas, nos aportará interesantes elementos para el diálogo.

*Teresa Jiménez Vilchez
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer*

INTRODUCCION	11	ANA RUBIO CASTRO
1 LA FAMILIA MATRIMONIAL: ENTRE EL DOGMA Y EL MITO	19	ANA RUBIO CASTRO
	10	1.1 INTRODUCCION
	22	1.2 EL CONTRATO SEXUAL
	24	1.3 EL SUJETO DEL TRÁFICO JURIDICO
	28	1.4 EL CONCEPTO DE LIBERTAD Y DE INTI- MIDAD
	30	1.5 EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION
	41	1.6 JUSTICIA Y FAMILIA
	48	1.7 ALGUNAS ALTERNATIVAS AL CONTRATO MATRIMONIAL
	55	1.8 EL LADO OSCURO DE LA SEXUALIDAD REGLADA
	71	1.9 ESTADO Y FAMILIA
2 LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO	77	M^º EVA FERNÁNDEZ BAQUERO
	77	2.1 INTRODUCCIÓN
	78	2.2 LA PATRIA POTESTAS Y LA CONCEPCIÓN DE LA FAMILIA ROMANA
	83	2.3 MODO DE ADQUIRIR Y DE EXTINGUIR LA PATRIA POTESTAS
	94	2.4 PODERES DEL PATERFAMILIAS Y SUS LÍMITES
	110	2.6 REFLEXIÓN FINAL EN TORNO A LA INTERVENCIÓN DEL PODER PÚBLICO EN EL ÁMBITO DE LA PATRIA POTESTAS
3 LAS DIFICULTADES PARA DESTRUIR LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD DEL MARIDO	115	MILAGROS GARCÍA PASTOR
	115	3.1 INTRODUCCIÓN: EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA
	116	3.2 EL MARCO NORMATIVO EN EL QUE SE DESENVUELVE
	118	3.3 EL FUNCIONAMIENTO GENERAL DE LA PRE- SUNCIÓN DE PATERNIDAD
	120	3.4 LA APLICACIÓN POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTA- RIADO EN LOS CASOS DUDOSOS
	122	3.5 LOS ARGUMENTOS QUE FUNDAN DICHA INTERPRETACIÓN
	122	3.5.1 El carácter del título de acreditación que el art. 113 confiere a la presunción
	124	3.5.2 La imposibilidad de desvirtuar la presunción en el marco registral
	125	3.5.3 El limitado juego de la autonomía de la voluntad en el campo del estado civil
	128	3.5.4 El principio de concantancia entre el Registro y la realidad extra-registral
	129	3.5.5 La confusión entre presunción que no rige y presunción desvirtuada
	130	3.6 CONCLUSIÓN SOBRE LA POSICIÓN DE LA DGRN
	130	3.7 PROPUESTA DE UNA INTERPRETACIÓN DIS- TINTA QUE PERMITIESE DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN EN EL ÁMBITO REGISTRAL
	132	3.8 ARGUMENTOS A FAVOR DE ESTA INTER- PRETACIÓN
	134	3.9 CONCLUSIÓN
	134	3.10 UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN SOBRE LA PRE- SUNCIÓN DE PATERNIDAD DEL MARIDO EN GENERAL

4 LA MATERNIDAD: ENTRE EL BIEN JURÍDICO Y LA ENFERMEDAD	137	JUANA M ^a GIL RUIZ
	137	4.1 INTRODUCCIÓN
	142	4.2 LOS TIEMPOS HAN CAMBIADO: LA INTERACCIÓN PROGRESO-GENERO
	146	4.3 MUJERES, MATERNIDAD Y MERCADO LABORAL
	150	4.4 LA NECESIDAD DE UN CAMBIO INSTITUCIONAL
	151	4.4.1 El trastorno patológico de la Maternidad
	163	4.4.2 Medidas para promover la conciliación de la vida familiar y laboral
	175	4.5 LA URGENCIA DE NUEVOS MODELOS DE SUBJETIVIDAD Y CIUDADANÍA
5 LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DEL TRABAJADOR EXTRANJERO	183	MERCEDES MOYA ESCUDERO
	183	5.1 INTRODUCCIÓN
	185	5.2 RECONOCIMIENTO DEL DERECHO
	185	5.2.1 Su plasmación en los tratados internacionales
	189	5.2.2 Regulación en el Derecho comunitario
	192	5.2.3 Reconocimiento expreso en la LOEx
	193	5.3 CONCEPTO DE CONYUGE A EFECTOS DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR
	193	5.3.1 Pareja matrimonial
	195	5.3.2 Pareja de hecho
	198	5.3.3 Parejas divorciadas
	198	5.3.4 El fraude como límite al ejercicio del derecho
	200	5.4 REQUISITOS EXIGIDOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO
	200	5.4.1 Trabajador extranjero y ejercicio del derecho
	206	5.4.2 Informe favorable de la situación del trabajador
	207	5.4.3 Visado y exención de visado de residencia del "cónyuge" reagrupable
	209	5.5 VALORACIÓN
6 ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE ANDALUCÍA EN MATERIA DE SEPARACIÓN	213	MARÍA DURÁN I FEBRER MARGALIDA CAPO I PICORNELL
	213	6.1 INTRODUCCIÓN
	214	6.2 LA CASUALIDAD EN LAS SEPARACIONES
	215	6.2.1 Planteamiento general
	223	6.2.2 La casualidad en supuestos de violencia doméstica
	230	6.3 GUARDA Y CUSTODIA, COMUNICACIÓN Y VISITAS
	246	6.4 PENSIONES DE ALIMENTOS
	255	6.5 PENSIONES COMPENSATORIAS
	264	6.6 CRÍTICA
7 EPILOGO	269	ANA RUBIO CASTRO
8 BIBLIOGRAFIA	283	

INTRODUCCIÓN

Es del todo conocido que la complejidad sociológica de la familia impide reducirla al modelo matrimonial. Por este motivo, debemos en primer lugar justificar la focalización de nuestra investigación en este contexto. En la actualidad las parejas que conviven y comparten afectos, intimidad y economía, son plurales en su estatuto jurídico y en el modelo de vida y sexualidad. Sin embargo, el Derecho se resiste a dar entrada a esta pluralidad de modelos de familia y continúa presentando a la tradicional familia matrimonial como el patrón normal y más conforme con la naturaleza humana. Para explicitar las razones de esta resistencia hemos necesitado afrontar el análisis de algunas categorías y conceptos jurídicos básicos que se encuentran en la base de la institución matrimonial. Indiscutiblemente existen múltiples cuestiones relevantes que no van a ser tratadas en este trabajo, debido a la necesidad de centrarnos en aquellos ejes teóricos que más refuerzan la posición de subordinación y de carencia de autoridad de las mujeres.

El Derecho ha sido y es un instrumento de ordenación de la convivencia humana que tiene como fin último, el establecimiento de relaciones intersubjetivas justas. Este fin nos obliga a afrontar cuestiones de legitimidad, pero también a analizar el nivel de eficacia de las normas jurídicas para resolver los conflictos y dar respuesta a las necesidades sociales. De este modo, la primera

cuestión que nos planteamos era si el contrato matrimonial, tal y como hoy se encuentra configurado, se adecuaba a los ideales de libertad y de igualdad que nuestra sociedad viene reclamando y reclama como principios mínimos de convivencia. La respuesta inmediata a nuestro primer interrogante fue la comprobación de que dicha institución portaba del pasado más elementos de los que a priori se estaba dispuesto a aceptar. Por este motivo, un sector de la doctrina ha aseverado que representa restos arqueológicos de una concepción patriarcal de la sociedad, y se propugna, en consecuencia, su urgente modernización mediante un proceso profundo de individuación y fortalecimiento de la autonomía, que condujera al contrato libre entre adultos iguales. Esta propuesta parece, en apariencia, resolver todos los problemas de anacronismo que encierra la institución matrimonial. Sin embargo, pensamos que esta alternativa sólo los ocultaría ante otra pantalla simbólica, aunque eso sí, moderna e ilustrada.

El contrato libre entre adultos no parece ser la respuesta a los desafíos que nuestra investigación presenta, al olvidar que no todos los seres humanos se encuentran en la misma posición para contratar con libertad e igualdad, además de ignorar el peso e importancia de las estructuras e instituciones. Existen para las mujeres, como desvelaremos a lo largo de esta exposición, fuertes carencias institucionales de autoridad que las sitúan en posiciones de subordinación social, económica, jurídica y política.

Otro de los graves errores del liberalismo, al afrontar el estudio de la institución matrimonial, reside en situar el conflicto en la esfera de la libertad, concretamente en la tensión entre el individuo y la sociedad. Pero no creemos que sea ese el lugar donde se halla, ni es ahí donde los individuos desarrollan y construyen su autonomía. No puede existir conflicto entre los individuos y la sociedad, porque ambos términos son inseparables. El núcleo del conflicto se encuentra entre los individuos y la institución, es decir, entre el individuo y ese conjunto de instituciones que actúan como un poder implícito al presentarse como naturales. Con este calificativo escapan al debate social y político y con ello al control consciente de los individuos. Una de estas instituciones es el modelo regulativo de familia matrimonial, y por esta razón nos centramos en su análisis.

Este modelo de institución persigue colonizar la psique humana construyendo individuos correlativos que interiorizan principios y actitudes como nor-

males y naturales. No obstante, creemos que una sociedad democrática es aquella en la que los individuos tienen la capacidad de debatir y analizar los significados de las instituciones, así como sus fines y objetivos. Sustraer del debate social la institución familiar, y su estrecha conexión con el poder y el Estado, implica obstaculizar el desarrollo necesario de individuos autónomos en lo privado para el posterior ejercicio real de la ciudadanía.

No obstante, pese a los esfuerzos que la Modernidad ha realizado para mantener el espacio privado separado de lo público y de la mirada del público, las importantes dosis de violencia en él existentes lo han situado en el punto de mira de la sociedad. Desvelar las causas últimas de esta violencia que convive con lo cotidiano en el marco de la institución matrimonial, exigía un análisis crítico de los ejes de la institución: paternidad, maternidad, el análisis del concepto mismo de familia... La necesidad de retrotraernos al pasado nos permitía mostrar en qué medida la familia, la institución matrimonial había evolucionado en torno a estos tres ejes básicos, o si por el contrario, eran núcleos inmutables resistentes a toda transformación social.

En modo alguno hemos pretendido instaurar la piedra filosofal, o buscar un modelo idílico alternativo al modelo establecido. Nuestra intención ha sido mostrar algunos problemas, abrir algunos interrogantes, y comprobar si las últimas reformas legislativas que se predicán como conciliadoras de la vida familiar y social son conscientes de la desigualdad real en el ámbito privado, o por el contrario refuerzan la indeterminación del concepto de familia y los modelos jerarquizados tradicionales y conformados desde múltiples ámbitos, ignorando las cuestiones claves anteriormente descritas.

Llegados a este punto, sólo nos resta plantear los distintos temas que serán abordados en los capítulos de este libro.

En el capítulo primero, con el título *La familia: entre el dogma y el mito*, se analiza, en primer lugar, el valor y la importancia de lo doméstico-familiar, en la construcción del espacio público y en el ejercicio de la autonomía y la ciudadanía.

A continuación, nos centraremos en la descripción del contrato sexual y en la forma en que condiciona y determina el significado y el alcance del pacto social y de los sujetos que lo realizan, demostrándose que la hermandad de los iguales, símbolo del nuevo poder, es la hermandad de los varones-padres de familia, no

una hermandad integrada por mujeres y hombres. Una vez expuestas las categorías básicas que subyacen en la institución matrimonial, este capítulo parte de dicha institución para explicitar los restos arqueológicos de jerarquía y de dominio que existen ocultos en su interior y que neutralizan las reformas legales que intentan hacer de la familia matrimonial un modelo de igualdad y de libertad. Por último, se analiza la prostitución como un contra mito que convive junto y paralelamente a la institución del matrimonio, y se presenta como una forma alternativa de sexualidad, alternativa a la sexualidad normativa del matrimonio. Esta doble exposición, de una y otra sexualidad, pretende mostrar la necesidad de una regulación coherente que salvaguarde la dignidad y la igualdad sexual de las personas en todos y cada uno de los contextos de la vida social y personal.

En el capítulo segundo, bajo el Título de *La patria potestas en el Derecho Romano*, se realiza un estudio de esta institución jurídica, antecedente jurídico de la actual familia matrimonial, desvelando los diferentes cambios y el alcance último del poder que tuvo el paterfamilias romano, en relación a las transformaciones sociales, políticas y culturales. Los cambios acaecidos en su potestas iban a afectar a la evolución jurídica de la familia, en general, y al ejercicio de la patria potestas, en particular. Este capítulo se estructura en cuatro apartados para mostrar la estrecha relación entre el poder del paterfamilias y la estructura familiar, la forma en que se adquiere o extingue este poder, el análisis del contenido de la potestas, y, por último, una reflexión final que trata de mostrar los efectos positivos o negativos que estas transformaciones tuvieron sobre las mujeres y los hijos.

Esta mirada lejana en el tiempo nos permite comprobar la flexibilidad de la institución matrimonial a los cambios y crisis de cualquier naturaleza, al tiempo que demuestra su estrecha relación con lo público. A medida que el Estado crece y se desarrolla en Roma, la potestas del padre de familia ha de plegarse a sus exigencias y evolucionar para adecuarse armónicamente al nuevo poder. La exposición demostrará cómo la transformación del espacio público se hace paralelamente a un proceso de igualación de los varones en el acceso a la patria potestas, que anteriormente estaba restringido.

En el capítulo tercero, con el título *Las dificultades para destruir la presunción de paternidad del marido*, se analiza la filiación no matrimonial del hijo de mujer casada mostrándose la interpretación rígida de la Dirección General de

los Registros y del Notariado, al tiempo que se realiza una nueva propuesta interpretativa. En la actualidad todos los hijos de mujer casada han de ser inscritos en el registro civil como hijos de su marido, aunque existan pruebas suficientes de no ser cierta tal paternidad. Este hecho provoca que el registro civil no sea reflejo de la realidad extra-registral, de la realidad biológica, sino que recoja todo un artificio que sólo tiene vigencia en el propio marco del registro civil. Esta situación es fruto de una interpretación rígida de la presunción de paternidad del marido, recogida en el artículo 116 del Código civil. Sin embargo, frente a esta rigidez y artificio, se defiende que la legislación vigente no debería impedir la inscripción de la verdadera filiación del hijo o hija nacidos de mujer casada, puesto que la presunción de paternidad del marido, al igual que las restantes presunciones legales, puede ser destruida mediante prueba en contrario. Frente a la resistencia de la D.G.R.N en presumir la paternidad del marido, se apuesta por una interpretación distinta, que acogiéndose a la literalidad de la ley, deshaga la resistencia y reconozca que la mujer casada puede tener descendencia de otro hombre distinto a su marido.

Este tercer capítulo demuestra, con la rigidez interpretativa, que la institución del matrimonio tiene como fin esencial reconstruir culturalmente la paternidad y la maternidad biológicas, y establecer el espacio en el que la maternidad está permitida.

En el capítulo cuarto, con el título *La maternidad: entre el bien jurídico y la enfermedad*, se analiza la regulación jurídica de la maternidad en relación al ámbito laboral y se pone de manifiesto cómo la reciente normativa que da cumplimiento a la necesidad de regular la vida familiar en armonía con las obligaciones laborales, incurre en errores del pasado y no afronta con valentía la necesaria coordinación de las responsabilidades familiares y laborales, perdiéndose, de este modo, una oportunidad histórica.

Los principales errores en que incurre la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras residen en la insistencia de considerar a la maternidad como una enfermedad a la hora de establecer la prestación económica de la Seguridad Social, el período de carencia, así como el tratamiento del riesgo. Paralelamente, se detecta cierta desconfianza hacia el sujeto mujer al penalizarla económicamente en caso de riesgo por maternidad, con un 75% de la base reguladora. Esta medida disuasoria pretende evitar que las mujeres aleguen ciertos trastornos de

riesgo en la maternidad, incluso siendo avalados por distintos dictámenes médico-sanitarios. La producción, en este sentido, se coloca por encima de la salud de la trabajadora y de la maternidad como valor social.

Por último, se destaca el incremento de supuestos que permiten solicitar permisos retribuidos, reducción de jornada, excedencias... con el objetivo de cubrir las necesidades de enfermos, ancianos y menores discapacitados, necesidades que vendrán a ser cubiertas, ahora también jurídicamente hablando, por los sujetos que tradicionalmente lo han venido realizando, las mujeres. Esto supondría, entendemos, una invitación más a éstas a quedarse en el hogar, bajo el engaño de que el mercado las aceptará nuevamente en caso de excedencia y no penalizará, en ningún caso, su reducción de jornada.

En el apartado quinto, y con el título *La reagrupación familiar del trabajador extranjero*, se analizan los límites establecidos al derecho a la reagrupación familiar y a la vida en pareja de cualquier persona extranjera que trabaje en territorio español. En primer lugar, se presenta este derecho vinculado y determinado al concepto de familia y al origen del trabajador, permitiéndose una interpretación variopinta que oscila desde la familia matrimonial, hasta la homosexual o incluso la poligámica. Además de los límites que esta diferente valoración establece al ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, las posibilidades de ejercitarlo dependen de que se trate de trabajadoras o trabajadores nacionales de la Unión Europea, del Espacio económico europeo o nacionales de terceros Estados. Cuando la persona trabajadora en España reclama el ejercicio de este derecho y pertenece a la categoría de trabajador por cuenta ajena procedente de un país sensible a la inmigración laboral, las dificultades se acusan por doquier.

Finalmente, este capítulo desvela el concepto de pareja existente en el Ordenamiento jurídico español a efectos de reagrupación familiar, y evidenciará los problemas que una persona trabajadora extranjera en España posee para poder vivir en familia o con su pareja. Frente a estas limitaciones, esta investigación defiende la necesidad de reconocer la vida en familia, y la reagrupación con su pareja, como un derecho de toda persona humana, y denuncia la instrumentalización del concepto indeterminado de familia para responder a intereses económicos o políticos, que van más allá de los intereses y derechos de la persona humana.

El capítulo VI, cuyo título es "Análisis de la Jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales de Andalucía en materia de separación" tiene por objeto desvelar las claves interpretativas que la Jurisprudencia de las ocho Audiencias Provinciales e Andalucía referidas a separaciones contenciosas resueltas desde el 1 de julio de 1997 hasta el 30 de septiembre de 1999 han establecido. Se han estudiado un total de 147 Sentencias.

El hecho de que los procedimientos analizados sean contenciosos pone de relieve la dificultad de comunicación entre los cónyuges en aras a alcanzar un mutuo acuerdo. Todo ello presumiblemente como consecuencia de profundas crisis matrimoniales. Los fines del presente trabajo comparativo son el análisis de la interpretación que hace la Jurisprudencia menor de las normas contenidas en el Código Civil en materia de filiación, separación y divorcio. Los ejes sobre los que se centra nuestro análisis son: la causalidad en las separaciones, la guarda y custodia, comunicación y visitas, pensiones alimenticias y pensiones compensatorias. La variable de género también es tomada en consideración en aquellas resoluciones judiciales referidas a violencia doméstica.

Ana Rubio Castro

1. LA FAMILIA MATRIMONIAL: ENTRE EL DOGMA Y EL MITO

ANA RUBIO CASTRO

Profesora Titular de Filosofía del Derecho y Filosofía Política
Universidad de Granada

1.1 INTRODUCCIÓN

El incremento constante, en los últimos años, de la violencia contra las mujeres y los menores obliga a afrontar de cara la situación. Hemos de buscar explicación a estos hechos e intentar, al mismo tiempo, hallar posibles vías de superación. Nos encontramos ante una cuestión –la desigualdad y la violencia–, que no nos permite una argumentación, ni una descripción simple. Tanto la desigualdad como la violencia obedecen a la misma causa última, la falta de subjetividad y de autoridad de las mujeres. Esta carencia las sitúa en una posición de subordinación en lo privado, de sometimiento a la autoridad familiar, y a una ciudadanía que se enfrenta a un techo de cristal cuando desea llevar a cabo funciones de representación colectiva, que exceda y vaya más allá de la representación de sus congéneres.

El objetivo de nuestra investigación será, precisamente, hacer visibles esas conexiones, poniendo luz sobre lo que tanto interés se tiene en ocultar. Esperamos demostrar el valor y la importancia de lo privado, de la función doméstica, en la construcción del espacio público y en el ejercicio de la autonomía y de la ciudadanía. Cuando esta relación privado-público se distorsiona y

además se representa a los seres humanos, que viven en sociedad, como si todos fueran individuos adultos y racionales que actúan libre e independientemente, descubrimos que la mayor parte de la ciudadanía ha sido excluida y sus necesidades ocultas. Esto significa, admitir nada más y nada menos, que la mayoría de los seres humanos que integran la comunidad son invisibilizados en el mundo de los derechos al carecer de una adecuada garantía y protección de los mismos. Esta exclusión ha sido construida como resultado de separar el mundo de las necesidades, del mundo de los derechos, la vida de la política, para ocultar la división sexual del trabajo y legitimar la existencia de reglas y valores diferentes en cada uno de estos contextos.

La cultura igualitaria heredada de la Modernidad –que hace posible altas dosis de neutralidad dado su carácter abstracto y formal–, es la que crea el espejismo de un Derecho y de un poder de todos y para todos. Sin embargo, los niveles de igualdad y de libertad no son semejantes para mujeres y hombres. Los informes internacionales muestran las paradojas de un sistema que en su esquizoide perfil igualitario es capaz de proporcionar una igual formación y desarrollo de capacidades para mujeres y hombres, para más tarde cerrar el paso de las mujeres hacia la plena incorporación laboral, económica y política a través de un complejo y discriminatorio sistema de oportunidades, cualidades y méritos¹.

El interés de esta investigación se acentúa en estos momentos de cambios institucionales trascendentales. Se trata de unos cambios que se desean efectuar de espaldas a las diferentes ciudadanía, pero que incidirán fuertemente en sus formas de vida y en el desarrollo de sus derechos. Las transformaciones producidas demandan aumentar el poder constituyente de las ciudadanía, y este fortalecimiento hace imprescindible superar las exclusiones heredadas y mantenidas. Pero reforzar el poder constituyente exige una reconceptualización del concepto de autonomía individual, y de las estructuras y espacios en las que la misma se configura y desarrolla. Autonomía y ciudadanía (Habermas) son, como conocemos muy bien, dos caras de la misma moneda. La autonomía se crea y se desarrolla en el ejercicio de la ciudadanía social, política y económica, y la ciudadanía que la democracia exige no es posible sin sujetos ilustrados. Como diría Kant, nos referimos sujetos que se atreven a pensar por sí mismos, que toman sus propias decisiones y que las defienden frente a quienes muestran otras opiniones o razones. "La pereza y la cobardía

¹ NACIONES UNIDAS, Informe sobre Desarrollo humano 1996, pp. 7-8.

son las causas de que una gran parte de los hombres permanezcan, gustosamente, en minoría de edad a lo largo de su vida, a pesar de que hace ya tiempo la naturaleza los liberó de dirección ajena². Esta afirmación no podríamos hacerla extensible a las mujeres. Kant expone en este texto, con total claridad, en qué consiste ser un sujeto autónomo. La autonomía es la capacidad para servirse del propio entendimiento sin la guía de otro. Las personas serían, pues, culpables de su falta de autonomía, presupuesta su libertad, cuando depositan en otros su voz y entendimiento, y no adoptan sus propias decisiones. Curiosamente, la autonomía no ha sido aún reconocida a las mujeres, como demostraremos a lo largo de nuestra exposición, con total plenitud.

El error de Kant está en creer que, dada la libertad, el público se ilustrará inevitablemente, aun cuando "es difícil para todo individuo lograr salir de esa minoría de edad, casi convertida ya en naturaleza suya. Incluso le ha tomado afición y se siente realmente incapaz de valerse de su propio entendimiento, porque nunca se le ha dejado hacer dicho ensayo. Principios y fórmulas, instrumentos mecánicos de uso racional —o más bien abuso— de sus dotes naturales, son los grilletes de una permanente minoría de edad. Quien se desprendiera de ellos apenas daría un salto inseguro para salvar la más pequeña zanja, porque no está habituado a tales movimientos libres. Por eso, pocos son los que, por esfuerzo del propio espíritu, han conseguido salir de esa minoría de edad y proseguir, sin embargo, con paso seguro"³. Una vez expuestas estas dificultades, Kant añade que las mismas pueden superarse si se le deja libertad al público para que se ilustre a sí mismo⁴. En otras palabras, para este autor la autonomía de un sujeto se lleva a cabo cuando se hace siempre y en todo lugar uso público de la razón. "Entiendo por uso público de la razón aquel que alguien hace de ella en cuanto docto ante el gran público"⁵. En mi opinión, Kant desvela la íntima conexión que existe entre autonomía y ciudadanía.

La autonomía existe y se construye en las relaciones intersubjetivas, en las experiencias con las demás personas, no es una cualidad que pueda adquirir sentido en el sujeto aislado. La capacidad de hacer uso de la propia razón para decidir, nace y se desarrolla en el espacio de la negociación con las otras y otros. Porque existe la vida en común, una vida entrelazada por una multiplicidad de interdependencias, tiene sentido hablar de autonomía y de ciudadanía. Además, es en torno a estos ejes en los que cobra sentido la Democracia como

² KANT, I., "Respuesta a la pregunta: ¿qué es la ilustración?", en AA.VV., *¿Qué es la ilustración?*, Tecnos, tercera edición, Madrid, 1993, p. 17.

³ *Ibid.*: Cit. pp. 18-19.

⁴ *Ibid.*: Cit. p. 19.

⁵ *Ibid.*: Cit. p. 20.

forma de vida. Así las cosas, debemos sostener que la democracia no puede existir si la política se desconecta de la vida y con ello de las personas a las que se les asigna su cuidado y mantenimiento.

Una vez expuestos los objetivos, daremos un paso más y mostraremos los grilletes pasados y presentes que están mermando la autonomía y la ciudadanía de las mujeres en las sociedades occidentales actuales.

Los cambios producidos en los últimos años están exigiendo una profunda renovación en el discurso, y han colocado a quienes defienden el valor y la importancia del paradigma democrático ante el reto de precisar los contenidos, hoy, de aquellas viejas y nuevas reivindicaciones.

Este necesario análisis crítico y conceptual no parte de cero, sino que cuenta con un importante aporte teórico que ha sido elaborado durante décadas por las teorías feministas. Somos conscientes de que no es exclusivo del feminismo el análisis crítico ni la reconceptualización de las categorías, instituciones y conceptos que son claves en esta investigación –planteamientos que tomaremos en consideración, sin lugar a dudas–, pero debemos avanzar que serán las propuestas feministas las que ocupen un lugar central en la exposición.

La elección teórica por el feminismo no es arbitraria sino que obedece al hecho de que son las únicas teorías que se sitúan epistemológica y metodológicamente en una perspectiva de género. Se trata de una nueva mirada que, en mi opinión, permite una visión más compleja y menos parcial de la realidad humana. Al tiempo que supera la tradicional confusión entre una posición epistemológica y lo ontológico.

1.2 EL CONTRATO SEXUAL

La construcción del modelo social que nace de la Modernidad al fundamentarse en la figura del contrato no puede desvelar por su propia lógica situaciones de desigualdad entre los seres humanos, éstas deben ser previamente construidas en el Estado de naturaleza. Hablamos de un Estado en el que todos deben reconocerse iguales para el establecimiento de objetivos y fines comunes. La forma de eludir la desigualdad de origen entre hombres y mujeres

fue identificar la figura del varón con la del padre, presuponiendo a todo varón como padre de familia, lo fuera o no⁶. De este modo el padre, jefe y autoridad en la familia, podía representar en la hermandad de los iguales tanto sus intereses individuales como los intereses de todos los otros miembros de la unidad familiar: mujeres, niños y sirvientes, sin levantar sospecha alguna sobre el mantenimiento de un patriarcado que se afirmaba haber superado⁷. *Y ocultando el poder de dominio que el nuevo poder no arbitrario encerraba en su interior.*

La hermandad de los iguales, símbolo del nuevo poder social, es la hermandad de los padres y no una hermandad que integre por igual a los hombres y las mujeres. Es así cómo sobre el antecedente del contrato sexual (Pateman) –un contrato presocial–, el contrato social reemplaza la ley del padre por leyes públicas, imparciales, ante las que todos son individuos civiles iguales. El dominio del padre cede lugar, de este modo, a la sociedad civil. Así, la desigual sexual había quedado ya instaurada, y construida la invisibilidad que impedía e impide analizar el modo en que los varones llegan a ser padres.

El contrato sexual condiciona y determina el significado y el alcance del pacto social –un pacto que diseña la sociedad civil y el ámbito jurídico-político de actuación de los sujetos-individuos–, pero no radica aquí su función esencial hoy. Este contrato configura y determina, en la actualidad, el marco simbólico que construye el inconsciente individual y colectivo. Y es de este modo cómo se transforma la imagen masculina y todas sus representaciones en la imagen y representación de lo general, lo universal y lo público.

Todos los relatos sobre el origen de la sociedad y del Estado obvian el pacto sexual previo al contrato social.

⁶ Esta identificación, como tendremos ocasión de analizar en la figura y en la naturaleza del poder del pater-familias, existía ya en el Derecho romano, no es algo propio de la Modernidad. Lo nuevo que incorpora la modernidad es generalizar este estatus, y presuponer a todos los varones padres de familia.

⁷ Cuando Hobbes nos analiza el requisito formal de la autoridad para el ejercicio de la representación, expone que poseen autoridad la persona natural y la persona artificial, actor-representante. Al analizarse la naturaleza de la persona artificial, la doctrina ha valorado que Hobbes parece incurrir en contradicción cuando diferencia dos modelos de persona artificial. Por una parte, aquella que recibe autorización de una o varias personas naturales para actuar en su nombre, y, por otra, aquella que no recibe autorización de persona natural. Esta diferenciación ha sido interpretada como que todo acto es un acto de representación, si no es de alguien más, al menos lo es de uno mismo. En mi opinión, no es ésta la interpretación correcta. Si lo fuera no tenía necesidad el autor de diferenciar dos tipos de persona artificial. Pienso que Hobbes está identificando las dos formas posibles de representación colectiva, la representación social y la representación doméstico-familiar. Mientras la primera se fundamenta en la autorización de una o varias personas naturales con racionalidad y propiedad de sus acciones, es decir, con autonomía, la otra modalidad de representación, la del varón– padre de familia, aún cuando represente a un colectivo, las personas que integran este grupo no poseen la propiedad de sí. En la actualidad puede afirmarse que ambas representaciones se superponen en la imagen del representante “político”, por este motivo la casi exclusiva representación masculina no entra en conflicto con el ideal de la democracia, entendida como gobierno de todas y todos. Interesa destacar, aquí, además cómo el representante aumenta sus derechos y debilita sus responsabilidades. Quien actúa en nombre de otras personas y decide por ellas, ve incrementada su subjetividad y autonomía, al tiempo que las personas afectadas por dichas decisiones ven reducida su capacidad de elegir y decidir –sus derechos–, en la misma proporción en que ven aumentadas sus responsabilidades. HOBBS, T., *El Leviatán*, Edt. Nacional Madrid, 1979, pp. 266-268. Véase además: PITKIN, H. F., *El concepto de representación*, Edt. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 85.

Era necesario eliminar esta parte del relato sobre el origen, porque la sociedad moderna se representa a sí misma como la derrota del patriarcado, del privilegio y de la desigualdad entre los seres humanos. Los hermanos iguales arrebatan el poder al padre para realizar la gran revolución, construir un nuevo poder no jerárquico ni desigual. Pero antes de que los hijos pudieran arrebatarse el poder al padre debe existir un eslabón indispensable, una mujer que es la madre y que hace posible la paternidad. Este olvido interesado de una voluntad libre y previa permite no tener que responder a una cuestión delicada: ¿cómo puede derivarse un poder absoluto de alguien que ha debido reconocer previamente la voluntad de otro ser humano soberano, la mujer, para poder llegar a convertirse en padre? La única forma de desconocer esta relación era presuponer a todos los varones padres por arte de magia. Una vez logrado este artificio, bastaba con convertir a las mujeres en simple objeto de intercambio entre los sujetos iguales. Esta ocultación explica el porqué la maternidad no es un factor de estructuración de la cultura occidental.

Mediante el olvido de la maternidad, el patriarcado moderno está ocultando que no ha habido ruptura en las relaciones de poder para las mujeres, únicamente readaptación de sus posiciones en la familia para adecuar éstas a las nuevas necesidades e intereses sociales y políticos⁶.

Pues bien, para desvelar los ejes de la violencia que existen detrás de este proceso de legitimación y de exclusión, es necesario, esclarecer los puntos ocultos del contrato social. Para esta aclaración se requiere, fundamentalmente, desvelar qué permanece del contrato sexual hoy y cómo se perpetúa en la institución matrimonial, modelo normativo de familia. No obstante, y antes de iniciar este rastreo es esencial analizar el modelo de sujeto jurídico en torno al cual la institución matrimonial moderna se asienta y legitima.

1.3 EL SUJETO DEL TRÁFICO JURÍDICO

El contrato sexual es, como ya hemos expresado, un contrato que precede al contrato social y establece las condiciones de subordinación de las mujeres a través de la negación de su subjetividad; una negación que impide el acceso al

⁶ Para analizar la deconstrucción cultural de lo femenino, véase: SAU, V., *El vacío de la maternidad*, Icaria, Barcelona, 1995.

pacto que configura la sociedad y que cierra, como consecuencia, la puerta a las mujeres para poder intervenir en el debate sobre la justicia. Partir de esta hipótesis lógica nos permite reconocer dónde se encuentra uno de los factores claves de las relaciones de jerarquización entre los sexos, así como determinar qué hereda la sociedad moderna de la sociedad premoderna y patriarcal que dice superar.

El individuo, una vez elegido como el artifice del contrato, se convierte también en el centro de los problemas filosófico-jurídicos. Los valores que la Modernidad selecciona son "los valores del individuo" y, por consiguiente, la ley de la naturaleza se identifica con la ley de la naturaleza del individuo; un individuo que, como ya hemos expuesto, es el varón-padre. A partir de este presupuesto, la descripción histórica considera al varón como el único ser jurídico. Este hecho produce una singular estructura en el Derecho que modifica no sólo toda nuestra representación de lo humano en su condición de "fundamento antropológico", sino también las nuevas formas de pensamiento, relaciones y diferentes organizaciones en las que el Derecho aparece inextricable y naturalmente conectado con el hombre⁹.

Cuando la Filosofía jurídico-política moderna experimenta una orientación hacia el sujeto humanizado, el pensamiento filosófico moderno impone una mentalidad subjetiva que pretende lograr y establecer un conocimiento seguro partiendo únicamente de la inmanencia de la subjetividad. Esto comporta un viraje significativo respecto a la imagen del hombre, transformándola en sujeto. De este modo, el hombre se constituye en el centro, no de un orden objetivo del ser, sino en el centro de un mundo de conocimientos subjetivos. Esta construcción de la relación hombre-Derecho enlaza ambos elementos, pero tiene además el cuidado de oponer el uno al otro a través de mecanismos abstractos e impersonales. Separa objetividad y subjetividad y con ello provoca cambios en los mecanismos profundos de las relaciones simbólicas y afectivas entre los seres humanos pertenecientes a la sociedad moderna. Se trata de cambios que afectan a la estructura de la identidad y que crean una normalidad abstracta y globalizadora que opera en las relaciones del "yo" con el "otro" y de lo individual con lo colectivo. Nos encontramos ante un discurso que genera una doble dinámica: de un lado produce generalidad, universalidad, positividad y de otra escisión.

La refinada integración hombre-Derecho aporta la dimensión del nuevo orden y delimita la frontera con el conflicto. En otras palabras, se separa orden de conflicto a partir de la separación público-privado. Esto se extiende también

⁹ BROEKMAN, J. M., *Derecho y Antropología*, Civitas, Madrid, 1993, p. 140.

a la relación razón-pasión, donde la razón comprende el ámbito del orden y el espacio público y la pasión el espacio conflictivo de lo privado. En este entramado de relaciones el orden se superpone al desorden para su conceptualización y la razón se superpone a la pasión. Esto explica por qué la idea de conflicto, desorden y fuerza son elementos de referencia obligada para los teóricos del Derecho. Aunque la relación orden-desorden es inexistente en los fecundos y desarrollados procedimientos universalistas¹⁰.

A partir de esta razón subjetiva y construida se establecen las bases de un modelo de sociedad artificial que propugna la siguiente falacia: todos somos constructores del nuevo orden, que está regido por el principio de libertad y no por las reglas rígidas y jerárquicas del pasado. Sin embargo, curiosamente, nuestra exposición presentará una imagen bien distinta.

La relación con el mundo en la que el varón-padre se pone como poder de fundación es la que define a la subjetividad, en el sentido de que la aparición del hombre como sujeto designa su posición como lo "subjetum", lo subyacente, la base sobre la cual todo debe descansar. El "cogito" pasa a ser el fundamento y el sujeto pensante, el sujeto-conciencia capaz de posibilitar la autonomía y la soberanía del pensamiento. Es así como nace la razón ilustrada, libre de prejuicios.

Este nuevo estilo cognitivo supone una doble declaración de independencia respecto del otro y de la naturaleza. Y es en este marco en el que se establecerá un proyecto individualista de convivencia, en el que los principios que sirven para juzgar la realidad están en los individuos y no depositados en las colectividades. No obstante y paradójicamente, las verdades sociales son verdades cargadas de valores que han de ser construidas social e históricamente. Una construcción en la que interviene un complejo entramado de teorías y prácticas, tanto individuales como colectivas. Sin embargo, la modernidad se empeña en un modelo de orden social fundamentado en la Soberanía individual que conduce a la fragmentación –dado su individualismo–, a la especialización y a la racionalidad instrumental; obstáculos –todos ellos– que impiden la configuración de un paradigma verdaderamente universal.

Porque el mundo de los derechos no puede ser comprendido fuera de los límites de la Modernidad, fuera de esta relación ontológica entre la Modernidad como sistema de representación del mundo y de los denominados derechos humanos, nos parecía ineludible este breve recordatorio del modelo antropológico que subyace.

¹⁰ Sobre la relación orden-conflicto véase: RESTA, E., "L'ordine del diritto", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Il Mulino, año XVI, n.º 1, Bologna, 1984.

En el interior de esta cultura que se dibuja como homogénea, se crean desigualdades profundas que nos permiten hablar de dos segmentos sociales: por una parte, el de los ciudadanos, personas que tienen derechos reconocidos y tutelados por el Sistema jurídico y, por otra, el de los sub-ciudadanos en el que los poderes actúan sin límites, bien porque las garantías establecidas no toman en consideración la diferencia sexual, como es el caso de las mujeres¹¹, para permitir una real salvaguarda de sus derechos; o bien, porque los derechos se muestran descontextualizados, desgarrados de la realidad, lo que permite no tener que explicar su olvido en ciertos ámbitos o instituciones. No estamos refiriendo a la esfera doméstico-familiar, la íntimo-personal o incluso la de la empresa. Pues bien, es justamente en estas orillas de la Modernidad en las que la ambigüedad y la ambivalencia de los derechos muestra su perfil más débil. No obstante, no nos encontramos ante una ideología acabada, todo lo contrario. El optimismo parece invadir, en la actualidad, a ciertos sectores de la Filosofía política cuando exaltan los extraordinarios logros del mundo de los derechos y su desarrollo futuro a nivel planetario. No compartimos este optimismo. La observación del mundo que nos rodea y sus constantes escenas de violencia no nos permite compartir tal euforia. La conexión entre derechos, deseos, necesidades y miedos, ha sido siempre una cuestión central en la Filosofía jurídico-política. Pero, como en toda relación conceptual-dicotómica, un lado es siempre silenciado, para que el otro se exprese y se defina con más fuerza y valor. Exaltamos los derechos y a quienes los poseen y disfrutan y ocultamos el desorden y la violencia que mantiene dicho orden. Nos estamos refiriendo al mundo de la vida, al mundo de las necesidades y a quienes las satisfacen.

Asimismo, el orden social que nace del pacto, de la libre voluntad de los iguales, es un orden que se construye a partir del miedo. El miedo a los otros iguales, el miedo a perder la vida. Este fundamento hace que el nuevo poder tome toda su fuerza de la situación de abandono en la que se colocan los individuos al ceder todos sus derechos y quedar sometidos al gran Leviathan¹². Es así como el poder del Estado nace imitando la potestad del pater-familias y esto explica que, en ocasiones, se asemejen tanto en sus poderes el pater-familias y el Estado.

¹¹ RUBIO, A. "Igualdad y Diferencia. ¿Dos principios jurídicos?". *Derechos y Libertades*, nº 4, 1995, pp. 282-284.

¹² En este trabajo Giorgio Agamben nos presenta cómo ha sido construida la categoría básica de la política occidental que es la soberanía. Un poder que se sitúa dentro y fuera del ordenamiento. Esta posición coloca al Estado soberano en la posibilidad potencial de disponer de la vida de sus súbditos, lo que nos permite afirmar que el Estado soberano no pone fin al poder de dominio, sino que lo reestructura. Esta situación que se afirma como excepcional, y que sólo en caso de conflicto bélico sale a la luz, no es el caso frente al orden, sino el caso que mantiene al orden. De este modo, el poder soberano se sitúa en la unión de los dos polos: violencia y justicia. Y la política moderna se produce cuando la libertad y la felicidad de los seres humanos se sitúan ambas en el lugar mismo de su servidumbre. Nunca la vida humana había sido más exaltada, y al mismo tiempo más expuesta a que cualquiera la extinga. Véase: AGAMBEN, G., *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Edil, Pre-textos, Valencia, 1998.

1.4 EL CONCEPTO DE LIBERTAD Y DE INTIMIDAD

El objetivo último que pretende conseguir el Derecho es que el dominio sea efectivo en la sociedad, que se acepte y reconozca como lo natural, y que la ley no tenga que sancionarlo, sino, todo lo contrario, ocultarlo a través del juego de las formalidades.

“El género como categoría de Estado se considera sencillamente sin existencia legal, se suprime dentro de un orden social presuntamente preconstitucional a través de una estructura constitucional diseñada para no alcanzarlo. Hablando en términos descriptivos más que funcionales o motivacionales, la estrategia es constituir la sociedad desigualmente antes que la ley; después, diseñar la constitución, incluida la ley de la igualdad, para que todas sus garantías se apliquen sólo a aquellos valores que no se suprimen por la ley; luego construir normas que legitimen para que el Estado se legitime a través de la no interferencia en el statu quo. Así, mientras el dominio masculino sea tan efectivo en la sociedad que resulte innecesario imponer la desigualdad de los sexos mediante la ley, de modo que sólo son de iure las desigualdades más superficiales entre los sexos, ni siquiera una garantía legal de igualdad entre los sexos producirá igualdad social”¹³.

Esta situación está reforzada por otros dos ejes jurídico-políticos de gran trascendencia: el concepto de libertad y el concepto de intimidad. La idea de que el Estado favorece la libertad cuando permanece al margen de las disposiciones sociales existentes, y la acción estatal sólo interviene para garantizar la igualdad en el caso de que existan violaciones a los derechos de los ciudadanos, resulta del todo irreal. Este cliché del Estado mínimo se refuerza con la idea de un poder judicial que no impone sus propios puntos de vista, respecto a las cuestiones constitucionales, sino que actúa reflejando a la sociedad.

La función de esta imagen mitificada es que el Estado no interviene cuando el statu quo está protegido y a salvo de intromisiones de otros intereses sociales. Frente a la dimensión negativa de la libertad –dejar hacer, mantenerse al margen– existe una dimensión positiva que alude a la potencialidad de hacer o poder evitar que otro haga, que junto a la libertad de pensar por sí misma o por sí mismo, son los ejes de la autonomía. Si en la sociedad esta vertiente positiva es detentada sólo por un grupo social, de hecho, esto significa que aquellos

¹³ MACKINNON, C. A., *Hacia una Teoría feminista del Estado*, Edit. Cátedra, Madrid, 1995, pp. 292-293.

otros grupos sociales que no gocen de esta dimensión quedan fuera del alcance de las garantías legales que salvaguardan y protegen la autonomía y la ciudadanía. Esta es la situación, argumenta C.A. MacKinnon, en la que se encuentran las mujeres en las sociedades contemporáneas. "Las mujeres están oprimidas socialmente ante la ley, sin actos estatales expresos, a menudo en contextos íntimos. El Estado negativo no puede ocuparse de su situación más que en una sociedad igual: aquella en la que menos falta hace"¹⁴.

Si se contempla el contenido del Derecho positivo en sentido amplio se comprueba que la pauta que emerge como elemento desde el que se interpreta la realidad es la misma que actúa en la política estatal. Estado y el Derecho encarnan y garantizan las relaciones de poder socialmente existentes. Los sin derechos o los sin garantías de sus derechos no son la otra orilla de la sociedad jurificada y estructurada por el Derecho y el Estado moderno, son el requisito para que los sujetos sociales con derechos e instrumentos estatales salvaguarden y garanticen sus posiciones de poder.

La realidad social y la legal son coherentes y se determinan mutuamente. Es así cómo el dominio puede emplear una u otra realidad, indistintamente, dependiendo del contexto o de la situación. El fin justifica los medios. Se pulsa una u otra tecla en el entramado jurídico para que con habilidad y astucia se proyecte la imagen políticamente correcta, de este modo, como en un calidoscopio se multiplican simétricamente diferentes imágenes a partir de un juego de elementos.

En el entramado de complicidades el derecho a la intimidad cierra, en lo privado, la idea mitificadora de la libertad para todas y todos. La intimidad, conceptualizada como derecho, considera a la esfera privada-doméstica como una esfera de libertad personal. Cuando lo cierto es que, en dicha esfera, las mujeres son reducidas a función¹⁵. Este mantenerse al margen, que el Estado y el Derecho reclaman actuando detrás de una pantalla de neutralidad, es tanto como respaldar y proteger situaciones graves de injusticia¹⁶.

¹⁴ Ob. Cit., p. 294.

¹⁵ Véase: MURILLO, S., *El mito de la vida privada*, Edif. Siglo XXI, Madrid, 1996.

¹⁶ AGRA, M^a. J., "Algunas cuestiones relevantes en torno a la teoría de la justicia de J. Rawls", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 31- 1994, pp. 138-139.

1.5 EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN

El término "contrato sexual" nos ha servido para explicar una parte de la Historia del origen de la sociedad civil y del Estado. Su carácter de hipótesis explicativa no se agota en la descripción del origen del poder social y político, sino que se extiende, además, al análisis de las relaciones entre los hombres y las mujeres en aquellas prácticas en las que el modelo sexual se reproduce y mantiene socialmente.

Algunas de estas prácticas subordinadoras se mantienen y reproducen ocultas en instituciones que la sociedad valora como naturales, sin cuestionar en modo alguno sus contenidos, fines y objetivos. Las aceptan como algo que siempre ha existido y existirá, cuando lo cierto es que son instituciones fuertemente impregnadas por la cultura, y en las que su pretendida naturaleza sólo sirve para evitar el debate social y político. Entre estas prácticas debemos citar las que se encuentran implícitas en la institución del matrimonio, la prostitución y la maternidad. A través de ellas se adquiere y se identifica al varón con la imagen de la autoridad, así como se aprende a respetarla y a aceptarla como algo natural y extensible a otras muchas áreas de la vida social, política y económica.

Quizás puede parecer extraña la conexión entre estas tres instituciones, sin embargo nuestro trabajo irá desvelando cómo el modelo regulativo de familia se construye invisibilizando el hecho de la maternidad para, de este modo, poder reforzar en su seno una sola imagen, la masculina. Se trata de elevar la paternidad a eje clave de toda la institución. De este modo, el matrimonio nace para construir culturalmente la paternidad y redefinir el espacio en el que la maternidad está, "naturalmente", permitida y autorizada.

La Sociología nos enseña que las transgresiones a los modelos sociales no suponen un deterioro de los mismos, sino que, por el contrario, los refuerzan. Este reforzamiento se construye impidiendo que se regene una situación de estancamiento como consecuencia del respeto absoluto a los modelos, al tiempo que abre una vía de conducta divergente que impide niveles altos de frustración en individuos capaces, aunque rebeldes a los valores establecidos¹⁷. La transgresión juega mostrando la posibilidad de superar las barreras que la sociedad, entendida como sistema institucional, nos impone. De este modo, no hay que negar la adhesión a la estructura social, sino que hay que buscar espa-

¹⁷ Véase: MERTON, R. K., "Estructura social y anomia: revisión y ampliación", en AA.VV., *La familia*, Edit. Península, Barcelona, 7ª edición, 1994, pp. 100-102.

cios y prácticas y presentar una estructura alternativa. Estas son las funciones del contra-mito. Junto al modelo de esposa, se elige a la prostituta; junto al rol del buen padre de familia convive el usuario de la prostitución. Una y otra institución no están enfrentadas, sino que actúan en vías paralelas. De este modo, la conducta divergente opera en armonía con los roles establecidos, aunque en contextos diferenciados.

Cuando afrontamos el análisis de la familia matrimonial, nos pareció importante mostrar aquella otra institución –la prostitución–, que crece en número de usuarios a medida que el ámbito doméstico-familiar se convierte social y formalmente, en un espacio de sujetos iguales. Este extraordinario aumento que las sociedades avanzadas muestran, hasta el punto de hablarse de un turismo sexual, puede verse como una conducta de transgresión al modelo igualitario. Un modelo en el que cualquier ser humano debe ser tratado con igual respeto y consideración. A medida que este modelo penetra en el espacio familiar y social, gracias a las reformas jurídicas y al reconocimiento social de la igualdad como un derecho básico sobre el que se superponen los otros derechos, la prostitución convive con la institución familiar permitiendo, como más adelante veremos, la posibilidad de una relación entre hombre y mujer, en la que un ser humano es un sujeto y otro se transforma en objeto. Esta otra práctica viene a contrarrestar los avances que en el espacio doméstico-familiar se hacen para mostrar una imagen de autoridad y de sujeto más amplia que dé cabida a mujeres y a hombres, y así superar la parcialidad de la imagen del pasado.

Mostrar lo visible y lo invisible, los claros y las penumbras de la realidad familiar es importante para establecer correctamente las medidas de actuación jurídico-política. Una corrección que exige actuar en ambas instituciones al mismo tiempo para afrontar la falta de autoridad de las mujeres y permitir el pleno desarrollo de su subjetividad. Si sólo se actúa en la institución matrimonial como ahora se está haciendo y en paralelo se permite y se normaliza la prostitución, estaremos neutralizando la potencialidad transformadora que las medidas jurídicas puedan producir en la sociedad y en la familia, alterando comportamientos y generando nuevas actitudes. Hay que obstaculizar cualquier práctica que permita el uso de un ser humano como un objeto, que lesione la igualdad sexual o que favorezca la imagen de que unos seres humanos son más libres e iguales que otros.

Este es el objetivo de nuestra exposición y para cumplirlo debemos mostrar, a través de un análisis crítico, los modelos implícitos que se ocultan tras lo que entendemos como natural en la institución del matrimonio y de la prostitución.

Los individuos civiles forman una fraternidad porque están unidos por un vínculo, el de varones, al tiempo que comparten el interés común de respaldar el contrato sexual original que legitima su derecho masculino y les permite obtener beneficios psicológicos y materiales de la subordinación de las mujeres. El individuo civil se gesta dentro de la división sexual de la vida social creada por el contrato original. Sólo así puede ser compatible la libertad civil y la igualdad - aseguradas y distribuidas imparcialmente entre todos los individuos mediante la ley civil-, con la sujeción natural de las mujeres en la esfera privada. La universalidad de La libertad y la igualdad sólo hace referencia a los atributos naturales de los varones. Qué mejor conjuro, una vez establecidos los límites que permiten el acceso a la subjetividad y a la ciudadanía, que proclamar la fraternidad como universal.

Pero, ¿por qué se construye esta fraternidad a partir del varón-padre de familia y no está formada por individuos? Aunque en el Estado de naturaleza se afirma que los seres humanos se encuentran sometidos exclusivamente a las leyes de la naturaleza, lo cierto es que oculta en el concepto último de naturaleza, la cultura campa con libertad y sin control.

Cuando Hobbes analiza las dos formas de dominio por generación y por conquista afirma: "El derecho de dominio por generación es el que el padre tiene sobre sus hijos, y se denomina paternal. Y no se deriva de la generación, como si el padre tuviese dominio sobre su hijo porque lo engendró, sino del consentimiento del niño, bien expreso o por otros argumentos suficientemente declarados. Pues, en cuanto a la generación, Dios ha ordenado al hombre una compañera y siempre habrá dos que son igualmente padres. Por tanto, el dominio sobre el niño debe pertenecer igualmente a ambos, y estar sometidos igualmente a ambos, lo cual es imposible, pues ningún hombre puede obedecer a dos señores. Y aunque algunos han atribuido el dominio al hombre exclusivamente, como poseedor del sexo con mayor excelencia, se equivocan en esto, Pues no siempre hay esa diferencia de fuerza o prudencia entre el hombre y la mujer como para que el derecho pueda determinarse sin una guerra. En las repúblicas esta controversia es resuelta por la guerra civil. Y en la mayoría de las veces (pero no siempre) la sentencia favorece al padre, porque, en su mayoría, las repúblicas han sido erigidas por los padres y no por las madres de

familia. Pero la cuestión reside ahora en el Estado de mera naturaleza, donde no están implícitas leyes de matrimonio, ni leyes para la educación de los hijos, sino la ley de la Naturaleza, y la inclinación natural de los sexos uno hacia el otro y hacia sus hijos. En esta condición de mera naturaleza, o bien los propios padres disponen de dominio sobre el niño mediante contrato, o no disponen de éste en absoluto... Si no existe contrato, el dominio reside en la madre. Porque en el estado de mera naturaleza, donde no existen leyes matrimoniales, no puede saberse quién es el padre si no lo declara la madre; y, por tanto, el derecho de dominio depende de su voluntad y es en consecuencia suyo¹⁸. El deber que Hobbes impone a la madre es el deber de alimentar al hijo para que éste le deba obediencia sobre cualquier otro ser, pero si lo abandona este derecho recaerá sobre aquella persona que lo cuide y lo alimente.

Esta lectura que hace Hobbes del dominio paternal y de la posibilidad, en principio, de poder ejercerse en igualdad entre las mujeres y los hombres, se basa en la importancia que para él posee la vida y su preservación. Al considerar que "la vida es el fin por el cual un hombre se somete a otro"¹⁹, debe reconocer la primacía de las mujeres en el ejercicio del dominio paternal, dado que son las dadoras y creadoras de la vida, pero ya veremos como esta situación de reconocimiento, por una parte, de las mujeres y, por otra, de asimetría, rápidamente se alterará en la familia.

Existe otro elemento importante en la exposición del dominio que merece destacarse. ¿Cómo es el contenido de éste dominio? "Quien tiene el dominio sobre el niño tiene también el dominio sobre los hijos del niño; y sobre los hijos de esos hijos. Pues quien tiene dominio sobre la persona de un hombre tiene dominio sobre todo cuanto es suyo, sin lo cual el dominio sería sólo un título sin eficacia"²⁰. El interés por el dominio y el poder del amo respecto a sus siervos lo justifica Hobbes en la necesidad de explicar el contenido del poder soberano. Un poder que posee, en última instancia, como el del amo, el poder sobre la vida de aquellas personas que están bajo su dominio. Si se produjera el supuesto de que el siervo rehusara obedecer, "el amo lo mata, lo carga de grilletes, o le castiga de alguna otra manera por su desobediencia, será él mismo el autor y no puede acusar a otro de injusticia"²¹. ¡Cuanto nos recuerdan estas palabras a las justificaciones que hoy utilizan los agresores contra las víctimas de malos tratos en la familia!

¹⁸ Hemos realizado una cita tan extensa por entender que era de interés preservar las palabras del autor sin quitar nada. HOBBS, TH., *Leviathan*, Editora nacional, Madrid, 1979, pp. 291-292.

¹⁹ HOBBS, TH., *Ob. Cit.*, p. 292.

²⁰ *Ibidem*, p. 293.

²¹ *Ibidem*, p. 294.

A pesar de todo lo relatado respecto a la relación del padre y la madre con su hijo, cuando Hobbes explicita qué es una familia y por quienes está compuesta añade: "Ya sea que esa familia consista en un hombre y sus hijos. O en un hombre y sus criados, o en un hombre con sus hijos y sus criados conjuntamente el padre o amo es el soberano"²². Hobbes entiende, como podemos deducir de sus palabras, que aunque en el Estado de naturaleza, en teoría, la paternidad depende de la voluntad de la mujer, en la sociedad civil la familia se articula en torno a la paternidad y con ella el poder de dominio del padre. Y está en lo cierto, el objetivo primordial del contrato matrimonial que diseña el modelo de familia normativo tiene como objetivo básico construir simbólicamente y jurídicamente la paternidad²³, una paternidad con cuyo estatus se adquiere un poder de dominio sobre todos y cada uno de los miembros que componen el grupo familiar. De este modo se transforma al padre biológico, o presunto, en soberano.

Existe otra ley de la naturaleza que es pertinente recordar aquí, y es aquella que Hobbes destaca cuando habla "De otras leyes de naturaleza", en el capítulo XV, del *El Leviatán*, "que los hombres cumplan los pactos". Estos pactos de confianza mutua son importantes e imprescindibles porque son el origen de la justicia²⁴; y la justicia es, sencillamente, la voluntad de dar a cada uno lo suyo. Es así como Hobbes impide a las mujeres el acceso a la realización de los pactos y con ello el acceso al debate sobre la justicia, cuando invisibiliza²⁵ y oculta la existencia de la maternidad al describir quiénes componen una familia.

²² *Ibidem*, p. 295.

²³ Responder a la cuestión profunda de la paternidad sólo es posible con ayuda de la antropología. Es el desconocimiento del valor y de la importancia de la paternidad -en el sentido de que los varones no conocen en las culturas primitivas que aportan al hecho biológico de la maternidad-, lo que obliga a las culturas primitivas a extender y reproducir estos lazos en relaciones sociales nuevas. Qué añade la cultura que no exista en el sistema natural y que el matrimonio instaure. Sin duda, la paternidad. El matrimonio, hecho posible gracias a la prohibición del incesto, permite el acceso del varón en primera a una compleja red de relaciones sociales. "Al ser la sociedad humana, como ya se ha dicho, un sistema de relaciones, sólo puede existir como tal cuando todos los individuos de un grupo forman parte de ese sistema de relaciones. De hecho, es impensable una sociedad en la que la mitad de sus miembros, precisamente todos los individuos varones, estén excluidos de sus relaciones fundamentales y carezcan de vínculo de unión con las generaciones futuras". La asociación del varón al núcleo biológico además de ser la solución al problema masculino aporta un beneficio para toda la comunidad.

El problema está en que unido a la corrección de asimetría biológica se instaure un poder de dominio. Benveniste sostiene que la palabra matrimonio designa y describe el control masculino sobre la maternidad. De este modo, si los varones no pueden traer hijos al mundo, lo que sí pueden hacer es que la cultura reconstruya las bases biológicas y establezca las condiciones en las que las mujeres pueden traer hijos al mundo por naturaleza, en el seno exclusivo del matrimonio. Esta argumentación nos ayuda a comprender el trazo discriminatorio que en todas las culturas tienen los hijos de jóvenes no casadas. En resumen, la estrategia de simetría que la cultura desea imponer desde sus inicios al grupo biológico (madre más hijas e hijos) se articula en torno a dos estrategias: reducir, hasta el límite de negar, la consanguinidad y la relación genética. Así la maternidad misma sufre una redefinición cultural. Y se establece un sistema de relaciones artificiales que desempeña la función de crear roles de parentesco social. Pero estas relaciones, insistentemente, imitan las relaciones biológicas originarias y se estructuran de forma tan compleja, precisamente, para dar lugar a estructuras amplias, capaces de crear lazos sociales entre individuos, que no hubiesen estado naturalmente relacionados por lazos genéticos. Pero, la fuerza y el valor biológico es tal, que termina imponiéndose sobre esta red de artificios. Hasta el punto de aparecer como eje del parentesco la figura del tío materno. Por este motivo Malinowski sostiene que "la paternidad es una relación social que no existe fuera del matrimonio". LO RUSSO, G., *Hombres y padres. El lado oscuro de la paternidad*, Edil. Horas & horas, Madrid, 1998, pp. 148-161.

²⁴ *Ibidem*, p. 240.

²⁵ En la misma línea podríamos citar a Locke. No así Rousseau, quien establece la desigualdad sexual en la sociedad civil. RUBIO, A., *Feminismo y ciudadanía*, Edil. Instituto Andaluz de la Mujer, Junta de Andalucía, Sevilla-Málaga, 1997, p. 83.

El contrato sexual se hace una sólo vez, pero se repite día a día y de forma individual, cuando cada hombre recibe una buena parte de su herencia patriarcal a través del contrato de matrimonio, que institucionaliza la vida en pareja y conforma el modelo normativo y normal de familia²⁶.

Las relaciones conyugales son una parte esencial de las estructuras de subordinación que se extienden de la privacidad a la arena pública del mercado capitalista. Cuando el legislador recoge en los artículos 67 y 68 del Código civil los derechos y las obligaciones entre los cónyuges está describiendo al poder judicial el contenido de la relación. Esto explica que dichos preceptos no vayan acompañados de consecuencias jurídicas, sino que funcionan como normas secundarias, normas que dependen de otras –primarias– y que asumen el rol de ser depositarias de modelos y principios de normalización que el legislador hace llegar a todos los operadores jurídicos, en especial al intérprete y decisor judicial. El Capítulo V del Título IV del Código Civil es un claro ejemplo, como ya hemos expuesto. Enunciemos su contenido. El artículo 67 afirma: "El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en **interés de la familia**. En este sentido, el artículo 68 añade: "Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente". Sobre estos principios y valores edifica el Derecho y el Estado la solidez de la familia. Lo que no clarifica el legislador es quién y cómo se establece el interés de la familia, dado que existen en su seno una multiplicidad de sujetos salvo que el legislador entienda que sujeto sólo hay uno y que éste es y representa a la autoridad. Tampoco aclara qué significado debemos darle a la exigencia de vivir juntos, un concepto que violan sistemáticamente²⁷ las parejas, en la actualidad, por exigencias del mundo laboral. Ni tampoco se detiene el legislador en cómo debe interpretarse el deber mutuo de socorro y cuál es su contenido. Todas estas exigencias no son especificadas por la jurisprudencia y se dejan a merced de que cada operador jurídico establezca aquello que le parece, en conciencia, más

²⁶ Es importante destacar que en el código civil no aparece definido qué es una familia, a pesar de ser un concepto reiteradamente utilizado por el legislador, en el articulado que la regula. Parece entenderse que nos hallamos ante un concepto jurídico tan obvio y claro que hace innecesaria su conceptualización. Quizá, por estar más cerca la familia de la naturaleza humana que la cultura jurídica debe limitarse a protegerla, no a determinarla. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, como ya hemos analizado. Nuestro estudio demostrará como la institución del matrimonio que establece el modelo normativo de familia es todo un entramado y complejo edificio cultural en el que se define la paternidad, la maternidad y la filiación; en definitiva, las relaciones entre cada uno de los miembros de la unidad familiar y la autoridad del *pater-familias*.

²⁷ Los cambios en la realidad social han llevado a una interpretación judicial del término "vivir juntos" que en modo alguno es liberal. Y se acepta que es posible vivir juntos a pesar de vivir cada cónyuge en una localidad diferente. Presuponiendo al poder judicial que esta separación espacial no lleva aparejada, sin más, la pérdida de relación íntima. En este sentido, la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de junio de 1981 dice en relación a la convivencia de los cónyuges: "Y no es obstáculo la simple declaración de que marido y mujer tienen domicilios distintos, pues ello no es suficiente por sí sólo para significar la separación de hecho de los cónyuges, es decir, la ruptura de hecho de la comunidad de vida conyugal".

adecuado y correcto para la justicia del caso concreto. Pero desgraciadamente, las buenas intenciones del intérprete jurídico no nos salvan de un campo inundado de lamentables fallos judiciales. Quizás sea porque cada decisor se encuentra con capacidad, desde sí, de desentrañar la esencia de lo natural, de lo específicamente humano que simboliza la familia.

Esto demuestra que, lejos de ser los mal llamados conceptos obvios y naturales, pilares firmes sobre los que apoyar la uniformidad de la jurisprudencia en materia de familia, se convierten en conceptos jurídicos indeterminados sobre los que el poder actúa sin límites. En ningún otro ámbito jurídico encontramos tanta proliferación de conceptos indeterminados. Nos estamos refiriendo al interés de la familia, al interés del menor, el socorro mutuo, el concepto de familia, la vida en común, etc.

Las palabras del legislador civil nos recuerdan a aquellas otras, lejanas en el tiempo pero próximas en su mensaje, de Rousseau, quien en el *Emilio o Tratado de la Educación* nos relata, con todo lujo de detalles, cómo debe establecerse la elección del esposo ideal, e indirectamente cómo es el modelo normativo de familia.

“Usad vuestro derecho Sofía, usadlo prudente y libremente. El esposo que os conviene debe ser elegido por vos y no por nosotros (...) sus bienes serán siempre bastante grandes si tiene brazos y buenas costumbres y **ama a su familia**”²⁸.

Sólo los intereses personales deben actuar en la institución del matrimonio. En la esfera de la privacidad, Los intereses personales se coordinan natural y espontáneamente por su carácter complementario, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito público, un ámbito en el que es necesario, para equilibrarlo, regirse por lo establecido en el orden jurídico. Mientras que en aquél, el Derecho no es necesario —es más sería negativo dada su artificialidad—, en el espacio público el Derecho es un elemento imprescindible para la igualdad y libertad de los individuos, así como para el establecimiento de unas relaciones de poder no arbitrarias.

Alcanzar la felicidad no es tarea complicada para Rousseau, al menos en el seno del matrimonio. A la mujer le basta con cuidar del marido y de los hijos, al marido con amar a su familia y sostenerla económicamente mediante su trabajo. El sentimiento amoroso tiene en Rousseau una doble función: por una

²⁸ ROUSSEAU, J. J., *Emilio o de la Educación*, Alianza, Madrid, 1990, p. 545.

parte, establece la cohesión de la sociedad conyugal, y por otra, hace posible convertir a ésta en algo extraño para la justicia. Desgajado el matrimonio del debate racional sobre la justicia, el paso siguiente es falsear la existencia de la voluntad que se expresa libremente, afirmándose que son dos los sujetos que dan lugar al contrato de matrimonio. Pero no existen dos sujetos, sino un sujeto y un objeto de transacción, como así lo desvela el propio contenido del contrato cuando afirma que el matrimonio transforma al hombre en marido, y a la mujer, en mujer del marido. Ésto significa que se produce una transformación de hombre en marido, no así respecto a la mujer, la cual no adquiere estatus jurídico alguno respecto a su marido. No existe diferencia entre el momento anterior y posterior del contrato respecto a la situación jurídica de la mujer. No se transforma en marida, ni existe tal término, porque la mujer no adquiere poder alguno respecto al varón con el que contrae matrimonio.

Cuando Rousseau sitúa el sentimiento amoroso en la base de la vida conyugal, con él ha introducido una trampa. Así, habla de los encantos sexuales generadores de deseo que las mujeres poseen y que requieren del dominio masculino para adecuarlos a la moral y al orden establecido. En cualidades bien diferentes centra Rousseau los encantos sexuales de los varones. "(Q)ue la mujer está hecha especialmente para agradar al hombre, si el hombre debe agradecerle a su vez, es una necesidad menos directa, su mérito está en su potencia, agrada por el sólo hecho de **ser fuerte**"²⁹.

Mientras la esposa debe amar a su descendencia y amar y agradar al marido, al marido se le exige fuerza y amor, pero un amor en abstracto, a la familia. Es curioso que cuando Rousseau habla del sentimiento amoroso en los varones sólo lo concretice en el amor de sí mismo, no así cuando habla del sentimiento amoroso a los "otros", ya sean los miembros de su propia familia o a sus conciudadanos. En ambos supuestos el autor utiliza un término abstracto para simbolizarlos, habla de humanidad y de familia. Con estos términos, el individuo Rousseauiano se distancia de los otros "yo" con los que convive y se relaciona con ellos a través de mediaciones abstractas en lo privado y en lo público. Ésto convierte al sujeto en una isla desvinculada de los afectos, las emociones y las pasiones, elementos todos que Rousseau desea poder someter al control de la moral y de la razón. Es así cómo razón y pasión, amor y justicia quedan ubicadas en contextos sexualizados. El deseo, la pasión y el amor pertenece al universo de las mujeres y la moral, la razón y la fuerza al universo de los varones.

²⁹Ob. Cit., p. 485.

Aunque se habla de contrato de matrimonio y éste vulnera todos los elementos esenciales de la contratación, el denominarlo así encerraba la astucia de impedir una actuación externa por parte del derecho para controlar su contenido. Si dos voluntades libres y adultas, en el ejercicio de su autonomía, habían decidido contraer matrimonio y hacerlo con la persona amada, nadie debe añadir nada más y mucho menos la sociedad. Esto justifica el interés de este autor por afirmar que Sofia debe elegir al esposo que le convenga, y que no es posible que lo elijan otros por ella. Con la libertad de elegir se introducía el engaño³⁰ de una libertad presupuesta, pero no existente. Un engaño que todavía hoy continúa, y que sólo recientemente se ha sacado a la luz. El libre consentimiento y el amor han sido las pantallas que han camuflado la desigualdad, el dominio y la violencia en el interior de una institución que se ha revestido de dogmas y de mitos a lo largo de la historia.

Hablamos de trampa, porque nadie siente la necesidad de actuar en el seno de una sociedad en la que las personas que la constituyen la han conformado, aparentemente, con libertad y aderezada con el mejor de los sentimientos posibles, el amor.

Pero la realidad dista mucho de ser así. Todos los contractualistas conocían que la base de la sociedad civil, en lo que hace referencia a las relaciones de poder, se construye sobre los cimientos del poder y de la autoridad del paterfamilias. En otras palabras, se construye sobre el correcto funcionamiento de la división sexual del trabajo y del diferente reconocimiento y autoridad entre sus miembros. Así, las diferencias que fundamentan la desigualdad se trasladan a la sociedad conyugal y son valoradas como relevantes y necesarias, permitiendo a la vez que la sociedad civil funcione regida por el principio de igualdad. Por consiguiente, un marido lo desee o no, obtiene un cierto poder sobre su mujer, al mismo tiempo que el contrato le adscribe un determinado modelo de relación y de sexualidad que, en modo alguno, puede alterar. Un varón siempre es un esposo y una mujer es siempre una esposa. Si el matrimonio fuese un contrato, la diferencia sexual debería ser irrelevante³¹. La libre voluntad de las partes queda reducida a la decisión de contraer matrimonio o no. Si la decisión es afirmativa, se efectúa un simple contrato de adhesión en el que las partes tienen establecidas sus funciones y estatus.

³⁰ Las aportaciones de Rousseau a la construcción del binomio poder-sexo han sido ya tratadas en: RUBIO, A., "Rousseau el binomio poder-sexo", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 31 (1994), pp. 147-167. Este trabajo está recogido también en el libro *Feminismo y Ciudadanía*, *cit.*

³¹ Más adelante analizaremos cómo la diferencia sexual es una pieza imprescindible en el contrato de matrimonio para poder construir la paternidad y la maternidad jurídica. Este elemento explica el rechazo y la resistencia que históricamente ha habido al matrimonio entre homosexuales.

En el pasado, las críticas a la sociedad conyugal, determinada y definida por el contrato de matrimonio, se centraban en la no negociabilidad de los términos de la relación y en la indisolubilidad del contrato. En estos momentos, las críticas contemporáneas se centran en el valor otorgado a la diferencia sexual y en el modelo de pareja diseñado. El matrimonio como institución queda atrapado en una contradicción irresoluble: el reconocimiento de subjetividad para las partes y el mantenimiento de una estructura patriarcal. La concepción contractual del matrimonio presupone la idea de un individuo propietario que establece acceso legítimo a su sexualidad. Kant define el "matrimonio como la unión de dos personas de diferente sexo para la posesión recíproca de sus facultades sexuales durante toda su vida". Locke afirma que la esencia del contrato de "matrimonio radica en la comunión y el derecho al cuerpo del otro". La historia demostrará que esta institución no diseña un espacio de libertad sexual en igualdad, ni un intercambio libre de intimidad, sino el derecho de un varón al cuerpo de una mujer³². El histórico débito conyugal, afortunadamente hoy desaparecido en la ley, pero mantenido en el inconsciente, demuestra nuestra afirmación anterior, y se expresa en los diferentes atentados contra la libertad sexual en el seno del matrimonio.

Para un sector de la sociedad, la institución del matrimonio no representa un espacio de intercambio en libertad e igualdad, sino un espacio de dominio y ausencia de derechos para la mujer y la descendencia. Las dos muertes de mujeres, por semana, de manos de sus maridos, compañeros, ex-novios..., principalmente, cuando dichas mujeres desean poner fin a la relación, confirman la percepción por parte de ciertos varones del uso de un derecho. Un derecho no escrito, pero sí histórico y apoyado en las costumbres y en las leyes del pasado, que respalda el empleo legítimo de la violencia para mantener el orden conyugal. Una violencia que se ejerce sobre las mujeres y los menores, aquellas personas sometidos a la autoridad³³.

³² PATEMAN, C., *El Contrato sexual*, Anthropos, Madrid, 1995, pp. 232-233.

³³ La creciente atención informativa y los estudios realizados han demostrado que la violencia doméstica no es privativa de determinados estratos sociales. Una explicación tradicional del problema ha sido atribuirlo a trastornos individuales del varón, o incluso, sorprendentemente de la mujer. A este enfoque, las investigaciones feministas han opuesto que no son dichos delitos resultado de características personales (hombres violentos, mujeres sumisas, aunque estos elementos existan), sino generados por la posición de subordinación social en lo privado y en lo público que poseen las mujeres. Una posición que permite que las mujeres puedan ser objeto de tal agresividad. Sin duda, las inferiores condiciones económicas y laborales en las que las mujeres se encuentran enfatizan esta desigual posición, pero a favor de esta desigualdad sexual colabora, sobre todo, el discurso, la ideología que a lo largo de toda nuestra exposición tratamos de desentrañar. La superioridad cultural, económica, laboral, política, entre otras, de los varones en el pasado y en el presente auspicia que se generen expectativas de obediencia. La defraudación de estas expectativas es lo que lleva a situaciones explosivas de violencia.

¿De dónde surge la idea de que el hombre particular puede disciplinar a su mujer ejerciendo no sólo un derecho, sino un deber? Todo el ordenamiento jurídico ha contribuido a ello, al representar simbólicamente al marido como el cuidador, el responsable, el representante, de su compañera y de su descendencia. En concreto en el derecho penal existió, hasta 1963, la figura del uxoricidio. Esta regulación permitía al marido que sorprendiese a su mujer en relaciones adúlteras matar a ambos. Se dice permitía, porque la pena de destierro era ridícula en relación con la establecida por el Código para un homicidio o parricidio. Como agudamente advertía Quintano (1955) nos encontramos ante una cesión punitiva del Estado en manos del marido.

La Filosofía jurídico-política no se ocupa, en ningún momento, de este vacío y falta de protección en la privacidad de los más estrictos derechos fundamentales de las mujeres y los menores. Y no lo hace, porque sólo le interesan los sujetos con derechos, aquellos que el discurso reconoce e identifica, pero que ha situado en un espacio separado y diferente de lo público.

La estrategia utilizada era aceptar el peso de la tradición, reconocerla como lo real-racional, obviando de este modo su análisis, o bien, rechazar la esfera doméstico-familiar al calificarla de escaso interés científico o jurídico. La esencia de lo "jurídico" debía estar depositada en aquellos ámbitos que admiten luz y taquígrafos, excluyéndose de aquellos otros en los que la oscuridad permite hacer creíble, sin serlo, el respeto mínimo a la igualdad.

La exclusión ideológica de lo doméstico-familiar del interés jurídico viene a contradecir la apuesta de la cultura jurídica moderna por el reconocimiento y garantía de los derechos y libertades fundamentales para todas y todos.

No podemos olvidar, salvo que se reduzca la democracia a un simple procedimiento formal, que las ciudadanas y ciudadanos, en democracia, se construyen a partir de las identidades de mujeres y hombres que se conforman en lo privado. Si los seres humanos no poseen una doble personalidad –como así lo entendemos–, el aprendizaje del reconocimiento y respeto a los derechos y a la dignidad de los "otros", comienza, se ejercita y se desarrolla en la esfera doméstico-familiar. Y una vez en esta esfera desarrollado, se estará en condiciones de poder acceder a la esfera pública con pleno estatuto de ciudadanía.

Por consiguiente, el debate sobre la justicia –como fin del Derecho que es, no puede reducirse a la esfera pública, sino que debe centrarse por igual en el orden doméstico-familiar. Si la justicia regula las relaciones intersubjetivas, aquellas que son esenciales para la paz y el orden social, creemos que la familia y las relaciones en ella inmersas son claves para alcanzar dichos objetivos. Si, además, la Modernidad asocia la justicia con algún tipo de igualdad, cualquier tipo de desigualdad sexual en la familia o en prácticas estrechamente relacionadas con ella, constituyen un atentado contra la justicia.

¿Qué derecho asistía al marido para justificar dicha acción? En el Código Civil encontramos la respuesta. Hasta 1975 se instituía un deber de obediencia de la mujer respecto al marido, un deber que parecía engir en paralelo un derecho de corrección por parte de éste. Este razonamiento se complementaba con la constante equiparación entre mujeres y menores. La discusión jurídica, como mucho, se centraba en los límites. Esto nos permite sostener que el Código penal no era un instrumento para proteger y garantizar la libertad sexual de las mujeres, tampoco la igualdad sexual, ni siquiera la inviolabilidad del cuerpo de las mujeres –uno de los derechos fundamentales básicos de cualquier ser humano–, sólo establecía ciertos límites al uso de la violencia contra ellas. Esta regulación legal ha permitido, sin esfuerzo, establecer un claro paralelismo entre el Estado y el marido. Ambas autoridades simbolizan la violencia justificada y legítima en sus respectivos ámbitos de regulación y control. LARRAURI, E., (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Edit. Siglo XXI, Madrid, 1994, pp. 3-6.

1.6 JUSTICIA Y FAMILIA

La falta de interés por insertar el debate sobre la justicia en la esfera privada no está presente sólo en la Filosofía moral y política del pasado. El renacimiento de la Teoría política normativa, al que no es ajeno la presión crítica del feminismo, contiene las mismas insuficiencias teóricas que sus predecesoras. Estas carencias obedecen a una recepción acrítica de la tradición y a un profundo desconocimiento de las aportaciones realizadas por las teorías feministas en el ámbito moral y jurídico. Sólo la desidia y la ignorancia pueden explicar esta falta de interés por la familia y el mantenimiento de la dicotomía entre la esfera privada y pública.

J. Rawls afirma que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales. Frente a ello C. Pateman no confía en que la justicia sea la virtud de todas las instituciones sociales, pues en la familia la virtud predicada, como ya hemos expuesto, es el amor³⁴. Justicia y amor se oponen. Así las mujeres no pueden desarrollar la virtud de la justicia, porque la virtud a ellas encomendada es el desarrollo del sentimiento amoroso. Rawls adopta en sus teorías los planteamientos de Rousseau y de Freud³⁵, pero no hace referencia alguna a las críticas que desde el feminismo se han venido realizando a estos autores.

Cuando se enuncian las tres etapas sobre la moralidad (Moralidad de la autoridad, Moralidad de la asociación y Moralidad de los principios) no se menciona la división sexual del trabajo, ni se alude a la vida doméstica como la esfera propia de las mujeres. Si observa, sin embargo, que un concepto de justicia públicamente reconocido, regula la vida social y "nos reconcilia con las disposiciones del orden natural". Ante esta afirmación, C. Pateman se pregunta si

³⁴ PATEMAN, C. *The disorder of Women*, Polity Press, Cambridge, 1989, p. 20.

³⁵ Freud utiliza algunas citas de Diderot para afirmar que la civilización comienza con la familia y ésta cuando las mujeres comenzaron a discriminar y limitar su disponibilidad. Poseerlas se convirtió en la mayor felicidad posible y el matrimonio y la monogamia fue el precio que los hombres tuvieron que pagar para acceder a ellas. La tensión que la obra de Freud *Tres ensayos sobre la teoría de la sexualidad* muestra entre afirmaciones biológicas y culturales es manifiesta. Freud escribe como si hubiese encontrado en la anatomía los fundamentos de todo el mundo decimonónico del género. En una era dominada por la obsesión de justificar y distinguir los papeles sociales de mujeres y hombres, la ciencia parece haber encontrado en la distinción radical entre el pene y la vagina no ya un signo de diferencia sexual, sino la misma base de ésta. Cuando la susceptibilidad erógena a la estimulación ha sido trasladada por una mujer del clitoris al orificio vaginal, la mujer ha adoptado una nueva zona primaria de su futura actividad sexual. En realidad, Freud va todavía más lejos, cuando da a entender que la represión de la sexualidad femenina en la pubertad, marcada por la marginación del clitoris, aumenta el deseo masculino y estrecha, por tanto, el lazo de la unión heterosexual, sobre la que parecen estar basadas la reproducción, la familia y la civilización misma. Véase DIDEROTd., *L'encyclopédie*, "La jouissance", Neuchâtel, 1765, vol. 5, p. 888. FREUD, S., "Tres ensayos sobre la teoría de la sexualidad" (1905). En *Sigmund Freud los textos fundamentales del psicoanálisis*. Selección e introducción de Anna Freud, Edil. Alianza, Madrid, 1988, pp. 443-444. Son muy interesante además los comentarios críticos que Thomas W. Laqueur realiza a Freud en su artículo "Amor venéreo, vol. diciendo *apoteosis*", en *Fragmentos para una historia del cuerpo humano*, Parte tercera, editado por Michel Fahey, Ramona Naddaff y Nadia Tazi, Taurus, Madrid, 1992, pp. 91-131.

es posible defender como acorde con la naturaleza la división de la vida social y las virtudes diferentes entre los sexos, afirmándose que la vida política convencional, regulada por la justicia, pertenece a los hombres; y la vida doméstica y el amor pertenecen a las mujeres. Y es que, en última instancia, y a pesar del tiempo transcurrido, el fundamento de dos naturalezas humanas diferenciadas continúa estando presente, con fuerza, en la separación de las esferas pública y privada³⁶ y en el debate sobre la justicia.

Esto significa que no podemos incorporar sin cambios los presupuestos del liberalismo moral y político que están presentes en la cultura jurídico-política. El liberalismo parte de la consideración de que todos los individuos son libres e iguales, pero éste es un fundamento falso que incorpora la exclusión y el no reconocimiento de subjetividad a amplios sectores sociales. El modelo antropológico que subyace en el liberalismo no se identifica con un proyecto utópico, sino que se presupone real. En otras palabras, si aceptamos los presupuestos del liberalismo e incorporamos la lógica contractual a las relaciones humanas, sin más, en mi opinión, estaríamos perpetuando la desigualdad y la injusticia³⁷. No olvidemos que no todos los seres humanos están en las mismas condiciones, como sujetos, para contratar.

¿Qué supone aceptar la libertad de contratar en el ámbito doméstico o familiar? ¿Es el contrato la forma ideal de relacionarse entre sí los hombres y las mujeres libres, a salvo del control de la sociedad? ¿Es, por el contrario, el contrato un reforzamiento de la indiferencia jurídico-política respecto a la familia? ¿Hay que hacer una apuesta por la desregularización?

Antes de responder a estas cuestiones, entre las muchas que podríamos plantear, es pertinente clarificar algunas cuestiones conceptuales. Las dicotomías que están presentes en la base de la cultura jurídico-política adolecen de una excesiva ambigüedad y ambivalencia, que no son producto de falta de rigor teórico, ni de imprecisión conceptual, sino que responden a intereses estratégicos. Es así como lo privado y lo público, lo doméstico y lo íntimo, lo familiar y lo social, se presentan como contextos específicos en los que es posible desarrollar derechos, deberes o relaciones. Sin embargo estos derechos, deberes y relaciones no poseen un contenido claro y preciso, sino que adquieren matices distintos dependiendo de la imagen o del elemento que se estime oportuno proteger o someter.

³⁶ AGRA, M^a. J., "Algunas cuestiones relevantes en torno a la teoría de la justicia de J. Rawls", cit., pp. 128-129.

En estos momentos, en los que la distinción privado-público está sometida a revisión ante el intervencionismo económico del Estado y la existencia de una política paternalista que invade la privacidad, resulta extraño el blindaje que existe sobre la esfera doméstico-familiar, para aislarla de todo debate social. Del debate científico ya hemos visto cómo ha sido excluida. La academia sólo se ocupa de lo jurídico, y lo jurídico está en el ámbito público.

W. Kymlyńska argumenta -como respuesta al aislamiento teórico del que es objeto la familia- que no es necesario rechazar los postulados liberales para conseguir que la teoría de la justicia penetre en el santuario de la privacidad, ni es necesario tampoco romper la dicotomía privado-público. Defiende que en el liberalismo existen dos corrientes teóricas: "la primera, que se originó con Locke, y se articuló en torno a la distinción entre lo político y lo social; y la segunda, que surge a partir de los liberales con influencias románticas, es la distinción entre lo social y lo personal. Ninguna de tales distinciones trata la familia como algo puramente privado, o explica o justifica su inmunidad respecto de posibles reformas legales. En verdad, cada una de las distinciones mencionadas ofrece pautas para criticar a la familia tradicional. De todos modos, los liberales no han aplicado estas distinciones a la familia, y, en general, han decuidado el papel de la misma tanto al organizar la vida social como la privada"³⁸.

La primera formulación de la distinción liberal entre lo social y lo privado desarrolla el compromiso de separar el poder del Estado del poder ejercido en las relaciones privadas, en la sociedad civil, mediante el establecimiento de límites al poder del Estado. El ideal de la vida privada no nace para proteger al individuo de la sociedad, sino para liberar a la sociedad de la interferencia del poder estatal. Este límite entre esferas no significa considerar la vida privada como apolítica o antisocial, sino como una esfera de libertad para desarrollar la sociabilidad. Cuando el Estado deja a las personas independientes, no las deja aisladas, sino libres para que se relacionen con los otros. En este planteamiento existe una sobrevaloración de lo social frente a lo político. "(L)a libertad pertenece al reino de lo social y la fuerza o la violencia pasa a ser monopolio del gobierno"³⁹.

La crítica más importante que el feminismo ha realizado a este planteamiento es que conceptualiza a la sociedad civil como una sociedad integrada por sujetos adultos y autosuficientes, lo que le hace olvidar el ámbito doméstico a

³⁷ *Ibidem.*, pp. 130-131.

³⁸ KYMLYŃSKA, W., *Filosofía política contemporánea*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 273.

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ *ob. cit.*, p.275.

ella vinculado. La razón de este olvido la justifica W. Kymlicka en la falta de interés por cuestionar una división sexual del trabajo que beneficiaba a los propios teóricos. De este modo, todos, de un modo u otro, aceptan las diferentes separaciones -privado-público, social-privado, lo social y lo político, que permiten, por su interpretación, mantener lo doméstico fuera de lo social. Algunas teorías feministas⁴⁰ precisan que esta distinción ha sido heredada por el liberalismo y no establecida por él.

Pero, aun cuando la separación entre lo privado y lo público obedeciera a la necesaria distinción entre la sociedad y el Estado, los intereses generales y los intereses particulares, lo cierto es que, en este momento, no es ésta la distinción que subyace en su uso. A la división liberal primitiva entre lo social y lo privado se le ha añadido la distinción -efectuada por el romanticismo- entre lo personal o íntimo y lo social. Mientras los liberales exaltaban la sociedad como un espacio en el que la libertad personal se desenvolvía; los románticos destacaban los efectos negativos que la sociedad ejercía sobre los individuos. De este modo, los individuos resultaban amenazados por la sociedad y por el Estado. En este sentido, lo personal queda doblemente reforzado ante una posible intromisión, al distinguirse como una parte específica de lo privado. Esta es la razón por la que la familia representa, entre las instituciones privadas, el núcleo de la intimidad.

La segunda versión de la distinción liberal entre lo social y lo privado ha sido tan asumida socialmente, que incluso se la considera la distinción liberal por excelencia. No obstante, esta distinción derrumba y cuestiona la propia distinción liberal⁴¹ entre lo privado y lo público. Lo personal como el "yo" que se protege frente al intervencionismo social y estatal, que se desarrolla en las relaciones sociales con los otros, concluye identificándose con la familia.

"Se ha considerado que el derecho a la intimidad afectaba a las familias en cuanto unidades, y no en cuanto a sus miembros individuales. Como resultado, los individuos no pueden reclamar intimidad dentro de la familia"⁴². Esta interpretación doctrinal y jurisprudencial ha permitido al sistema jurídico no entrar en la familia para castigar los malos tratos, o para regular los derechos de los niños, pero sí para interferir y penalizar a las parejas homosexuales, al no considerarlas unidad familiar sino individualidades. Afortunadamente esta interpretación se quebró al aceptar algunas decisiones judiciales el hecho de la vio-

⁴⁰ Vid. KENNEDY, E. Y MENDUS, S., *Women in Western Political Philosophy*, Wheatsheaf Books, Brighton, 1987, pp. 6-7; NICHOLSON, L., *Gender and History: The limits of Social Theory in the age of the Family*, Columbia University Press, New York, 1986, p. 201.

⁴¹ KYMLICKA, W., *La filosofía política contemporánea*, cit. p. 283.

⁴² *Ibidem.*, p. 284.

lación en el seno del matrimonio, y al reconocer que el derecho a la intimidad que poseen las personas, como tal derecho fundamental, no queda reducido, ni eliminado por el contrato de matrimonio o la vida en común. En esta línea, merece destacarse la sentencia de la Audiencia provincial de Madrid, sentencia nº 19/ 1992 de 17 de enero⁴³, en la que el Tribunal se pronuncia sobre "si cabe hablar de *intimidad* cuando se trata de aspectos de la conducta de un cónyuge que interesan al compromiso de fidelidad contraído con el otro, implícito en el establecimiento y el mantenimiento de una relación matrimonial". Ante esta cuestión planteada en el recurso, la sentencia resuelve defendiendo: "Pues bien, situados en este plano, no cabe negar que la decisión de dos personas de compartir su existencia y el hecho de vivir juntos conlleva una transferencia recíproca o recíproco acceso de cada uno a algunos aspectos de la intimidad del otro que antes le pertenecían en exclusiva. Pero ello tiene lugar en virtud de un acto de voluntad libre y no puede suponer para los implicados la desaparición de todo espacio íntimo, como reducto exclusivamente personal que se confunde con la individualidad misma. Podría decirse incluso que esta nueva situación, caracterizada por la cesión bilateral de alguna cuota de intimidad, convierte esa intimidad cedida y compartida en algo cualitativamente distinto, que no deja de ser *íntimo* para integrarse en lo que constituye más propiamente *vida privada* de la pareja. Así resulta que, en el plano psicológico, **el afecto matrimonial** no cancela la intimidad, del mismo modo que la sexualidad compartida no elimina el derecho a la libertad sexual que es lo que hace posible el delito de violación incluso en este contexto. Aquella distinción conceptual, con clara fundamentación psicológica y empíricamente verificable por cualquiera con sólo reflexionar sobre sí mismo, tiene explícito reconocimiento en el artículo 18.1 de la Constitución, que distingue bien expresamente la "intimidad personal" de la "intimidad familiar". Para reforzar esta excelente argumentación se concluye que ni siquiera en un supuesto-límite se podría autorizar "en el orden ético y jurídico, a despojar a esa *otra persona* que es su pareja del derecho fundamental a la intimidad; a convertirla en objeto de observación sin restricciones".

A pesar de estas importantes palabras nos encontramos ante un ámbito en el que los cambios son, a veces, más aparentes que reales por la existencia de núcleos esenciales que se mantienen inalterables a las transformaciones sociales y jurídicas. Esta dificultad tiene su origen en la unión que el ideal romántico de la intimidad estableció entre la familia y la pareja heterosexual. Así MacKinnon se

⁴³ Audiencia Provincial de Madrid, nº 19/1992 de 17 de enero, ponente Perfecto Andrés Ibáñez.

pregunta si será casualidad que las cuestiones que el feminismo considera más relevantes para alterar las relaciones de subordinación de las mujeres se amparen todas en el concepto legal de intimidad. "Creo que la mayoría de las feministas comparten las motivaciones liberales básicas sobre la protección de la intimidad, si se las desvincula de las ideas patriarcales sobre la autonomía de la familia... En todo caso, la concepción liberal de la intimidad, como la distinción entre el Estado y la sociedad, no supone una defensa de la división entre lo doméstico y lo social. Porque se precisa una defensa de la intimidad al margen de la familia, y se precisa una defensa de la vida interior dentro de la familia"⁴⁴.

Cuando la Teoría política y moral excluye a la familia, no la deja fuera sólo porque en ella los derechos fundamentales sean ignorados y el principio de igualdad no exista. La deja fuera también porque en su ámbito se desconocen las condiciones y los valores básicos de la vida privada que el liberalismo proclama. Este hecho justifica que para algunas feministas los postulados liberales, reciclados, puedan ser utilizados como una alternativa jurídico-política de futuro.

S. M. Okin parte, frente a C. Pateman, de la teoría de Rawls y defiende que su posición originaria, a diferencia del planteamiento habermasiano, permite una mejor readaptación a los postulados feministas. Esta Teoría ofrece el modelo de un ser independiente de los demás y capaz de distanciarse de los propios intereses y fines: "la posición original requiere que como sujetos morales, seamos capaces de comprender, de tomar en consideración, las identidades, los objetivos, los afectos de toda persona, aunque sean muy diferentes a los nuestros. Se trata de sabiendo como somos, pensar como si estuviésemos en la posición original. Nos obliga a poner en ejercicio considerables capacidades de empatía y poder de comunicación con los otros, y reconocer diferentes vidas humanas"⁴⁵. Este proyecto de justicia que intenta armonizar conocimiento con benevolencia y se apoya en la idea del desarrollo moral, es un proyecto que reclama la acción de los otros, esos otros no tienen necesariamente por qué ser el modelo tradicional de familia. "Para desarrollar un sentido de justicia se requiere, dice Okin, que los niños se críen en los ejemplos de interacción humana basados en la igualdad y reciprocidad y no en la dependencia y la dominación como es lo más frecuente"⁴⁶. Es, de este modo, como Okin defiende la idea de la posición original ensanchando sus conceptos y completando sus

⁴⁴ MACKINNON, C. A., *Hacia una teoría feminista del Estado*, cit., p. 286.

⁴⁵ AGRA, M^a. J., *Op. Cit.*, p. 137.

⁴⁶ En palabras de Okin: "A menos que sean "paternizados" igualmente por adultos de ambos sexos, ¿cómo llegarán los niños de ambos sexos a desarrollar una similar y bien organizada psicología moral, suficientemente, para capacitarlos en la clase de deliberación sobre la justicia que supone la posición original". Véase: "Reason and Feeling in Thinking about Justice", en *Ethics*, number 99, January, 1989, p. 237.

vacíos. Y hace un esfuerzo considerable por integrar las teorías normativas de origen kantiano, excesivamente abstractas, con las nociones de cuidado, empatía, desarrollo y bienestar que aportan, en las teorías morales, el grado necesario de concreción y de conjunción de igualdad y diferencia.

No estamos ante problemas nuevos. Se trata del viejo intento de armonizar justicia y equidad; de equilibrar, con un equilibrio inestable y frágil, las normas y los principios con la pluralidad de los intereses y las necesidades. En otras palabras, es el constante esfuerzo de armonizar la abstracción de la realidad jurídica con la concreción que demandan los agentes sociales para una efectiva resolución de sus conflictos.

La familia es, sin duda, como estamos viendo un eje clave en el proceso de socialización. La familia como espacio igualitario es una necesidad social para el desarrollo moral de los individuos. Pero, ¿cómo debería de ser este modelo familiar? No es esta una cuestión sobre la que el consenso se alcance con facilidad. Y no lo es porque está reatavesada por todos los ejes clave de la cultura. Un sector del feminismo opta por aplicar los principios liberales del contrato y otro cuestiona la neutralidad liberal como forma de garantizar la libertad y la justicia de todas y todos.

I. M. Young afirma que la imparcialidad es una imposibilidad, una ficción idealista, que de un modo u otro tiende a eliminar la pluralidad, las diferencias entre los "yos". También rechaza la imparcialidad entendida como punto de vista colectivo y propone como alternativa el ideal de la democracia participativa y dialógica al ámbito familiar⁴⁷. Al margen de las discrepancias teóricas, las cuales son siempre deseables para evitar un pensamiento fuerte y dogmático, M^a J. Agra destaca, en su estudio sobre las diferentes aportaciones feministas a la teoría de la justicia, que ninguna de las propuestas reclama el abandono del lenguaje de los derechos, sino que buscan redimensionar la prioridad del Derecho, de la justicia y de la vida buena, buscando un modelo que no reproduzca la dicotomía existente. "Quiere esto decir y sería la conclusión más importante, que las teorías feministas, al igual que las teorías de la justicia, deben desarrollar una reconceptualización de la subjetividad que sea adecuada a y necesaria para las prácticas de la justicia... La justicia surge de las complejidades de la vida y nunca es un proceso acabado"⁴⁸. Compartimos este argumento. La revisión crítica del liberalismo y del universalismo que encierra la Modernidad, no desemboca en una heterogeneidad estéril y paralizante, sino que permite, al revisar el contrato sexual, desa-

⁴⁷ YOUNG, I.M., *Justice and The politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990, p. 105.

⁴⁸ AGRA, M^a, J., "Justicia y género. Algunas cuestiones relevantes en torno a la teoría de la justicia de J. Rawls", *Cit.*, p. 145.

rollar los principios, que aun siguen siendo válidos, pero que deben ser ampliados a todos los contextos y sujetos posibles. Únicamente de este modo, podremos hacer que el proyecto democrático sea una auténtica realidad. En resumen, hay que hacer posible el proyecto complejo y permanente en el que consiste la autonomía para todas y todos; y sólo así pueden darse las exigencias de sujetos libres e iguales para debatir en democracia los fines y objetivos de las instituciones a las que deseamos someternos para hacer posible la vida en común.

1.7 ALGUNAS ALTERNATIVAS AL CONTRATO MATRIMONIAL

Si hasta este momento hemos expuesto los problemas que están presentes en la institución del matrimonio y en el modelo de sociedad conyugal⁴⁹ por él establecido, debemos en segundo lugar, para responder a la exigencia de una investigación de filosofía crítica, esbozar algunas posibles salidas a las cuestiones anteriormente presentadas.

Junto a las cuestiones que la exposición anterior pueda plantearnos interés reflexionar, además, sobre la pertinencia o no de la desregularización en el ámbito doméstico-familiar. Pero, antes de resolver si es deseable o no el principio contractual como eje de las relaciones personales⁵⁰, han de clarificarse

⁴⁹ Juan A. Herrero en su artículo "El matrimonio Gay. Un reto al Estado heterosexual" defiende el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio, frente a la sugerencia de la Audiencia Nacional de Barcelona de realizar contratos privados. Se opone este autor a los contratos privados por entender que éstos no otorgan los derechos que el negocio jurídico matrimonial reconoce y protege. Herrero sostiene que aparte de las razones éticas utilizadas, las razones de fondo para negarse a aceptar matrimonios entre parejas del mismo sexo sólo son económicas. Es decir, frenar los posibles beneficios de los que en la actualidad disfrutan los esposos y las esposas. Reclama un tratamiento igual al que en estos momentos existe en Suecia por ley de 1987, Dinamarca por ley de 1989 y Noruega por ley de 1993. En estos tres países se acepta el matrimonio entre personas del mismo sexo con derechos y privilegios próximos a los que disfrutan los matrimonios heterosexuales en temas claves como la adopción y custodia de la prole. Para el autor mantener una legislación diferente de parejas de hecho junto a la institución del matrimonio, es en su opinión una estrategia que crea desigualdad entre las personas. De este modo, la libertad y la igualdad entrarían en conflicto y esto produciría una ciudadanía de segunda. Aunque me parecen interesantes estas palabras no comparto su argumentación. Sin duda, en este tema se suman razones morales, económicas, sociales, pero la razón última y radical está en el porqué nace la institución del matrimonio. No nace dicha institución para regular la vida en pareja, ni el tema económico, nace para crear la paternidad. Y en las parejas de personas del mismo sexo, la paternidad no es posible. Por este motivo, incluso en los países que han establecido una legislación muy parecida a la matrimonial, lo han hecho de forma separada a la institución del matrimonio y diferenciada, por tanto, del modelo normativo de familia. HERRERO, J. A., "El matrimonio Gay. Un reto al Estado heterosexual". Claves, nº 73, 1997, p. 50.

⁵⁰ Cuando analizamos las alternativas contractuales que en EE.UU o Francia se han estado realizando al contrato civil de matrimonio, nos aparece un cierto temor, pues la mayor parte de las veces dichos contratos incurren en mayores atropellos que aquellos que se desean superar. Se lleva a cabo una acción de péndulo, y se evita entrar en todos aquellos puntos en los que el Derecho establece un modelo normativo fuerte: autoridad marital, interés de la familia, socorro mutuo o modelo sexual. La ausencia de regulación de estos puntos esenciales en la relación matrimonial y, por el contrario, el exceso de detalle de los sentimientos que deben inspirar la vida en común, nos hacen desconfiar de que la libertad de las partes, sin un adecuado asesoramiento jurídico, sea capaz de producir, sin adecuación, más justicia que daño. Se desean someter los sentimientos y los deseos a la lógica contractual, cuando éstos son, precisamente, los que escapan a dicho mecanismo de control.

qué parámetros son indispensables para definir la condición de sujeto óptimo en la negociación. Si partimos del ideal del sujeto-individuo caeremos nuevamente en los errores del individualismo moderno, que considera a cada "yo" como autónomo e independiente. Si por el contrario, optamos por un sujeto colectivo, entonces tendremos que distinguir entre dos niveles. Un primer nivel de principios normativos mínimos, que fijen las estructuras de la futura negociación entre las partes. Se trata de una desregularización controlada que permita el establecimiento de unos ejes que impidan los ataques a las personas en sus derechos y libertades. Y un segundo nivel, en el que las partes dispongan libremente las condiciones que regirán su vida en común. Nosotras nos acogemos a esta segunda opción, por entender que los principios normativos mínimos procuran unas estructuras que resultan imprescindibles para evitar que la negociación entre las partes esté condicionada por las relaciones de género.

Llegados a este punto, mencionaremos algunos ejemplos de lo que en Estados Unidos se ha denominado matrimonio "a medida"⁵¹. Sirva como ejemplo el siguiente, un contrato firmado por dos jóvenes americanos del Estado de Ohio en 1976, que se registró ante notario y por el que los cónyuges convienen sentirse unidos por sus cláusulas, incluso si ellas no tienen legalmente valor ante el Estado. La definición de matrimonio que Juan y Marie establecen en el punto 1 es la siguiente: "el matrimonio es un compromiso afectivo, espiritual y social". Por este contrato, se comprometen a vivir juntos durante un tiempo dado —en el punto 2 establecen una duración de cinco años que puede cancelarse, mantenerse o renegociarse—, a solidificar su unión, a compartir su amor y sus experiencias". En el punto cuatro, establecen las condiciones de la vida en común. Hemos expuesto con anterioridad cómo el término "vida en común", es un concepto jurídico indeterminado que permite al poder judicial establecer con discrecionalidad su contenido. Pero aquí las partes no desean arriesgarse a dicha falta de concreción y establecen lo siguiente: "Juan y Marie habitarán juntos. Lo que no excluye vivir en comunidad con otros. Todas las faenas caseras serán compartidas. Se harán principalmente durante el fin de semana. Marie se abstendrá de regañar y protestar si no se han hecho todas las faenas antes de la tarde del domingo. Sin embargo, se reserva el derecho de recordar a Juan sus obligaciones, lo que hará siempre con tacto y delicadeza. Juan se ocupará del coche de Marie, y a cambio, Marie se encargará de la ropa de Juan, salvo de sus calcetines". También el punto referente a las finanzas resulta de

⁵¹ SALOME, Jacques, *Háblame, tengo cosas que decirte*, Nova, Barcelona, 1987, cap. 2, pp. 69-88.

interés, y a que "compartirán por igual todos los gastos corrientes: vivienda, cargas de la casa, alimentación. Cada uno conservará su cuenta bancaria y evitará el decir al otro cómo gastar su dinero". Consideran en el punto sexto que las disputas y desacuerdos no son nefastos para la unión, piensan que pueden ser útiles, pero "evitarán golpearse físicamente o separarse por largos períodos mientras dure el enfado en cualquiera de ellos". Plantean a continuación la posible relación sexual con una tercera persona, dejándose abierta la posibilidad de informar de ello al otro o no. Rechazan como individuos autónomos que son un nombre común e incluso la relación que cada cónyuge pudiera tener con los padres del otro y con los amigos. Por si toda esta enumeración de exigencias y responsabilidades no fuera suficiente, se explicita además, en el punto trece, el control de su persona que cada uno guarda para sí. "Cada uno guarda el control de su propio aspecto personal. Ninguna de las partes tratará de modificar la apariencia del otro. En particular, Marié está de acuerdo en no quejarse o llamar la atención a Juan sobre sus botones" El punto catorce se reserva para sostener que si una de las partes desea el divorcio, la otra no se opondrá, y en el quince rechazan utilizar los siguientes vocablos: casado con, esposo, marido, mi mujer, mi novia, mi chica, o cualquier otro término que implique una relación de dependencia. La propia enumeración ya presenta de por sí suficiente interés.

El carácter pragmático de este contrato podría llevarnos a la sonrisa si no fuera porque saca a la luz las desigualdades de las leyes y las costumbres, y los consiguientes miedos. ¿Cuántas enmiendas más establecería esta pareja una vez empezada la relación y cuántas nuevas dificultades serán capaces de prever y de imaginar en el futuro? Debemos recordar lo que son exigencias lógicas de todo contrato que pretende regular relaciones intersubjetivas complejas: pocos aspectos, pero precisos y amplios. La pormenorización ocasiona en la práctica más problemas de inseguridad y protección que ventajas.

Un ejemplo más reciente lo encontramos en un contrato de 1978, que fue completado en 1979, realizado por dos jóvenes adultos de origen francés. En el preámbulo se establece que rehusan la institución del matrimonio y con ello abandonan algunas de sus ventajas sociales. Prefieren optar por una carta abierta y evolutiva que hace el oficio de contrato y que renegociarán cada año. Las palabras guía de esta carta son: "compartir, calor, futuro, cuerpo, territorio, catálisis, oscuridad, libertad, reconocimiento, franqueza, sufrimiento, música, papeles a desempeñar, compromiso, niños...". En el punto uno se prometen

independencia material y espiritual. En el punto dos: "Participaré en esta reacción química y afectiva que es el compartir cotidiano a dos..." Punto tres "Yo vivo contigo para: comunicar, tener calor aquí y ahora, futuro en el instante". Punto quinto: "No me encerraré en un papel que me dé seguridad aunque a ti te convenga: la cocina, la mecánica, la vajilla, el bricolaje, la jardinería o la costura...". Punto sexto: "No ahogaré el calor que hay en mí, por miedo o por melancolía. Cuidaré mi cuerpo como yo quiera incluso si te disgusta... Deseo que vengan a través nuestro uno o varios niños. Es un compromiso fuerte pero no me serviré de él como pretexto para aliviar nuestra falta de vida... Me tomaré el tiempo de ser. No provocaré angustias inútiles, si no puedo mantener mis promesas se lo haré saber a mi pareja".

A diferencia del otro contrato, aquí podemos contar con el comentario de la pareja un año más tarde. Textualmente, comentario del hombre: "Vivimos en pareja y, cómo de difícil es la independencia territorial". Comentario de la mujer: "La independencia del espacio no es lo único que hay que preservar. El respeto a ese contrato me pide lucidez y vigilancia con las "aventuras" de lo cotidiano; una lucha contra mi angustia, caídas abismales de mi depresión. Desgrano paso a paso el color de mis alientos, el lento descubrimiento de mi jardín interior. Vivo este caminar, a veces, difícil, muy duramente". Cuando firmaron esta renovación su hijo acababa de nacer hacía apenas dos semanas. Esta pareja, como la anterior, exponen en su contrato todos los deseos y miedos que les acechan, pero éstos no se pueden resolver en un contrato, forman parte de lo que es el hecho de vivir. El contrato debe servir para afrontar los problemas patrimoniales y la guarda y custodia de la descendencia, amén del establecimiento de un compromiso de pareja basado en el respeto mutuo y en la igualdad. Sólo desde estos presupuestos será posible compartir intimidad sin lesionar, el respeto a los derechos fundamentales que salvaguardan la dignidad de las personas.

Por todo lo expuesto, el modelo de familia representado por el varón-padre cabeza de familia, como autoridad exclusiva, muestra más que nunca su desigualdad y su parcialidad, por no hablar de la enorme dosis de violencia que esta institución encierra en su interior, tal y como está conceptualizada. Pero el legislador ordinario se resiste a dar entrada a la complejidad que la realidad muestra y se empeña en seguir mostrando a la autoridad del padre, como la única autoridad simbólica posible. Bastan como ejemplo las siguientes palabras del artículo 1094 del Código Civil: "El obligado a dar alguna cosa lo está también

a conservarla con la diligencia propia de un **buen padre de familia**". En el mismo sentido el artículo 1903 del C.C. vuelve a hacer referencia a la ya tradicional figura del buen padre de familia, modelo jurisdiccional del sujeto de derechos y símbolo de la perfección, en el cuidado y administración, que ha de inspirar el tráfico jurídico: "(...) la responsabilidad de que trata este artículo (responsabilidad objetiva) cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un **buen padre de familia** para prevenir el daño". Si la tipicidad resulta ser una formalidad del Derecho, podríamos, siguiendo la letra de la ley entender que, las mujeres nunca incurrirán en responsabilidad objetiva, a la que hace referencia este artículo, ya que es imposible que alcancen el estatus de **padre de familia**, por mucho que lo intenten. Esto podría resultar cómico si no fuera por la trascendente función normativa y normalizadora que el Derecho cumple en la sociedad estableciendo símbolos que determinan las relaciones económico-jurídicas.

No obstante, algunas posiciones contemporáneas pueden ser peores que las clásicas, al justificar la utilización de un lenguaje sexista. Así se sostiene que: Los planteamientos tradicionales han justificado y justifican la no referencia a las mujeres como eje de la familia, porque en su interior existe una racional división sexual del trabajo. Al fin y al cabo, las mujeres se benefician del capital generado por el trabajo de sus maridos. Afirmaciones como éstas incurren en un grave error común, el de identificar el modelo normativo con la realidad e ignorar que muchas mujeres no están unidas a un hombre, ni tienen por qué depender de él económicamente. En la actualidad, se ha incrementado considerablemente la cifra de divorciadas, separadas, madres solteras, trabajadoras-esposas de desempleados, trabajadoras solteras sin hijos y el colectivo aún más difícil de definir, trabajadoras, casadas sin hijos cuyos ingresos ayudan a mantener la unidad familiar. Esta cascada de adjetivos y sustantivos para poder describir la complejidad de la realidad social y económica de las mujeres, frente a la aparente simplicidad con la que se describe la realidad de los hombres-varón-**cabeza de familia**, muestra la función simbólica e ideológica del lenguaje, que actúa, a veces, como aliado clandestino para unos y como obstáculo insuperable para otras. En palabras de Adrienne Rich: "En los intersticios del lenguaje descansan los poderosos secretos de la cultura. A lo largo de este libro he vuelto a términos como "sin hijos" o "libre de hijos"; no poseemos ningún nombre que designe a una mujer que se defina, por elección, como apartada de las rela-

ciones con hijos o con hombres, que se identifique consigo misma, que se haya elegido. El concepto "sin hijos" la define sólo en términos de carencia, y "libre de hijos" sugiere que ha rechazado la maternidad⁵².

La simplificación de la realidad familiar refuerza la desigualdad entre familias y las somete a la pobreza, al detraer subsidios de aquellas familias sustentadas económicamente por mujeres. Éste es el caso de buena parte de las familias monoparentales. Detrás de esta simplificación se esconde el modelo no explícito, pero sí implícito, de pareja heterosexual, que es el que se valora y considera positivo frente a todas las otras posibles opciones. Una correcta Teoría de la justicia en el ámbito de la familia no puede eludir el siguiente interrogante: ¿quién tiene derecho a formar una familia?, ¿sobre quién o quiénes descansa la responsabilidad del cuidado y educación de los hijos?, ¿debe recaer esta responsabilidad en el sujeto o sujetos implicados en su gestación?

Porque creemos en el debate y en el consenso colectivo para afrontar una posible alternativa a la actual institución del matrimonio y porque estimamos que aquél se ha de apoyar en las prácticas sociales y en el encuentro entre teorías, deseamos la complicidad y reflexión de las posibles lectoras o lectores. Sin embargo, no vamos a rehuir el reto de plantear algunos posibles cambios.

Si comparamos el actual contrato de matrimonio con los contenidos de los contratos alternativos que hemos visto en nuestra exposición, creo que es mejor el modelo normativo. Los modelos alternativos incurren en todos los errores que deben evitarse en un contrato, y no sólo respecto al contenido que alude a los sentimientos y a los anhelos, sino además por su excesivo particularismo. En los contratos, el contenido obligacional ha de ser amplio, claro y simple, tal y como hace el legislador en el artículo 67 y 68 del Código Civil. El particularismo excesivo nos encierra en una compleja casuística que, lejos de proteger, entorpece la protección.

Creemos que para afrontar la futura reforma del contrato de matrimonio se debe analizar el tema del "interés de la familia" en primer lugar, y ello es así porque es difícil hablar de un único interés cuando la familia se encuentra integrada por individuos diferentes. Han de reconocerse dos autoridades posibles, la madre y el padre, así como otros sujetos como son los menores. No existen problemas lógicos en reconocer a una pluralidad de sujetos con diferentes niveles de autoridad, pero igual reconocimiento y respeto. Así es de hecho la

⁵² RICOCH, A., *Nacemos de mujer. La maternidad como experiencia e institución*, Cátedra, Madrid, 1996, p. 358.

vida, la vida social. Las personas adultas y los menores han de estar en condiciones —en lo doméstico-familiar también—, de saber ejercer su libertad, su capacidad de pensar por sí y para sí, haciéndola compatible con el respeto y el reconocimiento a la autoridad y a los iguales. Si todas las personas necesitamos respeto y reconocimiento para la vida en común, para la buena vida, éstos han de aprenderse y adquirirse en el primer contexto de la vida, la vida familiar.

Asimismo, ha de abordarse el modelo sexual impuesto. Romper este núcleo es romper con la idea de que el matrimonio es la institución que consagra y mantiene la consideración de la paternidad unida a la autoridad exclusiva del padre, al tiempo que permite revisar la presunción fuerte de paternidad del marido. De este modo, la institución del matrimonio se abriría a la libertad de opción sexual y se convertiría en un espacio de mayor igualdad sexual. Estas transformaciones nos acercarían a un modelo regulativo más justo y menos violento, en el que pueden tener cabida todas las personas con independencia de su opción sexual. Crear legislaciones espaciales y vías alternativas, resultan un mero parcheo y no afrontan la necesaria reforma radical de la institución del matrimonio.

Por último, parece deseable sustituir la fidelidad como obligación y derecho, por el término lealtad. Es cierto que el concepto de lealtad encierra en una de sus acepciones la fidelidad, pero comprende también el respeto a los pactos y compromisos, el amor, la gratitud, la realidad, la legalidad y la verdad. Pensamos que junto al respeto, podría tener cabida todo el abanico de exigencias que dos personas que comparten afectos e intimidad deben poseer y tener garantizadas para la vida en común.

No he hecho referencia al tema patrimonial y a la guarda y custodia de las hijas e hijos, por entender que los Ordenamientos jurídicos actuales han abolido las graves e injustas situaciones del pasado. Baste mencionar el artículo 66, del Código civil, cuando establece que "El marido y la mujer son iguales en derechos y en deberes", o el artículo 71 cuando afirma que "Ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiese sido conferida". Aunque debería eliminarse el término marido, por la potestad que encierra respecto a la mujer, y emplear los términos equivalentes esposa-esposo, o los cónyuges.

Los problemas hoy existentes se centran en el ámbito de la aplicación e interpretación de las normas, como consecuencia del peso de los estereotipos.

Quienes aplican las normas niegan su responsabilidad social amparados en la neutralidad del lenguaje jurídico y en su sometimiento al principio de legalidad, pero lo cierto es que dicha interpretación, en contextos como la familia fuertemente impregnados de elementos morales y sociales, está condicionada por los viejos estereotipos y modelos implícitos que generan discriminación y desigualdad para los destinatarios. Esos son los supuestos de las llamadas sentencias lamentables o penosas en el ámbito familiar. Nos referimos a aquellas sentencias ante las que se quedan inoperantes las distintas Teorías de la argumentación, al actuar los estereotipos y los prejuicios en un momento previo, en el momento en el que se valoran los hechos, se aplican categorías y conceptos y se efectúa la elección de las normas a aplicar.

1.8 EL LADO OSCURO DE LA SEXUALIDAD REGLADA

Al iniciar nuestra exposición, mencionamos la necesidad de comprender el modelo de familia matrimonial en relación con aquellas otras prácticas o relaciones sexuales que conviven paralelamente con la institución. Unas prácticas que en modo alguno entran en conflicto con el modelo de pareja o vida en común que los preceptos del Código Civil establecen, sino que funcionan corrigiendo en el inconsciente individual o colectivo, la idea de que los hombres y las mujeres sólo pueden relacionarse, en la intimidad, conforme al principio de igualdad. Así pues, no sólo en el contrato de matrimonio se oculta el contrato original –al definir una concreta y precisa imagen de autoridad que sitúa a las mujeres en una situación de subordinación–, sino también en la prostitución. Una sexualidad que erróneamente es presentada como un simple intercambio de servicios, entre voluntades libres, que en nada afecta a la identidad o a la vida de las personas. Se minimiza la relación describiéndola como una simple práctica lúdica, que no esconde ninguna otra intencionalidad. Por este motivo, el buen padre de familia y perfecto compañero puede ser al mismo tiempo, sin dificultades, un usuario habitual de la prostitución. Esta dimensión es perfectamente compatible con su autoridad sobre todos y cada uno de los miembros de la unidad familiar en el seno de una institución de la que formalmente se predica la igualdad de derechos y de obligaciones entre

los cónyuges. Ese espacio al margen propio de la prostitución sirve para reforzar en el imaginario individual y colectivo la posibilidad de ejercer un poder de dominio sobre un ser humano, y este poder ser compatible con una sociedad que se autocalifica de democrática. Estamos habituados a movernos en espacios diferentes con valores y reglas también diferentes e incluso antagónicas, sin que nada ocurra.

Los individuos desarrollan, de este modo, prácticas y actitudes que les permiten seguir creyendo en su superioridad y mayor capacidad para decidir y establecer las condiciones del orden doméstico-familiar. En este orden, el padre de familia se sitúa como hace el Poder soberano, como un poder que actúa dentro y fuera del Ordenamiento jurídico. Del mismo modo, las mujeres interiorizan la normalidad de someterse a la voluntad y al deseo de la autoridad familiar, y aceptan con cierta normalidad que sus compañeros hagan compatible el rol del buen padre de familia con el de usuario de la prostitución. La prostituta no pone en peligro la paz y la tranquilidad del hogar, ella sólo representa un juego sin transcendencia.

Pero, no debemos olvidar –como expresamos al comienzo de nuestra investigación–, que las personas construyen inicialmente su autonomía en el espacio familiar, una construcción que exige la experiencia de la libertad de decisión y de pensamiento. Cuando la familia presenta una imagen masculina de la autoridad y de la libertad de decidir, frente a una imagen femenina privada de estas dos potencialidades, estamos lesionando y obstaculizando la posibilidad de que niñas y niños aprendan que son iguales en respeto, dignidad y consideración, para pensar, hablar, decidir y representar.

Una vez más, hallamos distorsionada la forma en que se conceptualiza la voluntad para justificar el hecho de la prostitución y mantener la cosificación de la prostituta/o. La prostitución se presenta eufemísticamente como un contrato entre cliente y prostituta/o; imagen que ha venido a reemplazar al argumento tradicional de considerarla un mal necesario para proteger a las mujeres jóvenes de la violación y salvaguardar la sagrada institución del matrimonio de los estragos que producen los apetitos sexuales irrefrenables de los varones⁵³. En este sentido, considero oportuna una breve mención a la sexualidad mercantilizada, al representar simbólicamente el otro lado de la sexualidad reglada en la institución del matrimonio.

⁵³ PATEMAN, C., *El contrato sexual*, cit., p. 261.

Hay que hacer una distinción entre la producción discursiva de un tipo de Mujer –la madre, la esposa, la prostituta, la madre soltera–, y la construcción discursiva de Mujer, como genérico. Nos encontramos ante dos significados que operan –siendo diferentes–, conjuntamente, de ahí que en el trabajo los hallamos presentado por separado, con autonomía. Esta distinción evoca la construcción legal y la construcción del estereotipo de mujer en relación con el hombre. Esta última distinción tiende a ocultar las diferencias entre mujeres y entre hombres para construir una imagen esencialista de lo que significa ser mujer u hombre. Estamos, por consiguiente, ante una diferenciación previa sobre la que actúan más aspectos diferenciales. De este modo, la mujer prostituta es un tipo de mujer que puede distinguirse de las demás mujeres pero que, sin embargo y paralelamente, lo que ella es, está de alguna manera presente en el estereotipo de mujer. Por esta razón, la mujer ha sido siempre los dos lados de la moneda, buena y mala, virtuosa y prostituta, querida y abominable. El estereotipo de mujer posee una naturaleza binaria, un dualismo en el que se introduce lo mejor y lo peor de lo asignado a las mujeres. Sirva como ejemplo el modelo de madre, un modelo en el que están presentes las dos caras: la madre abnegada y amante junto a la madre castradora. Por ello en el discurso jurídico la prostituta aparece como la mujer mala, pero personificando al mismo tiempo a la mujer en contradicción con el hombre. Porque la prostituta es lo que cualquier mujer puede ser o puede simbolizar cuando se desvía de la licencia que sobre su cuerpo le está permitida⁵⁴. Se trata de una licencia que se deposita exclusivamente en el contexto matrimonial. Cuando las mujeres hacen uso de su sexualidad fuera de este espacio, incurren en una violación de las normas, que hace que se conviertan en prostitutas, ejerzan o no una sexualidad mercantilizada. Este es el calificativo social usado para definir a aquellas jóvenes que tienen una vida sexual activa, propia, elegida.

Los defensores de la prostitución argumentan que debemos considerar a la prostituta como una trabajadora, que como cualquier otro trabajador vende su fuerza de trabajo a cambio de una cierta cantidad de dinero. Se argumenta que no existe subordinación porque se contrata en libertad e igualdad. La prostituta establece una relación externa a la propiedad de su persona. El cuerpo y la persona no se ofertan, sólo unos determinados servicios. Los contractualistas que defienden que las personas son libres para mercantilizar su sexualidad, incluso llegan a defender esta figura frente al contrato de matrimonio que consideran

⁵⁴ SMART, C., "La mujer del discurso jurídico", en *Mujer, Derecho penal y criminología*, Edt. Siglo XXI, Madrid, 1994, pp. 180-181.

vulnera los más elementales principios contractuales. El contractualismo liberal aplicado a la familia conduce a un mercado de cuerpos y servicios⁵⁵.

Cuando el liberalismo analiza la prostitución o la institución del matrimonio parte de un ser humano que no existe, y al que reconocen una serie de cualidades naturales que lejos de ser tales son un proyecto, un ideal para cuya realización se demandan ciertas estructuras sociales, políticas, jurídicas y económicas. Todos estos requisitos y exigencias que exceden la concreta voluntad de los individuos son ignorados por el liberalismo, y se parte de una universalidad y neutralidad ideal de la prostitución. Cualquier análisis serio sobre esta problemática mostraría que nos encontramos ante un ámbito repleto de complejidad, y en el que convergen cuestiones de diferente naturaleza

Aunque quienes defienden la libertad de contratar servicios sexuales niegan relevancia al hecho de que la mayoría de las ofertantes sean mujeres y la mayoría de los demandantes sean hombres⁵⁶, lo cierto es que este hecho es utilizado por quienes analizan el tema de la prostitución para considerarlo un problema de las mujeres, y no un problema social. ¿Por qué motivo la prostitución es el oficio más viejo del mundo y lejos de reducirse, y más aún en la sociedad de la tecnología y el desarrollo, se disparan las cifras de su uso y consumo? Preguntas como éstas nos inducen a dar un giro de ciento ochenta grados y a ubicar este factum en otra dimensión: ¿por qué existe la obsesión de invisibilizar una parte de la relación, la de quién demanda los servicios sexuales? ¿Por qué la responsabilidad se centra únicamente en una de las partes, si se afirma que la prostitución es un simple intercambio de servicios realizados desde la libertad y la igualdad? ¿Qué razones podemos dar para explicar que uno de los servicios más utilizados, en la sociedad de la comunicación y el conocimiento, sean las líneas calientes de Internet? La magnitud y el enorme comercio⁵⁷ generado por la prostitución desvela la importancia de la cuestión que ahora abordamos.

Nos encontramos ante la astucia de la ocultación, que tan buenos resultados ha proporcionado y proporciona a la cultura patriarcal mediante el camuflaje de la cultura jurídica. Pero, por qué no preguntarnos además acerca de las razones que llevan a los varones a demandar la venta de cuerpos o servicios sexuales como bienes en el mercado⁵⁸ ¿Qué función social y política puede

⁵⁵ Al respecto, véase: KYMLJCKA, W., "Rethinking the Family", en *Philosophy and Public Affairs*, volumen 20, nº 1, 1991, pp. 87-89.

⁵⁶ Carole Pateman recoge en su nota número 15 del capítulo 7, una cita de M. Frye, tomada de "The Politics of Reality: Essays in Feminist Theory", en la que afirma: "Cuando los varones son confinados juntos e impedidos de tener acceso a las mujeres (como en prisión), el tabú no se observa; la masculinidad, entonces, se exhibe utilizando a otros varones, por lo general jóvenes, como si fueran mujeres". PATEMAN, C., *El contrato sexual*, cit. P. 265.

⁵⁷ Después de la droga es la prostitución el comercio que produce más nivel de ingresos en el mundo.

⁵⁸ PATEMAN, *Ibidem.*, p. 267.

cumplir esta sexualidad que se desarrolla paralelamente a la sexualidad normativa? Creemos, como ya hemos expuesto al comienzo, que refuerza el inconsciente colectivo de dominación y subordinación de unos seres humanos sobre otros. A medida que la sociedad se acerca a relaciones intersubjetivas más libres e iguales, basadas en el igual respeto y reconocimiento, más se amplía y se desarrolla ese otro lado oscuro de las relaciones humanas que no conoce de diferencias culturales, económicas, ideológicas o políticas. El uso y el consumo de la prostitución está presente en todas las franjas sociales, aunque las razones que se esgrimen para su uso, al menos públicas, puedan ser diferentes: celebrar el cierre de un negocio, el final de una reunión de amigos, relajarse del estrés del trabajo o simplemente desear una relación sexual sin problemas⁵⁹. En esta sexualidad el deseo aparece unido, sin el disfraz del sentimiento amoroso, a la fuerza y al dominio sobre el cuerpo del otro. No existen dos voluntades que actúan, sino una voluntad y un objeto.

Podemos utilizar todas las metáforas que deseemos para argumentar que en la prostitución la dignidad de la persona queda a salvo, porque su espíritu es libre, y a él se reduce la cuota de subjetividad. Pero lo cierto es, que utilizar a un ser humano como un objeto, por muy objeto sexual que se quiera, atenta contra la dignidad de la persona. Una persona que es utilizada como un medio y no como un fin en sí misma.

Los errores de la justificación mercantilista de la prostitución se centran en la consideración de la prostituta/o como una profesional que ofrece sus servicios especializados, cuando, lo cierto es que, en todo caso estamos hablando de proletariado o marginalidad. En rarísimas ocasiones pueden actuar fuera de las redes criminales organizadas y controladas por varones. Y es que, actualmente, la prostitución se ha convertido en una industria. Se revela como un imperio multinacional, generando empresas y redes internacionales de explotación. Estas redes poseen una extraordinaria capacidad de adaptación, aprovechando las modificaciones del comportamiento social para fomentar la demanda. Basta poner como ejemplo la utilización de Internet, que anteriormente hemos citado, en la publicidad y difusión de la prostitución.

Ante la magnitud de esta violación de los derechos y de las libertades fundamentales del ser humano hay que concienciar a la opinión pública y organizar campañas publicitarias dirigidas a los más jóvenes y a las/os trabajadoras

⁵⁹ Esta afirmación de "sin problemas" ha de interpretarse –entendemos– como: no tener por que tomar en consideración los deseos de la otra persona. En expresiones coloquiales como ésta es en las que mejor se percibe la consideración de una persona como objeto y no como sujeto en una relación.

sociales para que atiendan a las víctimas en todos los campos. El éxito de esta lucha depende, en opinión de la Comisión de las Libertades públicas y de los asuntos internos del Parlamento Europeo, en su Informe de 14 de diciembre de 1995, de la movilización de buena parte de las entidades públicas y en especial de las ONG en la concienciación y combate de la trata de seres humanos y explotación de los más desfavorecidos, especialmente, mujeres, niños y jóvenes.

Europa hace, como acabamos de ver, una apuesta por la concienciación y la prevención, que choca con las legislaciones nacionales que, como la española, han venido a despenalizar la conducta de quienes se lucran y enriquecen por medio del tráfico sexual y la explotación ajena. En definitiva, se ha legalizado y reconocido el derecho de algunas personas a vivir de la prostitución, dignificando una actividad, que hasta el nuevo texto del Código penal era considerada delictual.

"En la prostitución, el cuerpo de la mujer y el acceso sexual a tal cuerpo, es el objeto del contrato. Vender cuerpos en el mercado, en tanto cuerpos, se asemeja mucho a la esclavitud"⁶⁰. Según afirma la *Resolución 83-30 de las Naciones Unidas de 1983*, la esclavitud de las mujeres y de los niños y niñas prostituidas es incompatible con el respeto a la dignidad de la persona humana y con sus derechos fundamentales. Sin embargo, hoy por hoy, los negociantes del sexo en Europa y en el mundo entero, utilizan métodos muy parecidos a los de los mercaderes de esclavos de antaño: reclusión, chantaje, amenazas y violencias. Este sistema esclavista, perfectamente estructurado, obra de manera semejante para despersonalizar a su víctima. Esta se ha reducido al estado de cuerpo-herramienta y depende entonces completamente de su amo quien se enriquece en exclusiva.

Hasta el siglo XIX, la esclavitud era una fatalidad, aun una necesidad, pero acabó por abolirse. No se puede explicar la prostitución en una sociedad que se presenta como baluarte de altos principios e ideales de justicia, a no ser que esté fuertemente arraigada en el inconsciente social-colectivo y esté cumpliendo una función que excede de su propio contenido.

Las identidades no se subsumen por completo en la sexualidad, pero la sexualidad es inseparable de la identidad, como lo es el propio cuerpo. En el patriarcado moderno la venta de cuerpos de mujeres en el mercado significa la venta de "Yos"⁶¹, la utilización de seres humanos como objeto de deseo y de

⁶⁰ Pateman, *El contrato sexual*, cit., p. 281.

⁶¹ *ibidem*, p. 284.

posesión. Damos pasos hacia la igualdad y la libertad, pero todavía permanece este anclaje que funciona como núcleo duro de resistencia, que funciona unido a los otros núcleos descritos en la institución del matrimonio.

Completar el relato de la sexualidad mercantilizada, aunque aceptada como normal socialmente, exige aludir a aquellas situaciones que son tipificadas como ilegales. La vigente regulación de los delitos relativos a la prostitución en el novísimo Código Penal continúa siendo defectuosa, pues no alcanza a exponer con claridad cuáles son los objetos reales de tutela y qué es lo que se desea, en verdad, salvaguardar. Por una parte, los tipos contenidos en el Capítulo V –De los delitos relativos a la prostitución– parecen dirigidos a tutelar la libertad sexual de la persona y, por otra, aspectos de carácter moral.

El Título VIII denominado "Delitos contra la libertad sexual", en su primera redacción y en la actualidad "Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales"⁶², recoge un Capítulo V dedicado específicamente a los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (Arts.187 al 190). El tratamiento jurídico que inaugura el capítulo V supone un duro revés a la identificación de la prostitución como fuente de explotación y de esclavitud. En el marco del Derecho comparado⁶³ es posible distinguir tres sistemas diferentes de intervención y regulación de la prostitución: en primer lugar, el denominado *sistema prohibicionista*, que penaliza la prostitución y, en consecuencia, persigue y sanciona tanto a quien la ejerce como a quien demanda el servicio o organiza su tráfico. En segundo lugar, el *sistema reglamentarista*. En este modelo, la prostitución es considerada una realidad social inevitable y por este motivo, no se sanciona, sino que se ejercen controles médico, social, policial, judicial...sobre la misma. Y en tercer y último lugar cabe mencionar el *sistema abolicionista*, en el que el ejercicio de la prostitución no es ni sancionado, ni sometido a control. Lo que sí se sanciona penalmente es toda conducta de terceras personas que se aprovechen de la prostitución ajena, la faciliten o promuevan.

Nuestra legislación, hasta la última reforma, se enmarcaba en éste último modelo, el abolicionista, para adecuarse y responder a sus obligaciones internacionales, al ratificar el *Convenio de represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena* de 21 de marzo de 1950, el 18 de junio de 1962,

⁶² Este nuevo título ha sido adoptado en la última reforma de L.O 11/1998, de 30 de abril. No se ha recogido el concepto de igualdad sexual, que parecía clarificar mejor el bien jurídico a proteger, y se ha preferido este otro término de indemnidad. Si la indemnidad es tal y como la define el diccionario "estado o situación del que está libre de daño o perjuicio", pensamos que ha sido colocado dicho término en el Título para dar especial protección a los menores, no a las mujeres, aunque el término pudiera dar cabida a la igualdad sexual. Pero cuando el legislador busca términos tal vagos como éste, hace un flaco favor a la justicia y a su adecuada concreción.

⁶³ Véase: CARRACEDO BULLIDO, R., "La prostitución en el código penal", ponencia presentada en las jornadas La prostitución: violencia y marginación, Málaga, 10 y 11 de octubre de 1996.

Este Convenio recogía explícitamente en su Preámbulo, la postura política e ideológica de los Estados frente al fenómeno de la explotación de la prostitución. Una postura que considera la prostitución como la moderna forma de la esclavitud.

Resulta escandaloso, en este fin de milenio, los equívocos morales que se esgrimen para justificar la postura tolerante de los políticos ante el fenómeno de la trata y reclutamiento de las mujeres para dedicarlas a la prostitución. La prostitución, nada tiene que ver con la libertad de las personas, sino con la libertad de comercio, que es la única protegida con la despenalización. La prostitución tampoco tiene nada que ver con la sexualidad –al menos de la persona que se prostituye–, sino con el modelo de sexualidad de quienes demandan estos servicios. Por consiguiente, entiendo que hubiese sido más correcto denominar al Título VIII “Delitos contra la igualdad sexual”.

En el Código Penal derogado, los artículos recogidos entre el 452 bis a) y el 452 bis g), penalizaban todas aquellas conductas relacionadas con la promoción, cooperación, inducción... del mundo de la prostitución. Esta previsión permitía obtener la condena de los reclutadores de mujeres.

Con el antiguo tipo penal era indiferente el consentimiento o no de la persona prostituida; incluso, el hecho de que estuviera ya prostituida o que ingresara por primera vez en este comercio. Lo único importante era penalizar la cooperación y el tráfico de cualquier modo o manera. Ahora, con el Código del Siglo XXI –como ya ha sido calificado por algunos–, todas estas conductas resultan impunes. Hoy se exige, en el supuesto del art. 188 que la retención sea coactiva, lo que implica una retención cualificada. Este dato nos permite presuponer que sólo se podrá aplicar en los supuestos de una persona no prostituida, que se la induce, mediante coacción, al tráfico X. Mucho nos tememos, que esta nueva regulación vulnera las obligaciones internacionales anteriormente citadas. Además, nuestra sospecha no es infundada, dado que no podemos olvidar que el Tribunal Supremo en los delitos que afectan a las mujeres, y relativos a la libertad sexual, viene exigiendo una resistencia heroica para probar la existencia de coacción.

El sistema jurídico siempre ha establecido límites a la voluntad individual y al ejercicio de la autonomía, y lo ha hecho con el objetivo de establecer equilibrios entre la libertad y otros valores. Sin embargo, este equilibrio se ha visto en peligro por el planteamiento reglamentarista de la nueva redacción de los tipos penales relativos a la prostitución.

Salvar la dignidad de las personas supone un elemento indispensable en la protección de la identidad, y esta preocupación existe cuando se establecen límites al derecho dispositivo. Pero curiosamente cuando trasladamos esta argumentación, que está explícita o implícitamente recogida en el Ordenamiento jurídico, al tema de la prostitución, la lógica se rompe. El análisis de los debates parlamentarios nos muestra que el carácter sacrosanto de la voluntad sigue siendo utilizado como excusa, unido al argumento de que Derecho no puede ni debe entrar en ámbitos que competen a la moral autónoma. Todo ello, para justificar la no intromisión del Derecho en aquellos supuestos de relación sexual mercantilizada o normativizada, excepto para controlar y supervisar casos calificados de "extremos".

Así, no es extraño encontrar en el Diario de Sesiones del Parlamento, intervenciones "desafortunadas" como la que sigue: "(...) (c)astigar la inducción, la provocación, el favorecimiento de la prostitución cuando afecta a personas menores de 18 años, cuando afecta a deficientes mentales o incapaces, cuando se hace abuso de la situación de necesidad de la persona que se prostituye o cuando se hace con abusos de superioridad. En estos casos sí, pero cuando se trata de tener una opción libre y voluntaria, señor presidente, no vemos ninguna razón para mantener unos delitos que la práctica ya ha demostrado que son obsoletos, porque, además aquí hay una tremenda hipocresía: se mantiene en el Código Penal veinte figuras delictivas que se están ejerciendo a la luz del día y a nadie se le ocurre denunciar, porque cualquier persona que quisiera aplicar eso no tendría que hacer, como he dicho antes, más que abrir las páginas de cualquier diario nacional o de provincias y denunciar esas actividades porque teóricamente podrían ser delictivas"⁶⁴.

Se esgrime el hecho, pues, de que en todos los periódicos aparecen anuncios de servicios sexuales, lo que supone la aceptación por la sociedad de esta realidad como normal y, en cierta medida, como deseable. A esto se añade que deben evitarse concepciones moralizantes que existían en el texto, actualmente derogado, con el fin de "proteger la capacidad del individuo para el libre ejercicio de su autodeterminación sexual"⁶⁵.

Unidas a estas razones, que podríamos calificar de "divulgativas", la Dogmática jurídica no puede evitar esgrimir sus razones técnico-científicas, objetivas y neutras. Como sostiene Miguel Polaino, la prostitución aparecía en la anterior regulación como un concepto de referencia en relación al cual se deli-

⁶⁴ Intervención del portavoz del grupo socialista Sr. Javier Perea el 2 de junio de 1995 ante el Congreso de los Diputados. La intervención ha sido recogida en el Diario de sesiones nº 510, p. 15489.

⁶⁵ *Ibidem.*, p. 15489.

mitaba el carácter típicamente antijurídico de determinados comportamientos que se conectaban con el tráfico sexual. La configuración de los tipos periféricos que sancionaban el celestinaje, el proxenetismo, el rufianismo..., respondían a la pretensión de garantía de tres núcleos: los derechos del menor a una correcta formación y educación sexual y del incapaz a una socialización, la libertad de autodeterminación personal en relación con las formas de manifestación de la sexualidad individual y, por último, la dignidad de la persona ante la disponibilidad subjetiva de las facultades personales de la actividad sexual⁶⁶. El problema radica, según la doctrina, en que el excesivo particularismo desvía la atención y no centraba correctamente la protección de los tres núcleos anteriormente mencionados.

El Capítulo V del Título VIII es probablemente, junto al Capítulo II (abusos sexuales), el que ha sufrido más modificaciones con la entrada en vigor de la Ley 11/1999. En primer lugar cabe destacar la reforma en su rubrica que aparece completada *De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores*, retomándose la abandonada formulación corrupción de menores e incapaces, pero se olvida incluir a los incapaces, lapsus que debería haberse subsanado a tiempo.

No deja de sorprender que cuando todavía los tribunales no han tenido tiempo de aplicar e interpretar los preceptos del Código penal de 1995, los delitos contra la libertad sexual hayan sido objeto de reforma. La justificación dada es que dicha reforma era necesaria para regular con más precisión estos delitos en atención a la edad de las víctimas y las circunstancias recurrentes, al tiempo que se estiman insuficientes las normas relativas a la prostitución, se amplían las conductas reprochables de naturaleza pornográfica, en relación a menores e incapaces, se acomoda la valoración de las circunstancias que agravan la responsabilidad a cada una de las especies delictivas y se revisa el sistema de penas. Un sector de la doctrina defiende que nos encontramos ante preceptos que han debido acomodarse a las preocupaciones presentes, y al hecho de encontramos ante hechos propicios a hacer nacer una especial atención incluso en los medios de información, y despertar mayor alarma social y mayores preocupaciones de índole moral.

Esta reforma está motivada por la Acción Común acordada por el Consejo de la Unión Europea el 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. La presión normativa

⁶⁶ CARMONA SALGADO, C., POLAINO, M., Y OTROS, *Manual de Derecho Penal*. P.E., Madrid, 1993, pp. 331-345.

internacional se ha dejado sentir no sólo en la legislación española, también en los países de nuestro entorno.

En la redacción de 1995, el primer núcleo de protección se encuentra recogido en el art. 187 del C.P., en el que el bien jurídico es la correcta educación sexual del menor, que se toma en consideración por su repercusión en la conformación de su identidad. Sólo en este tipo encontramos aludida de un modo expreso la importante relación que existe entre la sexualidad y la conformación de la identidad personal.

La extrema prolijidad en la descripción de las anteriores figuras delictivas relacionadas con la prostitución fue objeto de una crítica generalizada por parte de la mayor parte de la Doctrina. Tal detallismo desdibujaba –según ella– la necesaria precisión normativa que el principio de legalidad penal exige para la incriminación de comportamientos delictivos, argumentándose la necesidad de acoger fórmulas precisas e inequívocas de la conducta que se describe como objeto de sanción o protección. Este hecho ha sido resuelto suprimiendo todos los preceptos que hacían referencia a los intermediarios y agentes que conformaban las redes de prostitución, además de eliminar cualquier referencia a los usuarios.

Probablemente, las críticas doctrinales referidas al excesivo particularismo de los tipos penales anteriormente relacionados con la prostitución sean acertadas. No obstante, nos cabe una cierta sospecha, y una duda: ¿la única posibilidad ante la situación anterior de excesivo particularismo reside en su eliminación?

La sospecha se acrecienta cuando países como Gran Bretaña o Italia recogen como ilegales conductas relacionadas con la prostitución, sólo cuando generan molestias al vecindario. De este modo, podemos destacar la figura inglesa del "Kerb-crawling" vigente desde finales de los ochenta, que sanciona a aquellos conductores que circulan a escasa velocidad con el fin de apreciar y valorar la mercancía que se les ofrece, y poder ultimar, –en caso de informe favorable– el consiguiente trato. En esta misma línea, el Ayuntamiento de la localidad italiana de Aulla, en el centro de la península, ha creado una nueva⁶⁷ y muy especial señal de tráfico. Consiste en la imagen de la tradicional prostituta apoyada en la farola, cruzada por una moderna y significativa señal de prohibido. ¡Para que luego digan que la prostitución tiene una imagen asexuada, y que la prostituta –en femenino–, sólo simboliza el pasado!

⁶⁷ Esta nueva señal "antiprostitutas" ha entrado en vigor con fecha de 27 de septiembre de 1996, en la ciudad de Aulla (Italia), una vez que el alcalde, Lucio Barani, recriminara la actitud de decenas de conductores que detenían sus coches en las calles de la ciudad para solicitar los servicios de las prostitutas.

En España, el Plan sobre prostitución elaborado en el Ayuntamiento de Málaga por el área de Servicios de Seguridad, perteneciente a la policía local, no puede ser menos elocuente. Se afirma que este tipo de personas que se mueven en la prostitución ejercida en la vía pública "causan una gran alarma social y preocupación entre los ciudadanos, especialmente entre los comerciantes y residentes de la zona, debido a su aspecto físico y su forma de actuar". El haz de actuaciones dirigidas hacia las personas que se prostituyen ha sido: retirada de los vehículos que se presumen son utilizados para ejercer esta actividad; y control de alcoholemia e identificación de los "presuntos" clientes. "Esta presión ejercida tanto sobre las personas que ejercen la prostitución como por los clientes y los propios receptores de la misma, hace que exista un desplazamiento hacia otros lugares más discretos, como son los polígonos industriales, mejorando, por tanto, la habitabilidad de las calles mediante una mayor presencia policial en su labor de prevención, control e identificación de las personas que las frecuentan". "Evidentemente, con este tipo de medidas policiales, no vamos a acabar con la prostitución. Aspiramos a que al menos exista un desplazamiento hacia zonas donde cree la mínima alarma social, y la percepción de inseguridad ciudadana sea la menor posible por parte de los vecinos"⁶⁸.

Lo que se oculta detrás de estas medidas es la deseable vuelta de las prostitutas y los clientes a los burdeles, para que la ciudadanía responsable no tenga que ver ciertos aspectos de la realidad social. Ya sabemos que la marginalidad debe estar aislada, y no mezclarse con la "gente de bien". De este modo, el control funciona sin alterar en absoluto una actividad que, por otra parte, se necesita y se protege, aunque sea indirectamente.

En los comentarios de Enrique Orts Berenguer todo son elogios a la redacción del Código Penal y críticas a lo que él denomina el capítulo más desafortunado de entre todos los agrupados en el Título VIII, el Capítulo V. Acoge con enorme entusiasmo el abandono de viejas posturas moralizantes que ahora sólo son punibles cuando existen comportamientos, a través de los cuales se determina coactivamente a alguien a prostituirse o se induce a un menor o a un incapaz a que lo haga. Rechaza que la prostitución tenga imagen de mujer, por haber sido la de más rancia tradición, y por este motivo entiende muy acertada la forma adoptada por el legislador de no adjetivar el término prostitución. Analiza que el término "favorecimiento" debe entenderse restrictivamente. "Es decir, actos de entidad suficiente como para servir de soporte, de ayuda eficaz

⁶⁸ Vid. Informe del Ayuntamiento de Málaga, Área de Servicios de Seguridad, Policía Local, titulado "La Seguridad y la Prostitución", con fecha de 2 de octubre de 1996, y presentado en las Jornadas "La Prostitución: violencia y marginación", celebrado en Málaga, los días 10 y 11 de octubre de 1996.

para la práctica de la prostitución... Por consiguiente, no tienen cabida en este tipo del artículo 187 aquellas conductas de colaboración indirecta, propias de quienes realizan tareas secundarias relacionada con el meretricio⁶⁹, a diferencia de lo que ocurría con la redacción anterior del artículo 452 bis, d)1º. Además de este sentido restrictivo del término "favorecimiento", es necesario recordar que la prostitución requiere según la doctrina- de cierta "habitualidad". Esta exigencia introduce un elemento de debate, que hubiese sido deseable que no existiera. De todas y todos es conocida la ambigüedad que la habitualidad introduce respecto al número de veces en que una acción debe repetirse para estimarse. ¿Una vez es suficiente?, ¿tres?, ¿cinco?

La doctrina sólo menciona al usuario de la prestación de naturaleza sexual en el supuesto del tipo recogido en el artículo 188, planteándose si la conducta típica se extiende a la persona que, conociendo la situación de coacción, engaño o abuso de una situación de necesidad o superioridad tenga relación sexual con una persona mayor de edad. En este tipo, además, aparece otro problema. La doctrina sostiene que el ejercicio de la prostitución entraña una repetición de prestaciones sexuales a cambio de una retribución. Sin embargo, resulta cuanto menos dudoso que, para cometer el delito establecido en el artículo 188 se necesite habitualidad. Pero, ¿qué sucedería si se obliga a una mujer adulta, coactivamente, a ejercer la prostitución en una sola ocasión? ¿podríamos subsumirlo dentro del tipo recogido en el art. 188 del Código Penal anteriormente citado? En este asunto, la doctrina no nos facilita una respuesta unánime.

Para algunos⁷⁰, quien ha determinado a otro a ejercer la prostitución debe responder como autor de agresiones o de abusos sexuales por cada una de las acciones lujuriosas concedidas por la víctima o víctimas, debiendo apreciarse un concurso de delitos. Si existe un concurso de delitos, o si se aplica el tipo genérico de coacciones o el específico del 188 es una elección que se deja a la valoración discrecional del poder judicial. Ante este problema D. López Garrido y M. García Arán sostienen que el "problema que se plantea aquí es que la determinación a la prostitución de otra persona, por medios que anulan o condicionan totalmente su voluntad, puede ser calificado también como cooperación necesaria al atentado sexual concreto, consista éste en agresión o abuso sexual, que recibe una pena muy superior. En principio, de aplicarse la regla de la especialidad propia del concurso de leyes (art. 8, C.P.) debería prevalecer el tipo que

⁶⁹ ORTS BERENQUER, E., *Comentarios al Código penal de 1995* (vol. I), Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pp. 967-968.

⁷⁰ Véase la postura de Enrique Orts Berenguer, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, Volumen I, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 968 y ss.

ahora se contempla, puesto que la identidad de bienes jurídicos dificulta considerar el concurso ideal de delitos (art. 77.1 C.P.), lo que conduce a un privilegio que parece inexplicable y que no puede entenderse deseado por el legislador. Una posible forma de evitarlo es interpretar el delito del art. 188.1 como comportamiento caracterizado por las notas de permanencia y profesionalidad de la prostitución, a cuyo mantenimiento se destina la actuación coactiva, engañosa o abusiva. Esa determinación a seguir ejerciendo o no salir del ejercicio de la prostitución (mantenerse en ella), es decir, a hacer de la prostitución un "modus vivendi", es conceptualmente separable de cada uno de los actos de complicidad necesaria en los concretos atentados a la libertad sexual, que, por las dificultades de prueba de cada uno de sus momentos comisivos, debería calificarse como delito continuado del correspondiente atentado sexual (art. 74.1 y 3 en el que se admite expresa y excepcionalmente la continuidad delictiva en materia de libertad sexual)⁷¹.

Para dar respuesta a todas estas dificultades, el art. 188 ha sido objeto de importantes modificaciones, en la reforma de 1999, suprimiendo algunos de los aspectos más controvertidos señalados anteriormente. El precepto sigue comprendiendo una serie de conductas relacionadas con la prostitución de personas mayores de edad, si bien sigue manteniendo la atipicidad del rufianismo o proxenetismo financiero que en el Anteproyecto se recogían. El argumento utilizado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia para esas modificaciones ha sido la constante jurisprudencia existente en torno a la declaración de atipicidad como modalidad de conducta de favorecimiento o facilitación de la prostitución (art. 187.1) del comportamiento propio de los "clientes" que demandan dichos servicios, siendo las actividades de referencia las encaminadas a poner en contacto a las personas prostituidas con éstos, que penalmente sólo responderán de las agresiones o abusos sexuales que, en su caso, hayan cometido contra ellas. Este segundo argumento, afirma Concepción Carmona Salgado⁷² no resulta convincente, pues aunque exista una determinada línea jurisprudencial contraria a sancionar por vía del art. 187. 1 CP a los "clientes" que se limitan a utilizar tales servicios a cambio de un precio, por su parte no encuentra ningún inconveniente técnico en reconducirlos al citado pre-

⁷¹ LOPEZ GARRIDO, D., GARCÍA ARAN, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, pp. 112-113.

⁷² AA.VV., *Adenda al curso de Derecho penal español*, Parte especial, Tomos I y II, recogiendo todas las reformas legislativas producidas desde la publicación del Código penal de 1995, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 58-65. Véase además BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., "Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual por la Ley Orgánica 11/1999", *Actualidad penal*, nº 35, 27 de septiembre al 3 de octubre de 1999, pp. 668-687.

cepto, en calidad de cooperadores necesarios o cómplices, siempre que siendo conscientes de la minoría de edad o incapacidad de la persona prostituida decidieren pese a todo, mantener relaciones sexuales con ella quedando de esta forma reducido el problema a una simple cuestión probatoria. Como prueba esta argumentación, la prostitución entre personas adultas es considerada una simple prestación de servicios.

En la redacción del tipo básico del art. 188 del CP, se ha sustituido adecuadamente la necesidad de coacción que tanto problemas ha planteado —como hemos expuesto anteriormente—, por la necesidad de que alguien “determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella”. Esta explicitación se valora como más clara y contundente a efectos de interpretación.

Es también de nueva creación el apartado 2 del art.188 en el que se recoge expresamente la trata de blancas y, más modernamente el “turismo o tráfico sexual” de seres humanos, con independencia de su sexo, utilizando para ello cualquiera de los mecanismos violentos, intimidatorios, engañosos o abusivos que señala el apartado 1 del citado precepto; todo ello a efectos de superar las posibles dudas sobre la inclusión de esta concreta conducta en la descripción típica del mencionado apartado. Esta figura se hiperagrava cuando se lleva a cabo sobre una persona menor o incapaz, dando entonces lugar a ese lamentable y creciente “turismo o tráfico de menores con fines de explotación”.

En la anterior redacción del artículo 189, apartado 1, se establecía que: “El que utilizare a un menor de edad o a un incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pomográficos será castigado con la pena de prisión de uno a tres años”. Las dudas doctrinales en este tipo aparecen ante la mención diferenciada de espectáculos exhibicionistas o pomográficos, intentado establecer diferencias conceptuales entre ambas situaciones lo que les lleva a afirmar que puede entenderse por espectáculo exhibicionista aquel donde los menores o incapaces aparecen desnudos, total o parcialmente y pomográficos aquellos otros donde se realicen prácticas obscenas.

El art. 189 del CP es, sin duda, el que más modificaciones ha experimentado a raíz de la ley 11/1999. La anterior redacción de 1995 ya regulaba la utilización de menores o incapaces para espectáculos exhibicionistas o pomográficos, ahora se especifica con acierto que estos pueden ser privados o

públicos. Además merece destacarse la inclusión de la financiación de dichas actividades. En el subapartado b) del art. 188. 1, se incluye como novedad, al productor, vendedor, distribuidor, exhibidor, así como al que facilite la producción, venta, difusión o exhibición, por cualquier medio de material pornográfico que el tipo refiere, con independencia del origen extranjero o desconocido del mismo. Esta última concreción pretende dar entrada a aquellas conductas que anteriormente quedaban impunes, por la utilización del internet. Como este nuevo apoyo informático no permitía incluir a los usuarios bajo el término "utilizar", el texto de 1999 recogió la mera tenencia de material pornográfico con la finalidad de sancionar con la pena establecida en el apartado 1 del art. 189, pero no contempla a los simples espectadores de espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que intervengan menores o incapaces. Aunque esta reforma no lo recogió, el grupo catalán CIU votó a favor de que se tipificara la mera asistencia a espectáculos pornográficos con intervención de menores, así como la mera posesión de material de tales características, apelando al acuerdo adoptado por el Consejo de Europa y, de otra, a la recomendación emitida por el mismo en 1991, a lo que el grupo socialista respondió que esta inclusión significaba una interpretación aberrante de las decisiones adoptadas en tal instancia internacional, tachando dichas medidas de inquisidoras. Se insistía en que el CP no debía convertirse en un código de comportamiento moral, impropio de un Estado de Derecho.

La tensión más fuerte en el seno de la doctrina penal se ha producido con la nueva incorporación de la corrupción de menores, que con tanto acierto, según algunos, había sido eliminada en la reforma de 1995.

La relación Derecho-Moral aparece por más que se desee eludir. Se ha logrado extraer del Poder Legislativo, pero sólo para ubicarla en otro espacio, en el Poder Jurisdiccional, que será quien, en última instancia, decida qué grado de moral es deseable para la justicia del caso concreto.

La inminencia de un debate y de un nuevo tratamiento sobre la igualdad sexual nace de la necesidad de enfrentarse críticamente a uno de los santuarios del Estado liberal, el espacio de la privacidad, de la intimidad, de la libertad moral. En pocas palabras, se vuelve a la necesidad de definir qué relación debe existir entre Derecho y Moral, y cuáles deben ser los límites de la actuación del Derecho en la conformación de una óptima ciudadanía.

1.9 ESTADO Y FAMILIA

El Estado Liberal se ha venido inclinando por la necesidad de defender la libertad personal siempre que ésta no interfiera con lo público. Este principio partía de la consideración de que todos los sujetos sociales son autónomos y actúan bajo el principio de igualdad. Así podemos afirmar que la protección de la intimidad y el Estado mínimo son las dos caras de una misma moneda. Desde esta perspectiva, quejarse de la desigualdad en el ámbito público tenía sentido, pero hacerlo en el ámbito privado era un sin sentido, al ser éste un ámbito inviolable para el Estado.

Sin embargo, el contrato sexual y el modelo sexual que éste conforma es un elemento explicativo esencial de las relaciones de poder en las sociedades contemporáneas. La sexualidad es una dimensión omnipresente de la vida social que se propaga a través de las prácticas subordinadoras que este trabajo ha venido analizando y de los instrumentos conceptuales que la cultura ha elaborado para comprender y explicar la realidad familiar.

El modelo de sexualidad aceptado es esencialista por cuanto se presenta como una fuerza innata, natural, pre-política y no condicionada. A todo esto además debemos añadir, la valoración positiva que existe del mismo. Cuanto más sexo, mejor; puesto que el sexo es una forma esencial de expresión de la identidad. La sexualidad, así definida, está fuertemente marcada por el género⁷³. Esto significa afirmar que, alterar el modelo sexual y las relaciones de género establecidas a partir de él, exigen una transformación de los presupuestos sobre los que se construye la sociedad civil y el Estado. De nuevo, la conexión público-privado se manifiesta con fuerza.

No puede haber transformación alguna en lo privado, sin revisar previamente los fundamentos del espacio público que lo conforman; ni un cambio revulsivo en lo político sin alterar las relaciones de género que se gestan y reproducen en lo doméstico-familiar. Y esto es así, porque las relaciones de género conforman relaciones de poder político, social, económico...; en definitiva, la conformación de un sistema de poder.

Ahora bien, ni en las teorías liberales, ni en las marxistas, encontramos una respuesta adecuada al dilema de la sexualidad. ¿Está la solución en desa-

⁷³ Vid. MACKINNON, C., *Hacia una Teoría feminista del Estado*, cit., p. 251.

rollar el principio contractual y permitir que las partes implicadas en la negociación decidan libremente su modelo de sexualidad, así como sus reglas de funcionamiento? ¿Pueden las partes escapar a la presión de las relaciones de género social y culturalmente construidas, y decidir con libertad en la actualidad? Si pensamos que ambas respuestas son negativas, mucho nos tememos que, no basta con centrarse en el desarrollo de la dimensión individual de la libertad.

Pero, ¿y si alteramos las relaciones económicas? ¿sería suficiente para generar los cambios culturales que proponemos? Nuevamente pensamos que las respuestas a estas cuestiones son negativas porque, aun aceptando la transcendencia del sistema económico –que la tiene–, la desigualdad y el poder de dominio se construye en la esfera de lo simbólico, en el proceso de construcción lógico de las identidades, pre-económico. Esto permite sostener que, entre las mujeres burguesas y proletarias existe un elemento en común al margen de su posición económica y estatus social. Nos referimos a su situación de subordinación social y a su falta de autoridad en lo privado.

Pero, ¿cómo cambiar la realidad si los varones son el grupo social que confiere autoridad al sistema jurídico-político? ¿Qué modelo de Estado y qué modelo de sociedad demandan unas efectivas condiciones de igualdad entre mujeres y hombres? En la respuesta a estas cuestiones están algunas de las claves.

Como C. MacKinnon destaca, cuando el Derecho no se inmiscuye en la esfera doméstico-familiar, en las relaciones personales, donde las relaciones de poder son un hecho, protege y reproduce automáticamente las relaciones de dominio existentes, y no otorga instrumentos jurídicos a quienes se encuentran en una posición de no poder, los sin derechos. Este aislamiento de la mirada pública supone restringir la posibilidad de comunicación necesaria entre los sujetos sin derechos, para poder así alterar la situación de control⁷⁴. Con estas duras palabras la autora sintetiza lo anteriormente expuesto: "La ley de la intimidad mantiene a los hombres alejados de los dormitorios de otros hombres"⁷⁵.

¿Qué ventajas y qué inconvenientes plantea invadir la intimidad? ¿Estamos ante los mismos viejos debates ya resueltos por el liberalismo? Es éste un tema resbaladizo, en el que la primera tentación es eludirlo y obviar la dificultad de situarse en una encrucijada de caminos.

⁷⁴ MACKINNON, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, cit., pp. 339-344.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 347.

Las identidades personales están conformadas por una pluralidad de elementos que se combinan jerárquicamente de un modo plural, entre los que cabe destacar la sexualidad. La sexualidad en nuestras sociedades está reglada, ajustada a un modelo normalizado y normativizado, en el que se diseñan las relaciones de poder patriarcal. Este hecho hace de la sexualidad un asunto político y público⁷⁶.

No obstante, no debemos caer en la trampa de sobrevalorar la sexualidad, si lo hacemos las alternativas terminarán encerrándose en el propio círculo vicioso del que desean escapar. La solución no está en sustituir un modelo sexual hegemónico por otro, sino en establecer aquellas condiciones sociales, económicas, políticas y jurídicas que hagan posible el desarrollo íntegro y libre de todo ser humano en sociedad. Esto es, reivindicamos el derecho a decidir con libertad el propio proyecto existencial y, por consiguiente sexual, pero con los límites que todo principio exige en sociedad: nadie puede utilizar a un ser humano como objeto de posesión o control. Cada "yo" debe percibir al "otro" como alguien de igual respeto, valor y reconocimiento. Las sociedades han de ser capaces de construir espacios de igualdad, en los que las diferencias individuales puedan aflorar sin ser objeto de desigualdad. Sólo así la igualdad sexual podrá ser un hecho y un ideal.

Familia, Sociedad, y Estado son tres instituciones que han sido construidas en la Modernidad fuertemente ligadas entre sí. Su fusión ha sido establecida teóricamente de múltiples formas, dependiendo de la ideología del teórico; pero todas poseen un nexo común: la familia ha de ser la instancia que someta a control la "peligrosa sexualidad" para que el orden jurídico-político funcione.

La ideología patriarcal necesita de la familia en el proceso de socialización, y en el reforzamiento simbólico de la autoridad masculina. Pero, ¿podría el Estado subsistir sin familias? ¿Es realmente el Estado una estructura de poder articulada en torno a individuos? ¿Quiénes son los verdaderos interlocutores en el Estado? Quizás, el secreto mejor guardado de toda la cultura moderna es que

⁷⁶ Mackinnon se plantea, desde una posición que podríamos calificar de "radical", y siguiendo los trabajos elaborados por Andrea Dworkin, si es posible una sexualidad masculina mantenida como paradigma dominante sin la pornografía y la prostitución. "La propia desigualdad, el propio sometimiento, la propia jerarquía, la propia objetivación, con el abandono estético de la determinación personal, es el contenido aparente del deseo y el carácter deseable de la mujer". "El gran tema de la pornografía como género es el poder masculino. Las mujeres están en la pornografía para ser violadas y poseídas, los hombres para violarlas y poseerlas (...). No es que la sexualidad en la vida real o en los medios de comunicación no exprese amor y afecto". Pero éstos no son los elementos que establecen el paradigma sexual en las sociedades actuales, según testifica la pornografía; véase: MACKINNON, C. *Hacia una Teoría feminista del Estado*, cit., p. 245.

el modelo de ciudadano no es un individuo, un Yo aislado y autónomo; sino un padre de familia, representante legítimo de una colectividad. Alguien a quien el Ordenamiento jurídico y la sociedad le presupone con autoridad y capacidad para representar los intereses de la unidad familiar y de la sociedad en su conjunto.

Si la identidad sobre la que se construye la ciudadanía no reposa en un individuo, sino en un varón-padre de familia, el pacto sexual no está sólo fundamentando y estableciendo un determinado modelo de sociedad civil y de Estado, sino que está tejiendo toda la sociedad y el Estado. Esto supone afirmar que las relaciones de poder de la Modernidad son relaciones de dominio, frente a las que los principios de igualdad, libertad y fraternidad muestran su perfil más débil.

A pesar de todas las dificultades, confiamos en su superación. Pero uno de los requisitos primarios es hacer evidente el dominio, y lo que la sociedad y el poder moderno han heredado y mantenido del viejo poder patriarcal. No es una alternativa deseable al problema que tratamos, el llamado "Estado débil", el "Estado control", en el que las relaciones de poder se refuerzan al no ser cuestionadas desde los principios y valores que venimos defendiendo. Hemos de exigir más Estado y más Derecho; y esto no es contradictorio con la crítica anteriormente esgrimida.

Para establecer espacios de igualdad y de libertad para todos los seres humanos en sociedad, el Estado Social es el mejor proyecto político. Para enfrentarse a las relaciones de dominio, la mejor solución no es la desregulación, sino acentuar el interés y la pasión por la política.

Creemos y apostamos por potenciar la libertad individual, pero protegida y garantizada por unas estructuras sociales que la hagan real y posible. Para ello, es imprescindible, un Estado que iguale, que eduque, que sane... Reivindicamos y abogamos por más Derecho, y por el Estado Social y democrático, pero con una nueva cara. Proponemos intervenir, pero de otra manera, desde otros presupuestos no sexistas, desde otros fundamentos. Unos nuevos presupuestos en los que la vida no sea objeto de transacción, sino de respeto y protección. Un espacio en el que la paz y la no violencia sean sus objetivos, por consiguiente, quienes la producen, la cuidan, mantienen y protegen sean los sujetos sociales valorados, frente a quienes la destruyen o dicen protegerla con la fuerza del poder y de la violencia.

Pero, ¿qué nos inquieta del actual presente político? Sin duda, que se están afrontando cambios institucionales silenciosos y alarmantes. Las instituciones están readaptando sus formas a las nuevas necesidades de la globalización. Nos preguntamos, ¿estamos las mujeres participando, interviniendo y decidiendo? Y si no lo estamos, ¿al menos, somos tomadas en consideración en la resolución final? Es decir, aunque nuevamente se esté decidiendo sin nosotras, ¿somos atendidas mínimamente en nuestras necesidades, intereses y deseos? Me temo que no, que una vez más los cambios se realizan desde un modelo implícito de sujeto y de ciudadano en el que la realidad de las mujeres no está presente, ni reconocida y que curiosamente estos cambios exigen el mantenimiento tradicional del rol de la familia y de la ama de casa. La crisis del Estado social y el proceso de privatización de los servicios públicos, harán de nuevo de la familia el eje de la identidad y de la ciudadanía.

2. LA PATRIA POTESTAS EN EL DERECHO ROMANO

M^a EVA FERNÁNDEZ BAQUERO
Profesora Titular de Derecho Romano
Universidad de Granada

2.1 INTRODUCCIÓN

La preocupación sentida en los últimos tiempos sobre el porvenir que le espera a la familia, ante la evidente evolución que está experimentando, nos lleva a no renunciar del legado que supone la experiencia histórico-jurídica del Derecho romano. Dado que, su influencia en la cultura jurídica de aquellos países como es el nuestro, hoy es innegable.

En este sentido, el tema de la *patria potestas* del *paterfamilias*, es imprescindible para comprender el por qué hemos heredado algunas de las costumbres y modos de vida actuales. Por otro lado, nos situará en mejor disposición para saber hacia dónde queremos conducir a la familia del siglo XXI.

Por ello, en una primera parte de este trabajo, analizaremos la *patria potestas* y la concepción de la familia romana que se ve reflejada en las fuentes jurídicas, donde de una manera muy marcada se aprecia la figura del *paterfamilias* que, como persona sobre la que no se ejercía ningún poder (*sui iuris*), era el único detentador de la *patria potestas* sobre los *alieni iuris* o miembros sometidos del grupo familiar.

En un segundo apartado, trataremos de los distintos modos de adquirir y

de extinguir la *patria potestas* para pasar, seguidamente en el tercer apartado, a tratar de los distintos poderes del *paterfamilias* y de los límites sociales y jurídicos que encontró a lo largo de las distintas etapas históricas. Por ello, haremos referencia al papel desempeñado por el *consilium domesticum* asesorando al *paterfamilias*, la función del censor en época republicana, y la distinta legislación aparecida a partir de finales de la República y principios del Principado, apreciándose la especial influencia del cristianismo en todo ello. Por último, terminaremos con una breve reflexión final que, a modo de conclusión, nos permita expresar nuestras impresiones en torno a la intervención del poder público en el ámbito de la *patria potestas*.

2.2 LA PATRIA POTESTAS Y LA CONCEPCIÓN DE LA FAMILIA ROMANA

La institución de la *patria potestas* romana ha suscitado y sigue suscitando entre quienes investigan en la actualidad una apasionada discusión sobre su origen y naturaleza ya que, su contenido, abarca un ámbito de aplicación más amplio y complejo que el entendido hoy día. La *potestas* del *pater* se caracterizaba por un elemento que la distinguía no sólo de los poderes que se ejercen en la actualidad sobre los hijos (inspirados más en un criterio protector que en un principio potestativo), sino también de otros poderes de la Antigüedad, puesto que era un derecho exclusivo del pueblo romano frente a otros pueblos, tal y como podemos leer en el jurista Gayo: "Ningún otro pueblo tiene sobre los hijos un poder como el que nosotros tenemos" (*Inst.*, I, 55)¹. Entendiendo por hijos a todos los *alieni iuris*: hijos e hijas procreados en legítimo matrimonio, los adoptados, arrogados, legitimados y las esposas de todos los sometidos que hubieran ingresado en el grupo familiar por medio de la *conventio in manum*, incluyendo entre ellas la propia esposa del *pater*, por lo que curiosamente podía convertirse —además de esposa— en hija de su propio marido y hermana de sus propios hijos.

Por otro lado, el sometimiento al *pater* no cesaba al alcanzar la mayoría de edad, sino que duraba mientras que aquél permaneciese vivo, cualquiera que

¹ *Quod ius proprium civium Romanorum est: fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus*. En relación con ello, MAYNZ, C., consideró un tanto exagerada esta opinión de Gayo, debido a que en otros pueblos, v.gr. hebreo, persa y galos, se dieron poderes similares, vid., *Curso de Derecho romano*, trad. Antonio José Pou y Ordinas, Barcelona (1892), p. 90 ss. Sin embargo, consideramos que la peculiaridad mencionada por GAYO está en la especial manera que el ordenamiento jurídico romano tiene para regular las instituciones de derecho privado, mucho más perfeccionada y distinta que el resto de los pueblos de la Antigüedad. Cfr. VOLTERRA, E., *Diritto romano e diritto orientale*, Bologna (1937), reimp. Antiqua, 22 (1983).

fuese su edad. En el momento de la muerte del *paterfamilias*, quedaban liberados de la sumisión a la *patria potestas* sólo sus descendientes inmediatos, es decir, sus hijos y los descendientes de éstos si el ascendiente intermedio ya había muerto. Sólo éstos, llamados *sui*, a la muerte del *paterfamilias* dejaban de ser *alieni iuris* (o *alienae potestatis subiecti*) y se convertían en *sui iuris*, es decir, sujetos de derecho. Todos los demás pasaban a estar bajo la *potestas* de un nuevo *paterfamilias*, el ascendiente superviviente. En Roma, resumiendo, era sujeto de derecho —en el ámbito del derecho privado— sólo quien no tenía ascendientes varones. Ahora bien, sólo si era varón tenía y ejercía una potestad sobre sus descendientes, ya que la mujer aunque fuese *materfamilias* y *sui iuris* (condición esta última que sólo alcanzaron, en época antigua, las vestales y, a partir del emperador Octavio mediante el *ius liberorum*, toda ingenua que hubiese tenido tres hijos o cuatro si se trataba de una liberta) era, según Ulpiano en D.50.16.195.5, "el principio y el fin de su familia (*caput et finis familiae suae est*)". En otras palabras, la mujer a diferencia del varón nunca ejerció la *patria potestas*, no tenía ningún poder sobre los hijos. Y es que, como dice Resina: "nos encontramos con un derecho, el derecho romano, hecho por y para los hombres, un derecho eminentemente patriarcal. De lo que, sin duda, eran conscientes los propios romanos: un derecho que obligaba a todos, hombres y mujeres, pero cuyo origen se establece en el elemento masculino"², tal y como se puede interpretar este verso de Ennio recogido por Cicerón en su obra *De Republica* (V,1,1):

moribus antiquis res stat Romana virisque,

Teniendo presente esa, como otras muchas desigualdades, entre el hombre y la mujer, en el ámbito del derecho público, sólo el hombre disfrutaba de ciertas prerrogativas cuando alcanzaban la mayoría de edad (25 años). En concreto, adquirirían la capacidad política, o sea, el derecho a voto en las asambleas y la habilitación para ocupar cargos de la magistratura. Ahora bien, esto no impedía que, si era *alieni iuris*, siguiera estando sometido a la *patria potestas*, con todas las consecuencias y con las evidentes contradicciones que se derivaban de ello. De ahí que, este aspecto sea uno de los que subrayaremos para comprender que la concepción primitiva de la familia romana tuvo que evolucionar y cómo y por qué el *pater* encontró límites en el ejercicio de su *potestas*.

Pero antes de continuar adentrándonos en el contenido de la *patria potestas* es imprescindible que comprendamos la sede donde se desarrolló, es

² RESINA SOLÁ, P., *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, Madrid (1996), p. 3. Vid, también del mismo autor, "La condición jurídica de la mujer en Roma", *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, eds. A. López, C. Martínez, A. Pociña, Granada (1990), p. 99 ss.

decir, la familia romana y sus distintas concepciones. En este sentido, hay que comenzar advirtiendo que constituye un tema en continua discusión, el poder determinar con precisión el carácter originario y la evolución histórica de la familia romana³. Ello se debe a que las instituciones que integran el llamado "Derecho de familia" no fueron objeto de una exposición unitaria por los juristas romanos, esto es, no llevaron a cabo un estudio sistemático de la estructura y de la organización del grupo familiar; limitándose a realizar concretos estudios monográficos⁴.

La razón de todo ello es que, sólo en una época bastante tardía, las figuras jurídicas del matrimonio y todas aquellas otras instituciones relacionadas con él podían ser tratadas en su conjunto, de una manera más ordenada y sistematizada; tal y como comienza a apreciarse en el Código Teodosiano y posteriormente en la Compilación justiniana. Lo que pone en evidencia que, a lo largo de los aproximadamente catorce siglos de la Historia de Roma, su ordenamiento jurídico apreció distintas concepciones de familia en función de los profundos cambios de su contexto social y que, a pesar de su constante evolución, sus grandes líneas perduraron en el tiempo lo suficiente como para permitirnos esbozar una descripción histórica de las mismas.

Para ello, es imprescindible partir del texto de Ulpiano, en D.50,16,195,1-2⁵, en donde se recogen las distintas concepciones en función a los distintos sig-

³ Es amplia la bibliografía en torno a la familia romana. Por ello, me limito a mencionar el elenco bibliográfico contenido en VOLTERRA, E., v. "Famiglia (dir. rom.)", *E.D.*, vol., XVI (1967), p.723 ss.; FRANCIOSI, G., *Clari genitio e strutture monogamiche. Contributo alle storie delle famiglie romane*, vol. I y II, Napoli (1976), 3ª ed., Napoli (1983); ID., *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, I, Napoli (1984); ID., "Galo e il tramonto della gens", *LABEO*, 36 (1990), p. 280 ss.; ID., *Famiglia e persona in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, 2 ed., Torino (1992); LEVI-STRAUSS, C. y DUBY, J., (eds.), *Histoire de la famille*, I, Paris (1986); CANTARELLA, E., "Famiglia romana e demografia sociale", *IURA*, 43 (1992, pero publicado en 1994), p. 99 ss.; FAYER, C., *La familia romana*, Roma (1993).

⁴ Así, AULO GELIO, en sus *Noctes Atticae*, recuerda un libro de *nuptiis* de Neracio Prisco y una obra de *dotibus* de Servio Sulpicio Rufo, en la que se recoge un fragmento relativo a los antiguos esposales. En el Índice del manuscrito florentino del Digesto es recordado un libro sobre la dote de Gayo del que, sin embargo, no se han conservado fragmentos, mientras que en sus instituciones esta materia, como la patria potestad, el matrimonio o la filiación, son sólo mencionadas incidentalmente y no tratadas expresamente ni analizadas de modo orgánico. Conocemos también por el Digesto, la existencia de un *liber singularis de sponsalibus* de Ulpiano, de un *de ritu nuptiarum liber singularis* de Modestino y los distintos comentarios que conservamos de Papiniano, Paulo, Ulpiano y Marciano a la *lex Julia de adulteriis coercendis*.

⁵ 1. "Famillae" appellatio qualiter accipiatur, videamus: et quidem varie accepta est, nam et in res, et in personas dicitur; in res ut puta in lege duodecim Tabularum his verbis: ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO; ad personas autem refertur familiae significatio ita, quum de patrono et liberto loquitur lex: EX EA FAMILIA, inquit, IN EAM FAMILIAM; et hic de singularibus personis legem loqui constat. 2. "Famillae" appellatio refertur et ad corporis eiusdem significationem, quod aut iure proprio ipsorum, aut communi universae cognationis continetur; iure proprio familiae dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura, aut iure subiectae, ut puta patrefamilias, matrefamilias, filiumfamilias, filiamfamilias, quibus deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et nepotes, et deinceps.....Communi iure familiae dicimus omnium agnatorum; nam et si patrefamilias mortuo singulis familiae habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur; qui ex eodem domo et gente proditi sunt. ("Cabe preguntarse cómo se entiende la palabra "familia"; y se entiende de distintos sentidos, pues puede referirse a cosas y a personas. A cosas, como, por ejemplo, en la Ley de las XII Tabas cuando dice: "que el agnado próximo tenga para sí la familia". A las personas se refiere cuando la ley habla del patrono y del liberto, al decir "de esa familia" o "a esa familia", y consta que aquí la ley habla de personas singulares. La palabra familia se refiere también a un grupo de personas unidas por un derecho de relación especial o por el derecho común del parentesco. Por el derecho de una relación especial llamamos familia al conjunto de personas

nificados jurídicos de la palabra familia. En efecto, después de establecer como premisa general que la palabra familia se refiere tanto a las personas como a las cosas⁶, dicho texto nos expone que, desde el punto de vista de las personas, la familia se presenta en sentido estricto (*proprio iure*), esto es, como un núcleo de personas que están sometidas a la única potestas del *paterfamilias*, ya sea por razones naturales (como el nacimiento), ya sean jurídicas (por adopción o adrogación, o bien por los efectos que provocaba la *conventio in manum*). Destacando también el sentido lato o impropio de la misma (*familia communi iure*), es decir, la formada por todos los que se encontraban bajo la potestad del anterior *paterfamilias* antes de que éste muriese o sufriera una *capitis deminutio*.

Por otro lado, aunque en época de Ulpiano la concepción de la familia es la de carácter cognaticio, es decir, cuando los vínculos de sangre o parentesco natural era lo usual entre los miembros del grupo, éste jurista quiere destacar la importancia que originariamente tuvo la denominada familia agnaticia, esto es, cuando sucedió todo lo contrario, cuando los lazos civiles imperaban sobre cualquiera otros.

En este sentido, al aludir al carácter originario de la familia en Roma, irremediablemente entramos en el complejo y ampliamente debatido campo de investigación en torno a la formación del Estado y, en concreto, de la Ciudad-Estado (*civitas*) que en Roma puede situarse aproximadamente en la segunda mitad del siglo VIII a.C., tema que sigue abierto tanto por historiadores y romanistas, como por sociólogos, antropólogos, etnólogos, entre otros⁷.

que están bajo una misma potestad, sujetas a ella por nacimiento o por un acto de derecho, como el cabeza de familia, la madre de familia, el hijo y la hija de familia y los sucesivos, como nietos y nietas, etc. Se llama padre (o cabeza) de familia al que tiene dominio en la casa, y se le llama así propiamente aunque no tenga hijo, pues el término no es sólo de relación personal, sino de posición de derecho; también pilo. Cuando se muere el cabeza de familia, los que estaban sometidos empiezan a constituir distintas familias y todos empiezan a ser cabezas de familia. Lo mismo ocurre con el que es emancipado, pues también éste, al hacerse independiente, tiene su propia familia. Por el derecho común (de parentesco) llamamos familia a la de todos los agnados, porque, aunque la familia al morir el cabeza de familia todos tienen sus propias familias, sin embargo, todos los que estaban sometidos a la misma potestad se pueden llamar propiamente de su familia, pues proceden de la misma casa y estirpe).

⁶ Etimológicamente, parece ser que la palabra familia deriva, por un lado, de *dhemo* = casa, *dháman* = puesto, seda, y, por otro, de *famulus*, *famelo*, *fameña*, que probablemente designaría a los esclavos. Así, P. DIACONO en sus *Excerpta ex libris Pompei Festi* aparece: *Famul' origo ab Oscis dependit, apud quos servus famel' nominabatur, unde et familia vocata. Familia antea in libens hominibus dicebatur, quorum dux et princeps generis vocatur pater et mater familias... Postea hoc nomine etiam famuli appellati coeperunt, permulata i cum U ltera*. I. SEVILLA, *Etymologiae*, 9,4.43: *Famuli sunt ex propria servorum familia orii. Servi autem vocabulum inde traxerunt, quod N, qui iure belli possint occidi a victoribus, cum servabantur, servi fiebant, a servando scilicet servi appellantur*. Sobre los estudiosos que se han ocupado del tema cfr., entre otros, HENRION, "Des origines du mot familia", *Antiquité classique*, (1941), p. 37 ss., (1942), p. 253 ss.; ERNOU, A. y MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris (1959), v. "Famula", "Famulus"; VOLTERRA; E, v. "Famiglia (dir.rom.)", *op. cit.*, p. 735, nt. 47.

⁷ En este sentido, las teorías sociológicas y etnológicas que han influido de manera especial en el ámbito histórico-jurídico son las de MORGAN, H., *A conjectural Solution of the Origin of the Classificatory System of Relationships; Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family*, Washington (1871); ID., *Ancient Society or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery, through Barbarism, to Civilization*, London (1877); SUMNER MAINE, *Lectures on the early History of Institutions*, London (1875); ID., *Village Communities in the East and West*, London (1878); ID., *Dissertations on early Law and Customs*, London (1883); ID., *Ancient Law*, London (1891).

Sea como fuere, lo que sí está claro es que sin la organización familiar no se puede explicar la organización social y política de Roma. De ahí que, la construcción doctrinal de este problema⁹, encontró en la llamada teoría política de Bonfante un enfoque ampliamente aceptado entre los estudiosos del tema. Efectivamente, éste autor, aunque en su formulación originaria arrancaba de la doctrina patriarcal del siglo pasado, intenta superarla acentuando el carácter político de los organismos menores: la familia y la *gens*. En concreto, ve a la familia primitiva como un organismo vivo cuya estructura y función tenía la misma naturaleza que la *civitas*, o sea, la familia tenía naturaleza política en la medida que realizaba prácticamente los mismos fines que los organismos políticos primitivos; o si se quiere, dichos organismos no eran más que el reflejo proyectado de la propia forma de organizarse y desenvolverse la primitiva familia agnaticia: orden y autoridad internos, dirigidos por un *paterfamilias*, y un sistema de defensa hacia el exterior⁹.

A pesar de las críticas vertidas por un sector importante de la romanística¹⁰ a la teoría de Bonfante, me adhiero a quienes la siguen considerando lo suficientemente válida como para encontrar la explicación al escaso intervencionismo por parte del poder público (*civitas*) regulando conductas o comportamientos que hoy ubicaríamos en el ámbito del derecho privado (*ius privatum*), tales como: el matrimonio, divorcio, relaciones paterno filiales, etc. Solamente el Derecho no escrito, las antiguas costumbres transmitidas oralmente de generación en generación —esto es, los *mores maiorum*—, bastaban para fundamentar

⁹ Así, frente a la teoría patriarcal de la familia, que predominó hasta nuestro siglo y que ve en ésta la primera célula de la organización social basada en la fuerza ancestral de los vínculos de sangre y en la unión conyugal, vid., MOMMSEN, Th., *Römische Geschichte*, vol. I, Lipsia (1802), p. 180. Otros historiadores, como MEYER, E., *Forschungen zu alten Geschichte*, vol. II, Halle (1899), p. 514 ss.; ID., "Ueber die Anfänge des Staats und sein Verhältnis zu den Geschlechtsverbänden und zum Volkstum", *Sitzungsberichte Königl. Akademie der Wissenschaften*, Berlin (1907), p. 508 ss.; ID., *Histoire de l'Antiquité*, vol. I, Paris (1912), p. 8 ss., defendieron la hipótesis de la existencia de otras agrupaciones, como la horda, anteriores a la familia, de manera que estos grupos menores surgirían por fraccionamiento de los mayores, tesis que originó críticas así como nuevas interpretaciones. Entre sus seguidores hay que destacar a DE SANCTIS, G., *Per la scienza dell'antichità*, Torino (1909), p. 414 ss. En parte también es aceptada por ARANGIO-RUIZ, V., *La gens e la città*, Messina (1913-14), p. 8 ss., también en *Scritti di diritto romano*, I, Cacerino (1974), p. 521 ss., aunque éste autor hace una nueva interpretación considerando a la familia romana como un organismo constituido con fines esencialmente económicos. Sin embargo, en la actualidad encuentra menos adhesiones e, incluso, algunos como es el caso de TORRENT, A., la consideran como "tesis que hoy puede decirse desechada", *Derecho público romano y Sistema de Fuentes*, Oviedo (1982), p. 58.

¹⁰ BONFANTE, P., *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana (Res mancipi e nec mancipi)*, Roma (1888-89), también en *Scritti giuridici vari*, II, Torino (1926), p. 273 ss.; ID., "Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive", *RISG*, LV (1915), p. 259 ss.; ID., *Corso di diritto romano, I. Diritto di famiglia*, Roma (1925); ID., "La gens e la famiglia", *Scritti giuridici*, op. cit., p. 1 ss.

¹¹ Cfr., entre otros, ARANGIO-RUIZ, V., *La gens e la città*, op. cit., p. 521 ss.; COLLU, "Regnum", *SDHI*, 17 (1951), p. 1 ss.; FREZZA, P., "Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell'antico diritto romano", *SDHI*, 4 (1938), p. 363 ss.; ID., "La costituzione cittadina di Roma e il problema degli ordinamenti giuridici preesistenti", *Scritti per la beatificazione di C. Farnini*, I, Milano (1947), p. 275 ss.; LUZZATO, G.I., *Per un'ipotesi sull'origine e la natura dell'obbligazione romana*, Milano (1934), p. 27 ss.; ID., *Le organizzazioni preciviche e lo Stato*, Modena (1948), p. 32 ss.; ID., "Rilevi critici in tema di organizzazioni preciviche", *Stud. Cicu*, 1, Milano (1951), p. 457 ss.

cualquier decisión que adoptase el *paterfamilias*, como jefe soberano del grupo familiar¹¹.

Situación ésta que se corresponde con el período histórico que va desde la fundación de Roma en torno al siglo VIII a.C. hasta finales de la época republicana y principios del Principado —finales del siglo I a.C. y comienzos de nuestra Era—, esto es, cuando surge por parte del primer emperador romano, Octavio, el interés de convertirse en el custodio directo de dichas costumbres (*cura morum*) y, para tal cometido, dictó un conjunto de normas escritas, conocidas como la legislación matrimonial de Augusto y recogidas en la *lex Iulia et Papia Poppaea*, regulando tales materias y marcando un hito fundamental en el posterior desarrollo del Derecho privado. Por tanto, y con anterioridad a estas leyes, nos encontramos con un período de casi ocho siglos siendo la familia, por medio del *paterfamilias*, la sede suficiente para el desenvolvimiento y resolución de cuantos conflictos de intereses surgiesen en el ámbito del Derecho privado. Prueba de ello son las escasas referencias a estas cuestiones en las legendarias *leges regiae*¹², de los antiguos reyes romanos, las alusiones fragmentarias de la *lex XII Tabularum*, al inicio de la República, y de las 26 *leges rogatae* relacionadas con materias de Derecho privado frente a las 774 de Derecho público que surgieron de la legislación comicial, confirman la idea antes mencionada de la autonomía del grupo familiar para solucionar los conflictos que surgiesen en su seno¹³.

2.3 MODOS DE ADQUIRIR Y DE EXTINGUIR LA PATRIA POTESTAS

Ahora bien, si importante es la familia —como el grupo o sede donde se desarrolló la mayor parte de las instituciones de Derecho privado— no menos

¹¹ Cfr. GROSSO, G., "Problemi di origine e costruzione giuridica", *Studi Arangio-Ruiz*, 1, Napoli (1952), p. 33 ss.; ID., *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino (1965), p. 12 ss.; ID., *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino (1967), p. 30 ss.; BETTI, E., "Ancora in difesa della congettura del Bonfante sulla famiglia romana arcaica", *SDHI*, 18 (1952), p. 241 ss.; ID., "Wesen des altrömischen Familienverbandes", *ZSS*, 71 (1954), 1 ss.; DE MARTINO, F., "Storia arcaica e diritto privato", *RIDA*, 4 (1950), p. 387 ss.; ID., *Storia della costituzione romana*, I, Napoli (1958), p. 17 ss.; DE FRANCISCI, P., "La comunità sociale e politica romana primitiva", *SDHI*, 22 (1956), p. 63 ss.; ID., *Primordie Civitate*, Roma (1959), p. 163 ss.; TORRENT, A., *Derecho público romano*, op. cit., p. 63; IGLESIAS, J., *Espíritu del Derecho romano*, 2ª ed., Madrid (1991), p. 92 ss.

¹² Sobre la credibilidad y crítica que me inspiran dichas *leges*, sigo adheriéndome al sector doctrinal y a la interpretación que sobre ellas formulan y que tuve ocasión de expresar en mi obra sobre *Repudium-Divortium* (*Origen y configuración jurídica hasta la legislación matrimonial de Augusto*). Granada (1987), p. 223 ss.

¹³ Cfr. ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani*, Milano (1912), reimp. Hildesheim (1962), p. 201 ss.; ID., *Scritti giuridici*, I, *Studi sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano*, Milano (1922), p. 43 ss.; TALAMANCA, M., "I mores ed il diritto", *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano (1979), p. 36 ss.; IGLESIAS, J., *Espíritu*, op. cit., p. 93.

importante es ver cómo se adquiere la *patria potestas* que posibilitó tal circunstancia, teniendo siempre presente que fue una facultad que sólo disfrutaron los varones y nunca la mujer aunque llegase a alcanzar la condición de ser *sui iuris*. En este sentido, varias son las formas o vías de adquirir tal poder sobre personas libres¹⁴:

1. Por la muerte de un *paterfamilias*¹⁵. En el apartado anterior, vimos que el jurista Ulpiano nos decía que, muerto el *paterfamilias*, todos sus hijos los varones comenzaban a tener sus propias familias y, por tanto, adquirirían tal *potestas* al convertirse en personas *sui iuris*¹⁶. Entendiendo por hijos varones, a los descendientes en primer grado del difunto. Todos los demás, continuarían siendo *alieni iuris* al quedar sometidos, a partir de ese momento, bajo la *patria potestas* de sus ascendientes más directos¹⁷.
2. Sobre los hijos (*iustus*) habidos en matrimonio legítimo (*iustae nuptiae*). En base al texto del jurista Paulo (D.2,4,5)¹⁸, se estableció que mientras la maternidad es fácil demostrarla por el hecho del nacimiento, la paternidad exigía la existencia de un legítimo matrimonio para que el hijo siguiese la condición del padre y, en consecuencia, someterse a su *patria potestas*. Por tanto, la paternidad que, en época antigua era afirmada o negada discrecionalmente por éste en base a la ceremonia del *tollere liberos*, pasó después a ser regulada jurídicamente por medio de una presunción *iuris tantum* que ha llegado hasta las legislaciones modernas¹⁹: considerar como hijos *iustus* del marido, los nacidos después de seis meses o ciento ochenta y dos días de celebrado el matrimonio y siempre que se realice dentro de los diez

¹⁴ El poder adquirido sobre el esclavo se denomina *dominica potestas* y sobre los hijos de otros, entregados al *paterfamilias*, en venta se indica con la expresión: personas *in mancipium*.

¹⁵ Vid., FAYER, C., La familia romana, op. cit., p. 269 ss.

¹⁶ D.50,16,195,2: "... et cum pater familias moritur, quotquot capita et subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familias nomen subeunt" ("cuando se muere el cabeza de familia, los que le estaban sometidos empiezan a constituir distintas familias, y todos empiezan a ser cabezas de familia").

¹⁷ En este sentido, ULPIANO, D.1,8,6 nos dice: *Nepotes ex filio mortuo avo recidere solent in filii potestatem, hoc est patris sui: simili modo et pronepotes et donec vel in filii potestatem, si vivit et in familia mansit, vel in eius parentis, qui ante eos in potestate est, et hoc non tantum in naturalibus, vero in adoptivis quoque iuris est.* ("Los nietos habidos de un hijo, al morir el abuelo, suelen quedar bajo la potestad del hijo, esto es, de su padre; de modo semejante, los biznietos y los demás descendientes, quedan bajo la potestad del hijo, si vive y permaneció en la familia, o en la del ascendiente anterior que estuviera bajo potestad. Esto vale, no sólo para los hijos que son naturales, sino también para los hijos adoptivos").

¹⁸ *Quis aemper certa est, etiam si vulgo conceperit; pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.* ("Porque la madre es siempre cierta, aunque hubiese concebido ilegítimamente; es padre, en cambio, el que resulta serlo por el matrimonio").

¹⁹ En nuestro ordenamiento jurídico, vid.: C.c.; arts. 116 y 117; LRC, art. 48; RRC., arts., 163 y 164; LFCat., 1, 2,2 y 6; Ley 68 III.1 y 2 Comp. Navarra; LTRA, arts., 8.3 y 8.1.

meses que siguen a la disolución del mismo por muerte del padre o divorcio. Plazos que se determinaron en base a los conocimientos médicos de Hipócrates, según nos informa el jurista Ulpiano (D.38,16,3,11 y 12)²⁰.

3. Sin embargo, no siempre por el nacimiento se formaba parte del grupo familiar, también por un acto jurídico –como es la *adoptio*– el *paterfamilias* podía adquirir la *patria potestas*, según podemos leer en Gayo, *Inst.*, 1,97²¹. En concreto, consistía en la forma jurídica por la que una persona extraña a la familia, distinta de la mujer, era agregada a la misma en calidad de *filius familias*. Distinguiendo los juristas romanos entre: la *adrogatio*, que es la adopción de un *paterfamilias* o persona *sui iuris*, pasando ahora a ser *alieni iuris* y provocando el ingreso en la nueva familia no sólo del adoptado y su patrimonio sino también de todos aquéllos que estuvieron sometidos a su *potestas* antes de la arrogación; y, la *adoptio* o *datio in adoptionem*, cuando el adoptado era *alieni iuris*²².

Su existencia se remontan a los propios orígenes del Derecho romano y, por ello, con un significado y finalidad coherentes a los intereses del grupo familiar agnaticio, muy distintos a las preocupaciones actuales que nos pueda inspirar esta institución jurídica. En efecto, no se trataba de construir artificialmente una relación de filiación ante el supuesto de una ausencia de prole natural. Se trataba de dar respuesta a los intereses de los distintos grupos familiares en sus relaciones y, dentro de un marco histórico-jurídico, donde la familia es entendida como un organismo político-religioso. Por ello, la *adoptio* romana significa agregación de un extraño para acrecentar un determinado grupo familiar. El fin de esta institución es salvaguardar en mayor medida el interés del grupo y de su *paterfamilias* que el del adoptado. El carácter de relación de filiación, velando más por los intereses del adoptado que del adoptante e, incluso, atribuyéndole al *pater* adoptante mayores deberes que derechos, sucederá por influencia de

²⁰ *Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem. De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et divus Pius pontificibus rescripsit iusto tempore videri natum, nec videri in servitutem conceptum, cum mater iustus ante centesimum octogensimum secundum diem esset manumissa.* ("El nacido después de transcurrir diez meses desde la muerte (del supuesto padre causante) no es admitido a la herencia legítima. En cuanto al nacido a los ciento ochenta y dos días, escribió Hipócrates y dispuso (Antonino) Pio en un rescripto dirigiendo a los Pontífices, que había nacido dentro del tiempo debido, y no se le consideraba concebido por madre esclava cuando su madre hubiese sido manumitida con anterioridad a los ciento ochenta y dos días").

²¹ *Non solum tamen naturales liberi, secundum ea quae diximus in potestate nostra sunt, verum et hi quos adoptamus* ("Pero según lo que dijimos no sólo están bajo nuestra potestad los hijos tenidos naturalmente, sino también aquellos que adoptamos").

²² Cfr., GAYO, *Inst.*, 1,98 y 99; ULPIANO, *Tl. ex corp. Ulp.*, 8,2.

las corrientes helenísticas y cristianas, que tanto contribuyeron a transformar las instituciones comprendidas bajo el concepto de familia²³.

Durante siglos, ambas modalidades de adopción (*adrogatio* y *adoptio*) permanecerán separadas y sufriendo cada una su propia evolución; siendo, desde el punto de vista histórico, la primera más antigua que la segunda.

Concretamente, la *adrogatio* se sitúa con anterioridad a la *lex XII Tabularum*. Su etimología nos muestra que deriva de la propuesta (*rogatio*) que el presidente (un pontífice) de la asamblea comicial curiada dirigía al pueblo en el sentido de si aprobaba o no el sometimiento de un *cives sui iuris* a la *patria potestas* de otro. Los Comicios votarían la propuesta, adquiriendo su resultado el carácter de una verdadera *lex curiata*²⁴. Con el tiempo, esta función de la asamblea comicial se redujo a un aspecto puramente formal y, a finales de la época republicana, al hacerse los comicios curiados una asamblea de menor importancia, determinó que fuesen representados por treinta lictores, recordando a las antiguas curias, aunque sin adquirir mayor relevancia, manteniéndose así durante todo el período clásico. En el derecho postclásico, se realizó *per rescriptum principis* o por declaración ante el Pretor de Roma o del Gobernador en las provincias. Por otro lado, y por influencia del cristianismo, se refuerzan las medidas para defender los intereses de los arrogados: se exige que el arrogante tenga más de sesenta años y no disponga de hijos naturales o adoptivos, así como la promesa por parte del arrogante de restituir al arrogado sus bienes en el supuesto de que sea posteriormente emancipado o bien se produzca la muerte de uno de ellos²⁵.

Por lo que se refiere a la *adoptio* o *datio in adoptionem*, esto es, el acto por el que un *alieni iuris* sale de su familia de origen para entrar en otra, se nos presenta como una institución desconocida en el Derecho arcaico. El carácter intransmisible de los derechos personales, como es la *patria potestas*, así como la imposibilidad de renunciar a la misma (pues sólo terminaba con la muerte o incapacidad civil del *paterfamilias*) obligó, a los juristas republicanos, a inter-

²³ Cfr., entre otros, RODRIGUEZ ENNES, L., *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*, Santiago de Compostela (1978), p. 46 ss.; FAYER, C., *La familia romana*, op. cit., p. 291 ss.

²⁴ La fórmula de la propuesta de la *adrogatio* nos viene recogida en A. GELIO, *Noctes Atticae*, V,19,9: *Eius rogationis verba haec sunt: "Verbis, aubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure loquatur filius eius, quam si ex eo patre matremque familias eius natus esset, utique ei vitas necisque in eum potestas sit, uti patri erudo illo est. Haec ita uti dixi, ita voc. Quibus, rogo"*. Cfr., VOLTERRA, E., "La nozione dell' "adoptio" e dell' "adrogatio" secondo il giurista romano del II e III sec. d.C.", *BIDR.*, 69 (1966), p. 109 ss.; RODRIGUEZ ENNES, L., op. cit., p. 51 ss.; FAYER, C., op. cit., p. 295 ss.

²⁵ En este sentido, hay que señalar las medidas establecidas por Antonino Pio en orden a que el arrogante debía restituir el patrimonio al arrogado en el supuesto de que lo emancipe, así como la entrega de la cuarta parte (cuarta *divi Pii*) sus bienes cuando sea emancipado sin justa causa. La misma porción debe dejársela por testamento, si el lazo de *patria potestas* no se extinguió en vida del que arrogó y si murió *sui iuris*, el arrogante debe restituir el patrimonio a los herederos que hubiera tenido el arrogado. Cfr., ULPIANO, D.5,2,8,15; 10,2,2,1; 37,6,1,21; 38,5,12.

pretar un antiguo precepto de la legislación decemviral en el que se establecía que si un *pater* vendía tres veces al hijo a un tercero con el *pactum fiduciae* de manumitirlo, éste quedaba libre²⁶ de la anterior *patria potestas* y en disposición de someterse a la de su nuevo *pater* mediante un proceso ficticio entablado por el adoptante contra el antiguo *pater*, reclamándole al hijo como suyo y, el pretor –al dirimir la controversia– adjudicaba el hijo reclamado a su nuevo *pater*. De este modo, adquiere el adoptado un nuevo nombre familiar y gentilicio, así como el derecho a la herencia en su nuevo grupo.

En el período postclásico, por influencia del cristianismo, se tiende a la idea de que la adopción debe suplir o imitar a la filiación natural (*adoptio naturam imitatur*), suavizando las formalidades para la misma, estableciéndose acuerdos entre el padre natural y el adoptivo, o bien declaraciones del padre ante el Gobernador de provincia. Justiniano distingue dos tipos o clases de adopción: la *adoptio plena*, realizada por un ascendiente del adoptado y con los mismos efectos que en tiempo precedente; y, la *adoptio minus plena*, por la que al adoptado se le deja bajo la potestad de su padre natural, y sólo le otorga un derecho de sucesión legítima sobre los bienes del adoptante. Por tanto, esta última modalidad no confiere la patria potestad y, por ello, se le permitió a la mujer que pudiese realizarla, para consuelo por la pérdida de sus hijos (*ad solacium amissorum liberorum*)²⁷.

4. Mediante la *conventio in manum*, sólo la mujer estaba facultada para incorporarse a una nueva familia agnaticia en condición de *filiafamilia*²⁸. Se trataba de crear un vínculo agnaticio nuevo rompiendo o extinguiendo el anterior. La mayoría de las veces se celebra con motivo del matrimonio, aunque también se admitía que fuese por otras causas aunque, en cualquier caso, el poder que se creaba sobre la mujer se denominaba *manus* y sólo se podía celebrar entre ciudadanos romanos, tal y como nos especifica Gayo, *Inst.*, I, 108²⁹.

Manus y *potestas* eran dos poderes que se podían ejercer sobre la mujer. Se diferenciaban en que la *potestas* sólo la ejercía el *paterfamilias* sobre cualquier miembro del grupo familiar, mientras que la *manus* sólo se ejercía sobre la

²⁶ L. XII TAB., Tabula, IV, 2: *Si pater filium ter verum duit, filius a patre liber esto*. En cuanto a los antecedentes de esta disposición, DIONISIO DE HALICARNASO, *Ant. rom.*, II, 27, nos remonta a las *leges regiae*.

²⁷ Cfr., entre otros, I, 1, 11: C. 8, 47(48).

²⁸ Así nos dice GAYO, *Inst.*, I, 108: *Sed in potestate quidem et masculi et feminæ esse solent; in manu autem feminæ tantum conveniunt*. ("Pero así como bajo potestad tanto pueden estar los varones como las hembras, bajo la "manus" sólo pueden estar las hembras").

²⁹ *Nunc de his personis videamus quæ in manu nostra sunt. Quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est*. ("Ocupémonos ahora de aquellas personas que están bajo nuestra "manus", la cual constituye también un derecho que es propio de los ciudadanos romanos").

mujer y por quien la hubiese celebrado con ella, siempre un varón fuese o no paterfamilias y fuese o no con fines matrimoniales. Cuando se hacía *matrimonii causa* y el marido era *sui iuris*, la mujer se convertía en *filia* del marido y hermana agnada de sus hijos legítimos. Pero si el marido era *alieni iuris*, entraba también bajo la *patria potestas* de paterfamilias del nuevo grupo en el que había ingresado, ocupando una posición de *neptis*, con respecto al *pater*, y de *filia*, con respecto al marido. En este caso, la *manus* del marido quedaba sometida o absorbida por la *potestas* del *pater*. De todas formas, la consecuencia era el ingreso de la mujer en la familia del marido, convirtiéndose ella en un miembro legítimo más y, por tanto, en heredera también del caudal hereditario, ya que todo el patrimonio que ella tuviese antes de ingresar en el grupo familiar pasaba en bloque para confundirse con el patrimonio de su nueva familia.

Ahora bien, fue la *conventio in manum* una institución jurídica que desde finales de época republicana comenzó su crisis, en coherencia con la propia evolución que estaba sufriendo la antigua familia agnaticia romana hacia otra de carácter cognaticio, hasta el punto de que llega a desaparecer en la época imperial y Justiniano elimina de su compilación las referencias a la *manus*.

Mientras estuvo en vigor, se realizaba de tres formas:

- A. Por *confarreatio*³⁰, el gran pontifice asistido del *flamen dialis* y de diez testigos, consagraba el matrimonio que celebraba esta forma de *conventio in manum* pronunciando una fórmula solemne y sacrificando una torta de harina *farreum*. Por tanto, era una ceremonia eminentemente religiosa para que los hijos, de dicho matrimonio, pudieran acceder a determinadas dignidades sacerdotales. Fue la forma más antigua y la primera que entró en el proceso de decadencia, debido a su formalismo y al carácter limitado de personas que realmente estaban en condiciones de celebrarlo.
- B. Por *coemptio*³¹, se realizaba una compra ficticia (*imaginariam venditionem*) de la mujer por medio del cobre y la balanza (*per aes et*

³⁰ GAYO, Inst., I, 112: *Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii quod lovi Farreo fit; in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; conputa praeferea huius iuris ordinandi gratia cum certis et solemnibus verbis, praesentibus decem testibus, aguntur et fiunt.* ("Por el pan "farreo" entran bajo la "manus" mediante una especie de sacrificio que se hace a Júpiter Farreo ofreciéndole un pan de trigo, de ahí que se emplee también el nombre de "confarreatio", requiriendo además la validez jurídica del acto otros muchos ritos, pronunciándose palabras determinadas y solennes y estando presentes diez testigos").

³¹ GAYO, Inst., I, 113: *Coemptio vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quamdam imaginariam venditionem; nam adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, iam independentibus, emit nam mulierem <is>, cuius in manum convenit.* ("Entran bajo la "manus" por "coemptio" mediante una "mancipatio", esto es, mediante una especie de ceremonia de venta, pues presentes no menos de cinco testigos púberes y ciudadanos romanos y el portador de una balanza, aquel que va a adquirir la "manus" sobre la mujer actus como comprador de la misma").

libram), emancipándose de su padre o tutor, en presencia de cinco testigos ciudadanos romanos y de un *libripens*. Pudiéndose realizar por dos motivos: *matrimoni causa*, esto es, con la finalidad de otorgar al marido la *manus* sobre la mujer, o bien, *fiduciae causa*, cuando la finalidad era de otra índole³², siendo este último supuesto el más frecuente en tiempos de Gayo.

- C. Por el *usus*³³, el marido adquiría la *manus* sobre la mujer, después de un año ininterrumpido de matrimonio. Era, por tanto, la forma más simple de ingresar en el grupo familiar del marido como un miembro nuevo sometido a la *potestas* del *pater*. Pero dejó pronto de utilizarse, pues el propio jurista Gayo la consideró como un recuerdo histórico³⁴.
5. Mediante la legitimación. En efecto, si entendemos por legitimación el acto jurídico que produce el efecto de dar la condición de hijo legítimo al que había nacido de una relación extramatrimonial o de concubinato, encontramos en las fuentes romanas que su mayor desarrollo se establece a partir de la época imperial.

En un principio, sólo mediante la ceremonia del culto gentilicio, llamada *tollere liberos*, un *paterfamilias* podía o no reconocer como hijo legítimo al recién nacido que le depositaban a los pies, dependiendo del propio *pater* el recogerlo o no del suelo, si se trataba de un varón, o de ordenar que se le alimentara, en el caso de una hembra. Al ser un rito que se desarrollaba en el ámbito familiar ha sido, por una parte de la doctrina romanística, bastante criticado en orden a no otorgarle mucha importancia en el ámbito jurídico³⁵. Sin embargo, no debemos olvidar la eficacia jurídica que todos estos usos y costumbres tenían en las primeras etapas del Derecho romano, al residir en estos *mores maiorum* la manera de regular jurídicamente las instituciones que hoy calificaríamos de Derecho privado.

Así las cosas, los hijos no reconocidos como *legitimi*, se les conocía con las expresiones *vulgo concepti*, *spurii* o *naturales* que, a diferencia de los ante-

³² En efecto, cuando la intención era, v.g., hacer salir a la mujer de los sacra familiares, o bien para que hiciera testamento, o un cambio de tutor. Para todos estos supuestos, cfr., CICERÓN, *Pro Munera*, XII; GAYO, *Inst.*, I, 115; ULPIANO, *Reg.*, XI, 5.

³³ GAYO, *Inst.*, I, 111: *Usus in manum conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat, nam velut annua possessione usucepibatur, in familiam viri transit illeque locum optinebat.* ("Entraba bajo la "manus" por el uso la que durante un año ininterrumpido permanecía casada; pues, como ocurre con la posesión de las cosas durante un año, venía a ser usucapida, pasando así a la familia del marido y ocupando el lugar de una hija").

³⁴ GAYO, *Inst.*, I, 111: *Sed hoc totum ius partim legibus ablatum est, partim ipse desuetudine obliteratum est.* ("Pero todo este Derecho ha sido suprimido en parte por otras leyes y en parte el mismo desuso ha venido a abolirlo").

³⁵ Cfr., las distintas fuentes y posturas doctrinales recopiladas por FAYER, C., *La familia romana*, op. cit., p. 180 ss.

riores, no entraban bajo la *patria potestas* del *pater* sino que seguían la condición de la madre, tal y como podemos leer en Gayo, *Inst.*, I, 64, cuando trata de los matrimonios sacrílegos o incestuosos, o bien cuando una mujer concibe de persona indeterminada, donde expresamente se hace uso de las expresiones antes mencionadas *viugo concepti* y *spuri*³⁶. Sin embargo, se empezó a emplear en periodo postclásico el término *naturales* para hacer referencia a los hijos habidos en concubinato, momento histórico en el que se reguló jurídicamente las formas de legitimarlos por parte del *paterfamilias* y, de esa manera, éste adquiría la *patria potestas* sobre ellos, asimilando al legitimado con respecto a los hijos legítimos en todos los conceptos: relaciones personales, derechos sucesorios, etc..

En cuanto a las clases o tipos de legitimación que se establecen son tres:

- A. *Per subsequens matrimonium*, esto es, por el subsiguiente matrimonio entre el hombre y la concubina. Introducido de forma transitoria por una constitución de Constantino, así como otra posterior de Zenón en el 477³⁷ y de Anastasio en el 517³⁸, y aunque fue abolida por Justino en el 519³⁹, fue finalmente confirmada y generalizada por el emperador Justiniano, produciéndose automáticamente la legitimación con el simple acto del matrimonio⁴⁰.
- B. *Per oblationem curiae*, es decir, oblación a la curia. Teodosio II y Valentiniano III autorizaron (año 443) a los padres que, no tuvieran

³⁶ „Iaque hi qui ex eo coetu nascuntur, matrem quidem habere videntur, patrem vero non utique; nec ob id in potestate eius sunt, quales sunt hi quos mater viugo concepti; nam et hi patrem habere non intelliguntur, cum is et incertus sit; unde solent spuri appellari... vel quasi sine patre filii. (...) y así los que nacen de tal unión se consideran que tienen madre, pero no padre, y por lo tanto no entran bajo la potestad de éste, lo mismo que ocurre con aquellos que la madre concibe de persona indeterminada, ya que también respecto de éstos se entiende que carecen de padre al ser éste incierto; de ahí que comúnmente se les llame espurios, esto es, ... como si dijéramos hijos sin padre”.

³⁷ C., 5,27,5 pr.: *Divi Constantini, qui veneranda Christianorum fide Romanum munivit imperium, super ingenuis concubinis ducentis uxoriibus, filia qui antea ex illadem vel ante matrimonium vel postea progenitis suis ac legitimis habendis.* (“Renovando la sacratísima constitución del Divino Constantino, que fortificó el imperio romano con la veneranda fe de los cristianos, respecto a que se tomen por mujeres a las concubinas ingenuas, y además que se tengan por suyos y legítimos los hijos nacidos de las mismas o antes o después del matrimonio”).

³⁸ C., 5,27,6: *Iubemus, eos, quibus nullis legitimis existentibus liberis in praesenti atquea mulieres uxoris loco habentur, ex his sibi progenitis seu procreandis suis et in potestate legitimeque habere.* (“Mandamos, que aquellos para quienes no existiendo ningunos hijos legítimos son al presente consideradas algunas mujeres en la calidad de mujer propia, tengan como suyos, y en su potestad, y como legítimos los hijos para ellos nacidos o que les hayan de nacer de aquéllas”).

³⁹ C., 5,27,7: *Legem Anastasii divinae recordationis, quae super naturalibus filiis emissa est, in his valere tantum casibus concedimus, qui nunc usque adhaec sicut pro eiusdem legis tenore in matrimoniis tunc constantibus vel postea contractis, ita tamen, ut non aliunde progenitis subvenisse credatur, quam non ex nefario nec incesto coniugio.* (“Concedemos que la Ley de Anastasio, de divina recordación, que fue dada sobre los hijos naturales, sea válida solamente en los casos que hasta ahora han ocurrido a tenor de la misma ley en los matrimonios entonces existentes o contraídos después, pero de modo que no se crea que se favoreció a los nacidos de cualquier unión, sino a los de unión no nefanda ni incestuosa”).

⁴⁰ Cfr., I., 1,10,3; C., 5,27,10-11; NOV., 74,3; 89,7. Vid., BONINI, R., *Ricerche di diritto giustiniano*, Milano (1968), p. 238 ss.

hijos legítimos, pudieran donar o dejar por testamento a aquéllos que fuesen naturales, siempre y cuando inscribiesen al hijo en la lista de los decuriones o casando a la hija con un decurión; consiguiéndose con ello, no la legitimación, pero sí una vía de sucesión intestada⁴¹. Con Justiniano se concedió la legitimación cuando el padre no tuviera otros hijos legítimos. Ahora bien, el legitimado adquiriría la condición de hijo legítimo respecto sólo del padre⁴².

- C. *Per rescriptum principis*, esto es, por decisión imperial. Esta forma de legitimación fue instaurada por Justiniano ante el supuesto de que el *paterfamilias* no tuviese hijos legítimos o bien fuese imposible el matrimonio con la concubina⁴³.

En cuanto a las formas de extinción de la *patria potestas*, en nuestro ordenamiento jurídico, el modo más usual es cuando el hijo o hija alcanza la mayoría de edad, o bien las otras formas de emancipación que vienen reflejadas en el art. 314 del Cc.. Sin embargo, en el Derecho romano el tratamiento jurídico es diferente. Como tuvimos ocasión de exponer, Ulpiano en D.50,16,192,2 nos decía que a la muerte del padre los hijos de familia –cualquiera que fuese su edad– pasan a ser *paterfamilias* y a tener sus propias familias. Por tanto, la muerte del *pater* y no la edad del *filius* o de la *filia* era la manera más extendida aunque no la única.

Por otro lado, algunas de las formas analizadas que hemos expuesto para explicar la forma de adquirir la *patria potestas* constituyen al mismo tiempo formas de extinción, dado que si un *paterfamilias* adquiere la *potestas* es para que otro deje de ejercerla, tal y como ocurre en la adopción o en la arrogación, aunque en este último caso la extinción de la *potestas* se produce en la misma persona del que va a ser sometido.

Similares efectos ocurre con la *conventio in manum*, aunque para este caso sí se dan unas ceremonias específicas de extinción de la *manus* y, en consecuencia, la extinción de la *patria potestas*. Tales ceremonias o actos jurídicos son:

⁴¹ C., 5,27,3: *Si quis seu liber (sive seu curiae sit nexibus obligatus, tradens filios naturales, vel amicos vel quos quemvis manent, eius civitatis curiae, unde ipse oritur, et in solidum heredes scribandi liberam et concedimus facultatem.... Et si filiam naturalem vel filiam habeat, et eam vel eam curiae vel curialibus civitatis, ex qua oriendus est vel sub qua vicus vel possessio, unde oritur, consistit, vel eius civitatis, quae principatum totius provinciae tenet, matrimonio pollicebit, haec eadem et in personis eius vel earum ad exemptum manum obtinebunt.* ("Si alguno fuese libre, o estuviera ligado con los lazos de la curia, le concedemos libre facultad para entregar a la curia de la ciudad, de que es oriundo, sus hijos naturales, todos, o aquéllos o aquél que él hubiere querido, y para instituirlos herederos de la totalidad... Y si tuvo hija o hijas naturales, y a ella o a ellas las colocó en matrimonio con un curial o con curiales de la ciudad, de que es oriundo, o bajo la cual está la aldea o la posesión, de donde procede, o de la ciudad que tiene la capitalidad de toda la provincia, registrarán estas mismas disposiciones también respecto a la persona de aquélla o de aquéllas a la manera que respecto a los varones".)

⁴² Cf., en este sentido, C., 5,27,9 pr.; NOV., 89,4.

⁴³ Cf., I., 1,10,13; NOV., 74,1 y 2.

- A. La *diffarreatio*, cuando la *manus* se había constituido mediante la *confarreatio* y consistía en un acto solemne donde la mujer renunciaba al culto de los dioses de la familia del marido. Al igual que en la *confarreatio*, también se empleaba el pan *farreo*⁴⁴.
- B. La *remancipatio*, es la forma disolución de la *conventio in manum* cuando ha sido constituida mediante la *coemptio*. Con este acto, el marido renunciaba al poder sobre la mujer a través de la celebración de una ficticia venta (*mancipatio*) a un tercero que: o la retenía en su poder o la emancipaba⁴⁵. En cualquier caso, ésta quedaba fuera del grupo familiar al que había pertenecido hasta el momento y, en consecuencia, desaparecía automáticamente la *patria potestas* sobre ella.
- C. La *usurpatio trinoctii*, implantada por la *lex XII Tabularum*, era la manera de disolver la *manus* que había sido constituida por el *usus*. Consistía en que la mujer se ausentaba cada año durante tres noches a fin de interrumpir los plazos que se exigían para adquirir la *manus* por el *usus*⁴⁶ y, con ello, evitar o disolver la *patria potestas* en el grupo familiar del marido.

Finalmente, otra forma de extinción de la *patria potestas* es por medio de la emancipación (*emancipatio*), es decir, el acto solemne por el que el *pater liberaba* al *filius* de su potestad para hacerle *sui iuris* y, por tanto, convirtiéndose en una persona con plena autonomía y capacidad⁴⁷. También se pudo emancipar a la mujer pero nunca alcanzó la plena capacidad como el varón⁴⁸. En época antigua, pudo tener un carácter penal, esto es, para excluir de la familia y de sus

⁴⁴ FESTO, v. *Diffarreatio*: *Diffarreatio genus erat sacrificii quod inter virum et mulierem fiebat dissolutio. Dicta diffarreatio, quia fiebat farreo adhibitio. Cfr., PLUTARCO, Quaest. rom., I; C.I.L., X, 8962; ORELLI, *Inscript.*, n° 2648: *Sacerdos confarreatiorum et diffarreatiorum.**

⁴⁵ GAYO, *Inst.*, I, 137: *In manu autem esse mulieres desinunt iudem modo, quibus filiae familias potestate patris liberantur; sicut igitur filiae familias una mancipatione de potestate patris exeunt, ita eae quae in manu sunt una mancipatione desinunt in manu esse, et si ex ea mancipatione manumissae fuerint, sui iuris efficiuntur.* ("Las mujeres dejan de estar bajo la *manus* por los mismos modos por los cuales las hijas quedan fuera de la potestad del padre; y así como las hijas con una sola *mancipatio* salen de la potestad del padre, también con una sola salen de la *manus* las que están bajo ésta, y si a partir de esa *mancipatio* son manumitidas se hacen independientes").

⁴⁶ GAYO, *Inst.*, I, 111: *...itaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo cuiusque anni <usum> interromperet.* ("Así, la ley de las XII Tablas estableció, para el caso de que alguna no quisiera entrar de este modo bajo la *manus* del marido, que cada año se apartara durante tres noches para interrumpir de este modo el uso del año.")

⁴⁷ Para emancipar al hijo se utilizaba, en un principio y hasta la época postclásica, el mismo procedimiento de la triple venta que vimos para la adopción y que venía contemplado en la *lex XII Tabularum* pero con la diferencia que a la tercera venta el hijo quedaba emancipado. Si éste era un *impuber* (menor de 14 años) habría que nombrarle un tutor o un *curator* hasta que alcanzara la pubertad y cumpliera los 25 años, como edad con la que adquiría plena capacidad de obrar.

⁴⁸ Si la emancipación se hacía a la mujer bastaba con una sola *mancipatio*, cfr. GAYO, *Inst.*, I, 166, aunque en este caso no se la consideró *sui iuris* hasta la época de Octavio y siempre que cumpliera los requisitos del *ius liberorum*, esto es, tener tres hijos, si se trataba de una mujer ingenua (que no hubiese conocido nunca la esclavitud), o cuatro hijos, si era una liberta (mujer libre que con anterioridad fue esclava). De todas formas, y aunque la mujer alcanzase el *status* jurídico de ser *sui iuris*, nunca disfrutó de tal condición como al varón porque, simplemente por razón de su sexo, para muchos actos jurídicos tenía que ser asistida por un tutor.

cultos religiosos a un hijo (o hija) considerado indigno o culpable de cualquier comportamiento que afectara a la honorabilidad del grupo familiar; sin embargo, en derecho clásico, se convierte esta institución en un acto a favor del hijo y concedido libremente por el *pater* para que pueda disponer con plena capacidad de su propio patrimonio.

En el Derecho postclásico, aparece la llamada *emancipatio Anastasiana*, por ser el emperador Anastasio su creador, otorgando la emancipación por medio de un rescripto del príncipe (*per rescriptum principis*) en caso de ausencia del hijo. Más tarde, Justiniano establecería como única regla la comparecencia y declaración del hijo —cuando éste podía estar presente— ante el magistrado, declarando en vigor la forma instaurada por Anastasio en caso de que el hijo no pueda comparecer en juicio.

Aunque la emancipación es un acto dependiente de la voluntad del *pater*, había casos en los que éste podía ser obligado a emancipar, tales como:

- En el supuesto de que el *pater* maltratase hijo⁴⁹.
- Cuando un *filiusfamilias* desea ser emancipado al llegar a la pubertad, siempre y cuando hubiese sido adoptado por su actual *paterfamilias* siendo un impúber⁵⁰.
- Si la emancipación del hijo aparece como condición en una disposición testamentaria otorgada a su favor⁵¹.

Por otro lado, el emperador Valentiniano, en el 367, dispuso que podía revocarse una emancipación, cuando el emancipado/a mostraba ingratitud en su comportamiento⁵² con respecto a sus ascendientes.

⁴⁹ D.37,12,5 (PAPINIANO, libro XI, *Quaestionum*): *Traianus filium, quem pater male contra pietatem afflicebat, coegit emancipare, quo postea defuncto pater, ut manumissor, bonorum possessionem sibi competere dicebat; sed consilio Neratii Prisci et Aristonis ei propter necessitatem solvendae pietatis denegata est.* ("El emperador Trajano, de consagrada memoria, obligó a un padre a que emancipara a un hijo al que maltrataba sin piedad, muerto este hijo, su padre pretendía que le correspondía la posesión de los bienes como manumisor <de su hijo>, pero, por consejo de Neracio Prisco y de Aristón, se le denegó la posesión por haber sido obligada la «emancipación»").

⁵⁰ D.1,7,32 pr. (PAPINIANO, libro XXXV, *Quaestionum*): *Neminquam autem impubes, qui adoptatus est, audendus erit, si pubes factus emancipari desideret; atque causa cognita per iudicem statuendum erit.* ("A veces, sin embargo, habrá de ser atendido el impúber que fue adoptado, si al llegar a la pubertad, desea ser emancipado; y esto se habrá de determinar por el juez, previo conocimiento del asunto"); D.1,7,33 (MARCIANO, libro V, *Regularum*): *Et si pubes factus non expedire sibi in potestatem eius redigi probaverit, aequum esse emancipari eum a patre adoptivo; atque ita pristinum ius recuperare.* ("Si el adoptado, al llegar a la pubertad, hubiere probado que no le convenía seguir bajo la potestad del adoptante, es justo que sea emancipado por el padre adoptivo y recupere así su anterior condición").

⁵¹ D.35,1,92 (ULPIANO, libro V, *Fideicommissorum*): *...Arbitrari tamen extra ordinem debere constitui, eum, qui egnovit id, quod sibi relicto est hac contemplatione, ut liberos suos emanciparet, cogendum emancipari; neque enim debet circumveniri testantium voluntas...* ("...Con todo, creo debe resolverse en cognición extraordinaria que se obligue a emancipar a sus hijos a aquél que aceptó lo que se le dejó con la mira de que los emancipara, pues no debe defraudarse la voluntad de los testadores...").

⁵² C., 8,50(49),1: *Filii et filiae ceterosque liberos, contumaces, qui parentes vel acerbitate convicii vel cuiusquam atrocis iniuriae dolore pulsassent, leges, emancipatione rescissa, damno libertatis imminente multare voluerunt.* ("Quisieron las leyes, que invalidada la emancipación fueran castigados con pérdida de su inmerecida libertad los hijos y las hijas y los descendientes contumaces, que hubiesen afrentado a sus ascendientes, o con la crudeza de un ultraje, o con el dolor de cualquier injuria grave").

2.4 PODERES DEL PATERFAMILIAS Y SUS LÍMITES

Así las cosas, se hace del todo imprescindible que nos centremos en la observación de cuáles fueron los poderes del *paterfamilias*, el por qué la organización de la *civitas* permite dicha concentración de poderes en él y, finalmente, en qué medida fueron objeto de algún tipo de control o límite.

En los primeros tiempos de Roma la sociedad se encontraba estructurada en grupos gentilicios y, dentro de ellos, la familia se presenta como un grupo parental constituido por descendientes de un *pater* que no se caracterizaba solamente en calidad de progenitor, sino que esencialmente representaba una posición potestativa de *dominus* (señor de la *domus*), con un poder que no se centraba simplemente en el patrimonio del grupo familiar, sino también sobre las personas que lo comprendían. De ahí el término *potestas*, para indicar el poder sobre los sometidos, bien por vínculos de sangre (*cognatio*), bien por lazos civiles (*agnatio*). En definitiva, su poder se podía parecer al que pudo ejercer el *rex*, en época monárquica, o un magistrado, durante la república, sobre los *cives*⁵³.

En efecto, partiendo de una concepción agnaticia de la familia, donde los vínculos civiles priman sobre los de sangre entre sus miembros, se comprende que el papel desempeñado por el *paterfamilias* fuese comparable al de un jefe político e, incluso, religioso dada la importancia que tuvo este factor, especialmente en la época más antigua del Derecho romano, hasta el punto de que en un principio —y hasta ya iniciada la etapa republicana— se encontraba plenamente fusionada la norma jurídica (*ius*) y la religiosa (*fas*)⁵⁴.

⁵³ Cfr., entre otros, GALLO, F., "Osservazioni sulla signoria del *paterfamilias* in epoca arcaica", *Stivoli in onore de P. De Francisci*, vol. II, Milano (1956), p. 193 ss.; DENOYEZ, J., "Le *paterfamilias* et l'évolution de sa position", *Synthese Arancio-Rivù*, Napoli (1964), p. 441 ss.; LONGO, G., "Pater familias" y "patria potestà", *NMDI*, 12 (1965), p. 555 ss. y 575 ss.; GALLO, F., "Potestas e *dominium* nell'esperanza giuridica romana", *LABEO*, 16 (1970), p. 1 ss.; RABELLO, A.M., *Effetti personali della patria potestas*, Milano (1972), p. 26 ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI, L., "Ancora sui poteri del *paterfamilias*", *BIDR*, 73 (1970), p. 357 ss.; ID., "Patria potestà", *ED*, 22 (1982), p. 242 ss.; IGLESIAS, J., *Espíritu*, op. cit., 98 ss.; CANTARELLA, E., *La calamidad ambigua*, trad. Andrés Pociña, Madrid (1991), p. 195.

⁵⁴ Sobre la importancia de la religión en el ámbito jurídico, cfr., entre otros, DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, op. cit., p. 295 ss.; MAROI, F., "Elementi religiosi del diritto romano arcaico", *AG*, 109 (1933), p. 83 ss.; BECK, A., "Zur Frage der religiösen Bestimmtheit des römischen Recht", *Festschrift Koschaker*, I, Weimar (1939), p. 1 ss.; ORESTANO, R., "Del *ius* al *fas*", *BIDR*, 46 (1939), p. 194 ss.; SCHWIND, F., *Zur Frage der Publikation im römischen Recht*, München (1940), p. 16 ss.; PACLE, J., "Le monde juridique du paganisme romain", *RH*, 23 (1945), p. 1 ss.; NOAILLES, P., *Du Droit sacré au Droit civil*, Paris (1945), p. 16 ss.; KASER, M., *Das altrömische Ius*, Göttingen (1949), p. 301 ss.; LEVY-BRUHL, H., "Sur la laïcization du droit à Rome", *RIDA*, 6 (1951), p. 83 ss.; VOCE, P., "Diritto sacro romano in età arcaica", *SDHI*, 19 (1953), p. 38 ss.; BAYET, J., *Histoire politique et psychologique de la religion romaine*, Paris (1957), p. 42 ss.; LATTE, K., *Römische Religionsgeschichte*, München (1960), p. 195 ss.; DUMEZIL, G., *La Religion romaine archaïque*, Paris (1960), p. 166 ss.; PUGLIESE, G., "L'autonomia del diritto rispetto agli altri fenomeni e valori sociali nella Giurisprudenza romana", *Atti del I Congr. della S.I.S.D.*, Firenze (1968), p. 162 ss.; GAUDEMET, J., *Institutions de l'Antiquité*, Paris (1967), p. 294 ss.; BOYANCE, P., "Les origines de la religion romaine. Théories et recherches récentes", *Études sur la religion romaine*, Rome (1972), p. 1 ss.; CAMACHO EVANGELISTA, F., "Fundación de Roma y tránsito Monarquía-República. Hipótesis sobre esquemas míticos", *AESJ*, 5 (1976), p. 91 ss.

En este contexto, el *pater* concentraba en su persona todos los poderes imaginables sobre los miembros de su grupo; ya que el único libre de potestad era él, al ser *sui iuris*, mientras los demás eran *filius* o *filias* y, por tanto, al ser personas *alieni iuris*, se encontraban sometidas a su dominio. Esa potestas se concretaba en: el *ius vendendi* (derecho de vender como esclavo al *filius* en territorio extranjero), *ius noxae dandi* (derecho de entregar al *filius* al perjudicado de un acto ilícito cometido por éste), *ius exponendi* (derecho de exponer o abandonar al hijo recién nacido), pero —sin lugar a dudas— el poder por excelencia y en el que se concentraban todos los demás era el *ius vitae et necis* (derecho de vida y muerte sobre sus sometidos)⁵⁵. Por otro lado, en el *paterfamilias* también recaía la facultad de establecer quién va a entrar en el grupo familiar por medios diferentes al nacimiento, esto es, por la *adrogatio*, *adoptio* y la *conventio in manum*.

Desde el punto de vista religioso, por tener la familia su propia *sacra privata*, éste actuará como jefe religioso de la misma, representando al *lar familiaris* y dirigiendo las distintas ceremonias (*auspicia privata*, *arae*, *caerimoniae privatae*) en orden a rendir culto a sus antepasados divinizados. De ahí, el interés de perpetuar la continuidad de la familia, a fin de que el culto doméstico no se extinguiese ya que en él, en las estrechas y cotidianas relaciones con dicho culto, radica la fuerza y la unidad que desprende la antigua familia romana. En base a este factor religioso, se justifica la rígida disciplina que ejerció sobre los miembros a él sometidos, vigilando que sus comportamientos no rompiesen las relaciones con los *diis Manibus* ya que éstos, como dice Gayo, constituían materia de *divini iuris*⁵⁶.

Ahora bien, ¿por qué la organización de la *civitas* permitió o delegó en el *paterfamilias* tanto poder?

Una hipotética explicación se puede desprender después de leer los primeros libros de Tito Livio (*Ab urbe condita libri*) y Dionisio de Halicarnaso (*Antiquitates Romanae*) sobre cómo fueron los primeros siglos de existencia del pueblo romano. Utilizando dichas fuentes, con la debida cautela y contrastando unas con otras, se aprecia que durante el período comprendido desde los ori-

⁵⁵ A.GEL., *Noct. Att.*, V,19; CIC., *Pro domo*, XXIX; DION.HAL., *Ant.rom.*, II,26; SENECA, *De Clem.*, I,15; *Controv.*, II,11; PAUL., D. 48,2,11; PAPIN., *Coll.*, IV,8, en su *liber singularis de adulteris*, habla de la atribución por las *leges regiae* al *paterfamilias* de la potestas *vitae necisque in filium*; CONSTANTINO, en una constitución del año 323, hace alusión al antiguo *ius vitae in liberos necisque potestas*, C.Th.,4,8,6 pr. Vid., CORNIL, G., "Contribution à l'étude de la patria potestas", *NRMO.*, 21 (1897), p. 449 ss.; ALBANESE, B., "Note sull'evoluzione storica del *ius vitae ac necis*", *Scritti in onore di Ferrini*, III, Milano (1948), p. 343 ss.

⁵⁶ GAYO, *Inst.*, II,3 y 4; *Divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae. Sacrae sunt, quae diis superis consecratae sunt; religiosae, quae diis Manibus relictae sunt*. Vid., DE FRANCISCI, P., *Primordiale civitatis*, op. cit., p. 150 ss.; DE MARCHI, A., *Il culto privato di Roma antica*, vols. I y II, Milano (1896), reimp., New York (1975), p. 26 ss.

genes de Roma hasta inicios de la República, el poder de la *civitas* se encuentra absorbido principalmente por la preocupación de encontrar un lugar preeminentemente frente a los otros pueblos de la Antigüedad. Cualquier intromisión en el ámbito de la *patria potestas* del *pater* solamente se puede justificar si era en pro de este cometido o, en todo caso, para mantener la *pax deorum*, dada la plena fusión, en esta época, del mundo jurídico y el religioso (*Iusfasque*). En este sentido, se puede comprender –por ejemplo– el siguiente texto de Dionisio de Halicarnaso (*Ant. rom.*, II,15,2)⁵⁷ cuando hace alusión a que Rómulo estableciera los siguientes límites:

1. La obligación de que sus habitantes criaran a todo vástago varón y a las hijas primogénitas.
2. No matar a ningún niño menor de tres años, a no ser que fuese lisiado o monstruoso desde su nacimiento.
3. Mostrar a cinco vecinos ante de ejercitar el *ius exponendi* sobre ellos.

No es difícil imaginar que, dado el momento histórico-político por el que atravesaba Roma, esta norma se inspiró, no en un principio humanitario, sino por puras razones políticas. Era necesario tener el mayor número de ciudadanos posible para defender la *civitas* y para imponer –al mismo tiempo– a sus vecinos la autoridad romana con la fuerza de las armas, como se puede apreciar por los sucesivos conflictos bélicos y continuas alianzas (*pactum* o *foedus*) que acontecieron en aquellos momentos históricos y que propiciaron su futura expansión territorial⁵⁸. De ahí las continuas referencias a la concesión o no del *conubium*, esto es, el derecho a contraer un matrimonio legítimo con los pueblos que tomaban contacto con la *civitas* romana⁵⁹ y, de esa manera, los hijos podrían seguir la condición del padre adquiriendo, éste, la *patria potestas* sobre ellos. Por otro lado, la referencia a las mujeres en dicho texto también es comprensible en la medida que ellas eran imprescindibles para la procreación, ya que casándose muy jóvenes y no disponiendo de contraceptivos eficaces, parían nor-

⁵⁷ “En primer término estableció la obligación de que sus habitantes criaran a todo vástago varón y a las hijas primogénitas; que no mataran a ningún niño menor de tres años, a no ser que fuera lisiado o monstruoso desde su nacimiento. Sin embargo, no impidió que sus padres los expusieran (abandonaran) tras mostrarlos antes a cinco hombres, sus vecinos más cercanos, si también ellos estaban de acuerdo. Contra quienes incumplieran la ley fijó entre otras penas la confiscación de la mitad de sus bienes”.

⁵⁸ Vid., CATALANO, P., *Línea del sistema sovannazionale romano*, Torino (1965), p. 190 ss.; FERNÁNDEZ BAQUERO, E., “Regulaciones pacíficas en la Roma monárquica”, *Cosmópolis de Paz en el Mediterráneo antiguo y medieval*, Muñoz, F. y Molina, B. (eds.), Granada (1998), p. 153 ss.

⁵⁹ En este sentido, encontramos distintos testimonios en las fuentes literarias describiendo la importancia que tuvieron las alianzas matrimoniales con nuevos pueblos. Alianzas que no tenían una vigencia ilimitada puesto que, con posterioridad, eran o no renovadas según las circunstancias de cada *foedus* o de los fines que se persiguiesen en la política exterior; como ocurrió en el 495 a.C. cuando, aprovechando un período de tregua entre romanos y latinos, surgió del Senado la decisión de que se permitiese disolver el *conubium* contraído y, en consecuencia, se autorizaba a las mujeres casadas con romanos que eligiesen entre quedarse con sus maridos o regresar a sus respectivas patrias; cfr. TITO LIVIO, *Ab urb. cond.*, I,9,1-2; DIONISIO DE HALICARNASO, *Ant. rom.*, VI,1,1-2.

malmente un número elevado de hijos; en definitiva, ella era la única vía para mantener suficientemente elevados los índices de natalidad⁶⁰.

De todos modos, el poder del *pater* era absoluto porque dichas disposiciones a lo sumo imponían a éste una sanción pecuniaria de carácter jurídico-religiosa ("la confiscación de la mitad de sus bienes") pero, en absoluto, anulaba cualquier decisión adoptada aunque fuese contraria a lo establecido. Sólo a partir del periodo republicano, con la *lex XII Tabularum* y las leyes emanadas de las asambleas comiciales, sí primarían sobre la *potestas* del *pater*, pero también es verdad que éstas todavía eran bastantes escasas frente a las que surgieron en el ámbito del Derecho público. En los últimos siglos de la República el número de *leges* limitando al *pater* aumentaría, como preámbulo a la legislación augustea.

Sin embargo, los poderes del *paterfamilias* implicaban a su vez un "deber", es decir, en su obrar tenía que mostrar que era *diligens* en bien de la propia comunidad que gobernaba⁶¹. De sus actos dependía el prestigio y la honorabilidad de su familia. De ahí que, junto a dichos poderes absolutos, existían al mismo tiempo unas limitaciones fácticas, sociales y morales bastante escrupulosas que jugaban como elemento corrector ante cualquier acto abusivo por parte del *paterfamilias* con respecto a los miembros sometidos a su *potestas*. En este sentido, se podría explicar la función que desempeñó el *consilium domesticum* en el ámbito familiar.

En efecto, muchas son las fuentes que nos hablan, de manera más o menos directa, de la existencia de un *consilium domesticum*. De entre los múltiples supuestos, conocido es el relato de cómo Lucrecia exigió la presencia del mismo para que dieran fe del ultraje al que había sido sometida por el hijo del último rey romano Tarquinio el Soberbio y la justificación de su propio suicidio, según Val.Max., *Fac. et dict. memorab.*, VI, 1, 1⁶² y T.Livio, *Ab ur. cond.*, 1, 58, 5-6⁶³.

⁶⁰ Cfr. CANTARELLA, E., *La mujer romana*, Santiago de Compostela (1991), p. 9 ss.; FAYER, C., *La familia romana*, op. cit., p. 123 ss.

⁶¹ IGLESIAS, J.; *Epístola*, op. cit., utiliza el término *officium* como expresión del deber, no sólo jurídico como el conjunto de toda una serie de virtudes extraordinarias, que el *pater* debía observar en sus actuaciones, p. 46 ss. y 99 ss.

⁶² *Dux romanae pudicitiae Lucretia... a Sex. Tarquinio regis Superbi filio per vim stuprum pati coacta, cum gravissimis verbis iniuriam suam in concilio necessariorum deplorasset, ferro se quod veste tectum adulterat, interemit causamque tam animoso intuitu imperium consulare pro regio permittendi populo romano praebuit.* ("Lucrecia es el primer modelo de castidad del pueblo romano... Obligada a la fuerza por Sexto Tarquinio, hijo de Tarquinio el Soberbio, a consentir en su brutal pasión, después de haber deplorado, ante el consejo de familia con palabras llenas de indignación, la injuria que con ella se había cometido, se suicidó haciendo uso de un puñal que llevaba oculto bajo sus vestidos. Esta muerte tan valerosa ofreció al pueblo romano la ocasión de cambiar el régimen monárquico por el consular"). Sobre el mismo episodio, Dion. Hal., *Ant. rom.*, IV, 66, 1-3, hace también referencia a la convocatoria del *consilium*. En otro momento Dionisio (II, 25, 8) nos lo menciona con motivo de los comportamientos que pudiese cometer la mujer casada, como eran el adulterio y beber vino.

⁶³ *Quo tempore cum vicisset obstinatam pudicitiam velut victrix libito profectusque inde Tarquinius ferox expugnato decore muliebri esset, Lucretia maesta tanto malo numquam Romanam eundem ad patrem Ardeamque ad vicum mittit, ut cum singulis fidelibus amicis veniant* ("El miedo a tal deshonor dobló aquella virtud inquebrantable y Tarquinio, como si hubiese sido la pasión la que había salido triunfante, se marchó orgulloso de haber arrebatado el honor a una mujer. Lucrecia, abatida por tan tremenda desdicha, envía a un mismo mensajero a su padre a Roma y a su marido a Ardea a decirles que vengan cada uno con un amigo de su confianza, que es preciso actuar inmediatamente, que ha ocurrido algo horrible").

También en relación con el supuesto, en el 485 a.C., de Sp.Cassio, condenado a muerte por su padre, previo *propinquorum et amicorum consilio*, nos informan T.Livio, II,41,10-12⁶⁴ y Val.Max., V,8,2⁶⁵. Posterior a estos hechos, en el s.II a.C., encontramos las referencias al mismo con motivo de la represión de las Bacanales, en las que fueron condenadas por el Senado aquéllas mujeres que se habían aprovechado de dichas fiestas para cometer *inceste usae*, aunque la ejecución de la sentencia fuese transferida a los *cognati* de cada una de ellas, por respeto al pudor femenino que una condena pública podía suscitar, así Val.Max., VI,3,7⁶⁶ y T.Livio, XXXIX,18,6⁶⁷.

Sin embargo, la opiniones doctrinales no se han mostrado unánimes a la hora de interpretarlas, dado que las fuentes no nos informan de ningún ceremonial, ni criterio alguno en orden a cuál era el momento idóneo de su convocaría, ni sobre quienes estaban facultados para integrarlo, ya que los textos hablan indistintamente de *agnati, cognati, amici, sui, propinqui*, esto es, sus miembros podían o no pertenecer a la propia familia. Así, mientras unos consideran que existió un tribunal doméstico, como expresión de una verdadera jurisdicción

⁶⁴ ...quam, ubi primum magistratu abijt, damnatum necatumque constat, sunt qui patrem autorem eius suplici ferant: eum cognita domi causa verberasse ac necasse, peculiumque illi Ceresi consecravisse; signum inde factum esse et inscriptum 'lex Cassia familia datum', invenio apud quosdam, idque propius fidem est, a quaestoribus Caesone Fabio et L. Valerio diem dictam perduellionis, damnatumque populi iudicio, dirutas publice aedes, ea est Aera ante Telluris aedem, ceterum, sive illud domesticum sive publicum fuit iudicium, damnatur Servio Cornelio Q. Fabio consulibus. ("Apenas abandonó el cargo, es un hecho comprobado que fue condenado y ejecutado. Algunos sostienen que el autor de la ejecución fue su padre: éste habría instruido la causa en su domicilio, lo habría hecho azotar y ejecutar y habría consagrado a Ceres el peculio de su hijo; con él se habría hecho una estatua con la inscripción: "Donación de la familia Casia". Según encuentro en algunos autores, y esto me parece más verosímil, los cuestores Cesón Fabio y Lucio Valerio lo acusaron de alta traición, en el juicio el pueblo lo condenó e hizo destruir su casa: es la zona libre que hay delante del templo de la Tierra. En cualquier caso, fuese privado o público el juicio, fue condenado durante el consulado de Servio Cornelio y Quinto Fabio").

⁶⁵ ... Cassius illum, qui tribunus plebis agrariam legem fulerat multisque aliis rebus populariter animo hominu amore sui divinctos tenebat, postquam illum potestatem deposuit, adhibito propinquorum et amicorum consilio adfectati regni crimine domi damnavit verberibusque adfectum necari iussit ac peculium eius Ceresi consecravit. ("Su hijo Espurio Casio, siendo tribuno de la plebe, había promulgado la primera ley agraria y había propuesto otros muchos asuntos, ávido de popularidad, con lo que se había granjeado el afecto de los ciudadanos. Pues bien, cuando Espurio abandonó aquel cargo, Casio, en un consejo formado de parientes y amigos, condenó dentro de los muros de su propia casa a su hijo bajo la acusación de haber aspirado a ser rey y ordenó que lo azotaran y lo mataran. Además, consagró a Ceres todo lo que pertenecía a su hijo").

⁶⁶ Consimili severitate senatus postea usus Sp. Postumio Albino Q. Mario Philippo consulibus mandavit, ut de his, quae sacris Bacchanalium inceste usae fuerant, inquirerent; a quibus cum multae essent damnatae, in omnes cognati infra domos animadverterunt; lateque potens opprobrii deformitas supplicij emendata est, quia, quantum ruboris civitatis nostrae mulieres turpiter se gerendo incusserant, tantum laudis graviter punitione adhaerent. ("Encargó a los cónsules Espurio Postumio Albino y a Quinto Marcio Filipo que hicieran averiguaciones sobre aquellas mujeres que se habían aprovechado de las fiestas de las Bacanales para cometer acciones impuras. Los cónsules encontraron que muchas de ellas eran culpables y las condenaron a morir en privado, dentro del seno de sus familias. La infamia de este hecho, que se había difundido en gran medida, fue sofocada por la rigurosidad del castigo. Cuanta había sido la vergüenza que estas mujeres habían arrojado sobre nuestra ciudad con su mal comportamiento, tanto fue el honor que le repotaron al sufrir un severo castigo").

⁶⁷ ...mulieres damnatae cognatis, aut in quorum manu essent, tradebant, ut ipsi in privato animadverterent in eas: si nemo erat idoneus supplicij executor in publico animadverterent. ("Entregaban las mujeres condenadas a los parientes o a quienes ejercían la tutela sobre ellas para que ellos mismos procedieran contra ellas en privado; si no había nadie que reuniera los requisitos para aplicar el castigo, se hacía en público"). Cfr., AEGYPTIUS, M., *Senatusconsulti de Bacchanalibus explicatio*, Napoli (1729), p. 133.

familiar (*iudicium domesticum*), presidida por el *paterfamilias* a fin de juzgar a los sometidos a su *patria potestas*⁶⁸; otros, por el contrario, niegan tal jurisdicción por estimar que el *paterfamilias* estaba investido de tal poder absoluto que sería incompatible con la existencia de cualquier otro poder superior que lo limitase, y las expresiones que rezan en las fuentes obedecerían a consultas que voluntariamente o facultativamente pudo hacer el *pater*, pero sin que implicase una obligación legal⁶⁹.

Por nuestra parte, observamos que la doctrina ha mostrado un afán constante en atribuir o no una jurisdicción especial al *consilium domesticum*, dejando a un lado o no destacando el verdadero papel que desempeñó al lado del *paterfamilias*⁷⁰. En este sentido, habría que subrayar la función de asesoramiento, contribuyendo a que el *pater* pudiera tomar en cada supuesto la decisión más justa. Es verdad que siempre la última voluntad sólo dependía de él, pero —de forma implícita— si fue un elemento importante de freno ante la posibilidad de actuaciones arbitrarias, pues de su consejo podía, por otro lado, percibir el parecer de la comunidad en la que estaba integrado, conduciéndole a obrar con *iustitia*, de acuerdo con los *mores maiorum* que todos debían respetar. Ir en contra de ellos suponía la repulsa y condena de carácter jurídico-religioso, en la época más primitiva del Derecho romano, cuando el *ius* estaba plenamente fusionado a la *fas* y, en un segundo periodo, cuando se produce el proceso de laicización del Derecho, la repulsa social que podría provocar en algunos casos, incluso, una nota censoria.

⁶⁸ Cfr., entre otros, KLENZE, M., "Das Cognaten und Affinem nach römischen Rechte", *Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. VI*, (1828), p. 21 ss.; GEIB, O., *Geschichte des röm. Criminalprozesses*, Leipzig (1842), p. 82 ss.; DE FRESQUET, R., "Du tribunal de famille chez les Romains", *R.H.D.Fr.* I (1855), p. 125 ss.; ZUMPT, A.W., *Das Criminalrecht des röm. Republik*, II, Berlin (1855), p. 365 ss.; VOIGT, M., *Die lex Maenia de dote*, Weimar (1866), p. 28 y 29; ID., *Über die leges regiae*, Leipzig (1876), p. 581 ss.; GILDE, P., *Etude sur la condition privée de la femme*, Paris (1887), p. 130 ss.; BECHAMP, D., "Le droit de vie et mort et le tribunal domestique à Rome", *Rev. Cathol. insit. et du droit*, 18 (1882), p. 52 ss.; BRINI, G., *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, II, Bologna (1888), reimp. (1975), p. 115, 150, 155, 179 ss.; PAIS, E., *Storia critica di Roma*, I, Roma (1913), p. 738 ss.; COSTA, E., *Crimin e pena da Romolo a Giustiniano*, Bologna (1921), p. 35 ss.; BONFANTE, P., *Corso di Diritto romano*, op.cit., p. 80 ss.; DÜLL, R., "iudicium domesticum abdicatio und apocryxis", *ZSS.* LXIII (1947), p. 55 ss.; WESENER, G., "iudicium domesticum", *P.W. Supl.* 9 (1962), p. 373; KUNKEL, W., "Das Konsilium im Hausgericht", *ZSS.* LXXXIII (1966), p. 219 ss.; BALDUCCI, A., "Intorno al iudium domesticum", *A.G.* CXCI, fasc. 1 y 2 (1976), p. 69 ss. Por su parte RUGGIERO, A., si bien niega la existencia de un tribunal en el sentido "guasi moderno con giudici in toga e tozzo e con in mano pile di codici", sin embargo concluye en la página final de su trabajo diciendo: "Sulla base dei dati festuali mi sembra di poter avanzare l'ipotesi che il consilium domesticum, di cui abbiamo notizia in epoca storica, è il ricordo di un'altra forma di "giurisdizione" legata ad un'epoca in cui il gruppo non è né la piccola famiglia (famiglia proprio iura) né la famiglia allargata (famiglia agnaticia) in cui vi è la preminenza della linea maschile di parentela, bensì un gruppo più ampio (la gens) in cui è presa in considerazione anche la linea femminile di parentela, la cognata". "Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico", *Sodalitas. Scritti in onore di A.Guarino*, vol. 4, Napoli (1984), p. 1593 ss.

⁶⁹ Vid., principalmente, MOMMSEN, Th., *Römisches Strafrecht*, Leipzig (1899), p. 17 ss.; VOLTERRA, E., "Il pretese tribunale domestico in diritto romano", *RISG.* 85 (1948), p. 103 ss.; DE SANCTIS, G., *Storia del Romano*, vol. IV, I-II, Firenze (1957), p. 40, nt 134; CREMADES, I. y PARICIO, J., *Das et virtus. Evolución de la dote y sanción e la mujer romana por sus malas costumbres*, Barcelona (1983), p. 42, nt. 15; AMERELLI, F., *Consilia principum*, Napoli (1983), p. 60 y 61; FAYER, C., *La familia romana*, op. cit., p. 130 ss.

⁷⁰ Vid., en este sentido, mi artículo "El *paterfamilias* y el *consilium domesticum*", *Rev. Fac. Der. de la Univ. Granada*, 8 (1985), p. 163 ss.

En este sentido, es significativo el supuesto ocurrido en el 107 a.C. de L. Anio, que repudió a su mujer sin consulta al *amicorum consilium* y, por ello, fue despojado de la dignidad de senador por los censores Marco Valerio Máximo y Cayo Junio Bruto Bulbucio⁷¹.

Por otro lado, es verdad que las fuentes muestran una diversidad de personas que podían componerlo (*cognati, amici, propinqui, necessari, sui*), la variedad de términos que sirven para indicar los miembros que lo constituían habría que interpretarlos en un sentido amplio y como palabras con significado sinónimo, es decir, personas conocidas y con un trato constante con el *paterfamilias*, para ayudarle en esa tarea de asesoramiento que venimos indicando, por la gran responsabilidad que exigía el ejercicio de la *patria potestas*⁷².

También es verdad que no se tienen noticias de actos formales en cuanto a su convocatoria o desarrollo del mismo y que, por supuesto, siempre la voluntad del *paterfamilias* predominaba sobre cualquier decisión. Sin embargo, y para subrayar esa *patria potestas*, pero ejercida con responsabilidad, con *iustitia* y, en definitiva, conforme a los *mores maiorum*, no podemos despreciar el papel que jugó junto al *pater*. Concretamente, se perseguía con la celebración del *consilium domesticum* que cualquier acto del *pater* estuviese respaldado por el apoyo social y, de esa manera, mostrar en todo momento una apariencia de legalidad con los *mores maiorum*, cuando en la época más antigua tenían estos su predominio, y con la *leges* cuando comenzaron a imperar sobre las costumbres y usos sociales.

En este sentido, hay que recordar el divorcio de Sp. Carvilio Ruga que, aunque de fecha muy discutida, probablemente a mediados del siglo III, se divorció de su mujer mediante esa estrategia de legalidad, según relata A. Gellio, *Noct. Att.*, XVII,21,44:

...Sp. Carvilius Ruga primus Romae de amicorum sententia divortium cum uxore fecit; quod sterila essetque apud censores, uxorem se liberum quaerendorum causa habere.

Es verdad que la esterilidad de su mujer no fue una causa que lo justificara ante la sociedad, pues por ello fue odiado por el pueblo, sin embargo ante

⁷¹ VAL. MAX., II,9,2: ...M. Valerius Maximus et C. Iunius Brutus Bubulcus censores...L. enim Annius senatu moverunt, quod quam vigilem in matrimonium duxerat repudiasset nullo amicorum consilio adhibito. ("...Los censores Marco Valerio Máximo y Cayo Junio Bruto Bulbucio quienes despojaron de la dignidad de senador a Lucio Anio por haber repudiado a su esposa con la que se había casado, siendo esta aún doncella, sin haber pedido su parecer a ninguno de sus amigos").

⁷² De ahí que, en D. 50,16,223,1 (Paul. 2 sent.), aparezca el siguiente significado de *amicos*: *Amicos appellare debemus non levi notitia coniunctos, sed quibus fuerit in iura cum patre familias honestis familiaritatis quaestis rationibus*. ("Debemos llamar "amigos", no a los simplemente conocidos, sino aquellos con los que el cabeza de familia tuviera <lazos> adquiridos por una honesta familiaridad").

los censores la expuso puesto que previamente había sido *amicorum sententia*, esto es, apelando a dicha legalidad⁷³.

Más tarde, coincidiendo con la decadencia de la censura como órgano encargado de la *cura morum*, encontramos en las fuentes la presencia del príncipe en la composición del *consilium*⁷⁴ para salvaguardar, no sólo ya los *mores maiorum*, sino el respeto a la legislación escrita que a partir de éste emperador comenzó a surgir y, con posterioridad, a desarrollarse. Por otro lado, no podemos olvidar que uno de los fines que pretendió Augusto fue la de convertirse en el custodio principal de dichos *mores*, función que desempeñaron durante el período republicano los censores.

Iniciada la República, la *civitas* se fija en la familia para configurar una organización estatal semejante a la del *pater* con respecto a los *filii*. *Potestas*, *auctoritas*, son términos que se trasladan a los distintos magistrados que de forma colegiada y no unipersonal, como el *pater*, gobernaban la *respublica*, iniciándose al mismo tiempo un proceso de control al propio *pater* por medio de un magistrado: el censor.

La función que desempeñaron estos magistrados, con respecto a la *cura morum*, fue esencial. Todos los autores coinciden en subrayar la importancia de dicha actividad que, aunque no fue la única⁷⁵, sí fue la que envolvió a los censores de un poder especial y distinto al de otros magistrados⁷⁶.

No podemos establecer con exactitud el momento en el que el censor comenzó a ejercer esta actividad. Probablemente la iría adaptando en la medida que sintiera la necesidad de justificar que las familias más ricas censadas en las clases más importantes desde el punto de vista social, político y militar, ostentasen el máximo poder por el hecho añadido de que su conducta pública y privada fuera de la mayor dignidad y honorabilidad, esto es, conforme a los *mores maiorum*.

⁷³ Cfr., las distintas posturas sobre este suceso en mi trabajo *Reputium-Divortium*, op. cit., p. 333 ss.

⁷⁴ Cfr., SENECA, *De clementia*, I,15,2-7; XV,1.

⁷⁵ En efecto, con anterioridad a la *cura morum*, la función por la que fueron creados, en el 443 a.C. fue para la elaboración y renovación quinquenal del *census*, tarea que con anterioridad en época monárquica la realizaron los *tribuni militum consulari potestate*. Tenían también competencias en el ámbito de la administración cuidando el patrimonio estatal, ya que podían decidir y adjudicar arrendamientos del *ager publicus*, así como los suministros y obras públicas a las *societates publicanorum* que se convertían en deudores del erario por las cantidades de dinero que se hubieran determinado. *Locaciones o leges censoriae* que se solían realizar por un período de cinco años, VARR., *De ling. lat.*, VI,11: *quinto quoque anno vectigalia et alia tributa per censores persolvebantur*. Finalmente, un *plebiscitum Ovinium*, del 312 a.C., ratificado por los *comitia centuriata*, delegó también a ellos la elección de la *lectio senatus*: nombramiento de senadores, aunque esta importante labor quedó limitada a medida que se impuso como norma el designar como senador a quienes hubieren desempeñado una magistratura superior.

⁷⁶ Vid., entre otros, MOMMSEN, Th. y MARQUARDT, J., *Manuel des Antiquités romaines*, vol. IV, Paris (1894), p. 41 ss.; HUMBERT, J., v. "censor", *DS.*, vol. 1 (2ª parte), p. 993 ss.; CANCELLI, F., *Studi sui censori e sull'arbitratus della lex contractus*, Milano (1960), p. 89 ss.; PIERI, G., *L'histoire du cens jusqu'à la fin de la République romaine*, Paris (1968); TORRENT, A., *Derecho Público romano*, op. cit., p. 170 ss.

Por otro lado, el fenómeno de la expansión territorial por el que se ve empujado el pueblo romano –si quiere convertirse en un gran Imperio– le conducirá, entre otras cosas, a un proceso de apertura e integración no sólo de personas sino de culturas y de modos de vida diferentes. Así, nos encontraremos junto a las antiguas familias romanas, otras muchas de origen diverso que comenzarán a conformar una nueva sociedad; y, muy pronto, ello se dejaría sentir en el ámbito jurídico en el sentido de que la organización de la *civitas* tenía que comenzar a tomar nuevas medidas para controlar si dichas costumbres seguían o no siendo respetadas, control que le fue encomendado al censor.

Así las cosas, esta magistratura poco a poco fue alcanzando una enorme importancia, ya que tenía primordialmente la función de –cada cinco años– confeccionar el censo y la de ser el custodio de los *mores maiorum*, convirtiéndose en el primer límite que instauró aquella organización estatal para controlar las funciones desempeñadas por los *paterfamilias* dentro de sus grupos. De esta forma, comportamientos tales como: repudios injustificados, matar a esclavos sin razón, en definitiva, controlar conductas contrarias a los *mores maiorum* –y transgredidas por el *pater*– fueron por primera vez sacadas a la luz del hermético grupo familiar, no para anularlas desde el punto de vista jurídico, pero sí para sancionarlas en la persona que era única responsable: el *pater*.

En este sentido, consideramos necesario especificar qué comportamientos fueron controlados por el censor, pues de esa manera se puede ir apreciando en qué medida al poder público comienza a interesarle la vida privada familiar y cómo a raíz de ello los poderes del *paterfamilias* comienzan a ser cada vez más controlados. Ahora bien, no contamos con una codificación o listado hecho por los censores en torno a estos comportamientos, sólo la abundancia de fuentes literarias ha permitido a la doctrina romanística realizar una recopilación de ellos⁷⁷. Por nuestra parte, vamos a hacer referencia sólo de aquellos *mores maiorum* que afectaron al ciudadano *sui iuris* o *paterfamilias* en el ámbito familiar, esto es, en el ejercicio de su *potestas* o en sus relaciones con los miembros de su grupo; sin olvidar que sólo son algunos de los ejemplos o supuestos que pudieron darse o que fueron más frecuentes. En concreto, contamos con un texto de Dionisio de Halicarnaso, *Ant. rom.*, XX,13,3 donde nos ilustra de forma muy clara en torno a la actividad del censor en orden a las conductas que controlaban:

⁷⁷ Cfr. MOMMSEN, T. y MARQUARDT, J., *Méruel*, op. cit., p. 54 ss.; CASTELLO, C., *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano*, Milano (1942-XX), p., 86 ss.

"En cambio, los romanos, abriendo todas las casas y extendiendo el poder de los censores incluso hasta el dormitorio, convirtieron este cargo en inspector y guardián de todo lo que ocurría en las casas, creyendo que ni un dueño debía ser cruel en los castigos a sus criados, ni un padre más duro o blando de lo normal en la educación de sus hijos, ni un marido injusto en la relación con su esposa, ni los hijos desobedientes para con sus ancianos padres, ni los propios hermanos debían aspirar a más de lo que les correspondía equitativamente, ni debía haber banquetes y borracheras que duraran toda la noche, ni libertinaje y corrupción entre jóvenes camaradas, ni debían descuidar los ritos ancestrales de sacrificios o funerales, ni hacer ninguna otra cosa en contra de la conveniencia o utilidad de la ciudad."

Como se puede ver, es todo un conjunto de conductas de las que se hacen eco otras fuentes como son, entre otros, Tito Livio, Aulo Gelio, Valerio Máximo, Cicerón⁷⁸.

De manera que, una actitud arbitraria o contraria a dichos *boni mores*, hacia al *pater* merecedor de una nota censoria⁷⁹ consistente en una inscripción (*subscriptio*) de los hechos reprobados o bien una simple opinión censoria, que venía anotada junto al nombre del ciudadano culpable, cuyo efecto inmediato era la *ignominia*, es decir, la privación del buen nombre⁸⁰. Ello implicaba una importante repulsa social y el ser sancionado de distintas maneras, algunas de ellas podían ser las siguientes:

1. Cambiando de tribu a un ciudadano (*tribu movere*) de inferior categoría. Siendo las tribus rústicas las que contaban con un mayor prestigio que las urbanas, ya que a las primeras pertenecían los propietarios de fundos y, en consecuencia, los considerados más potentes económica y socialmente. Mientras que a las urbanas el censor incluía a los comerciantes, artesanos, libertos, personas que generalmente eran de las capas sociales más humildes⁸¹.

⁷⁸ Vid., para todas las referencias de las fuentes literarias, MOMMSEN, T. y MARQUARDT, J., *Manuel des Antiquités*, op. cit., p. 41 ss.

⁷⁹ Cfr., T. LIVIO, XXIX,42,6: *ut censoris motis e senatu adscriberent notes*; CIC. *Pro Cluentio*, XLII,120: *L. Gellius et Cn. Lentulus, duo censores, clarissimi viri...furti et captarum pecuniarum nomine notaverunt*; VAL. MAX., IV,1,10: *traduc equum, inquit Sacerdos, ac lacri fac censoriam notam*.

⁸⁰ Cfr., PIERI, G., *L'histoire du Cens*, op. cit., p. 113 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., pone especial énfasis en la necesidad de hablar de ignominia censoria en vez de infamia censoria, "Observaciones acerca de las nociones de ignominia e infamia en Derecho romano", Homenaje a Juan Berchmans Valler de Goytisolo, vol. IV, Madrid (1990), p. 313 ss.; CAMACHO DE LOS RÍOS, F., *La infamia en el Derecho Romano*, Alicante (1997), p. 57 ss.

⁸¹ Es generalmente admitido que fue a partir del 304 a.C. y debido a los censores Q. Fabius y P. Decius, cuando se realizó la división de las tribus rústicas y urbanas, otorgándoseles una distinta categoría social. Cfr., TITO LIVIO, IX,46,14; PLINIO, *Nat. Hist.*, XVIII, 13.

2. Privándole del *ius suffragii*. Concretamente, será a partir de la censura de *Appius Claudius* cuando se aprecie que los censores podían inscribir a un ciudadano en las *tabulae caeritum*, esto es, reservadas a aquéllos que eran *sine suffragio* ante la *civitas*⁸².
3. La sanción podía ser también de carácter pecuniario, o lo que llaman las fuentes *aerarium facere*, ya que el *aerarius* era el ciudadano que ocupaba una determinada posición frente al *aerarium*, como consecuencia de tener que pagarle una cierta cantidad de dinero originada, en algunos casos, como resultado de una nota censoria⁸³.
4. Por último, no podemos olvidar que también podían ser excluidos de las listas (*album*) del Senado, dado que a los censores también se les había encomendado la *lectio senatus*, en virtud de la *lex Ovinia* anterior al 312 a.C., juzgando, en consecuencia, quienes eran dignos de incluir en ellas y quienes merecían ser excluidos por motivo de una nota censoria⁸⁴.

Esta ignominia censoria tenía una vigencia limitada a la duración del cargo de los censores que la imponían, pudiendo ser ratificada –si así se veía conveniente– por un nuevo censor e incluirla en el siguiente censo.

Por tanto, es evidente que al menos durante algún tiempo la actividad de este magistrado fue eficaz para salvaguardar el respeto a los *mores maiorum* y, en consecuencia, no se sintió la necesidad de incrementar *leges rogatae* sobre materias que hasta el momento habían sido reguladas en el ámbito familiar por medio de la *potestas del pater*.

En este sentido, un cambio en su actividad se aprecia a partir del siglo III a.C.. Concretamente, un suceso muy significativo fue la iniciativa de los cen-

⁸² TITO LIVIO, XLV,15: *negabat Claudius suffragii lectionem in iussu populi censores cuiquam homini, nedum ordini universo adimere posse. Neque enim, si tribu movere possit, quod sit nihil aliud quam mutare iudere tribum, ideo omnibus quinque et triginta tribus emovere posse, id est civitatem libertatemque arripere; non, ubi censeatur, finire, sed censu excludere.* ("sostenía Claudio que un censor no podía, sin orden del pueblo, quitar el derecho de sufragio ni a un solo hombre y mucho menos a una clase entera. Que el poder atribuido a los censores de separar a un individuo de su tribu, que equivalía a hacerle pasar de una a otra, no le daba el de excluirla de las treinta y cinco; es decir, despojarle del título de ciudadano y de la libertad"). Vid. NICOLET, C., "Appius Claudius et le double Forum de Capoue", *Latomus*, 20 (1961), p. 683 ss.

⁸³ Entre las distintas noticias, destacamos la sanción de la que fue objeto el dictador Mamerco, cuando fue condonado a pagar ocho veces el valor de lo declarado ante el censor, T. LIVIO, IV,24,1. Medidas semejantes fueron tomadas más tarde por Catón el censor para reprimir el lujo, T. LIVIO, XXXIX,44,2. Cfr. FRACCARO, P., "Tribulus ed Aerarii. Una ricerca di diritto pubblico romano", *Opuscula*, 2 (1956), p. 149 ss.

⁸⁴ CICERON, *De legibus*, III,3,7: *Censores morea populi regunt: probum in senatu ne relinquunt...*; T. LIVIO, XLI,27,1: *censores... De senatu novam elegerunt...*; ID., XLII,10,4: *Omnes, quos senatu moverunt...*; ID., XLIII, 15: *Senatum deinde censores iegerunt... septem de senatu electi sunt.* Vid., TORRENT, A., *Derecho público romano*, op. cit., p. 170 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., "Observaciones acerca de las nociones de ignominia e infamia en Derecho romano", op. cit., p. 327.

sores *Marcus Livius Salinator* y *C. Claudius Nero*, cuando en el 204 a.C. durante la Segunda Guerra Púnica, acordaron enviar funcionarios al campo de batalla para que tomaran declaración a los soldados –por la imposibilidad de éstos de presentarse ante el censor– y, en base a tales declaraciones, confeccionar el censo⁸⁶, lo que implicaba en muchos casos una falta de rigor en la veracidad de los datos recopilados y, por otro lado, en no poder controlar sobre dichos ciudadanos la *cura morum*. En consecuencia, y como señala PIERI, todo ello no era más que la dificultad de no saber adaptar la actividad censoria a las nuevas circunstancias históricas determinadas por el fenómeno de la expansión territorial con el consiguiente aumento del núcleo de población⁸⁶. Lo que nos muestra el nuevo modelo de familia que estaba configurándose, exigiendo nuevas soluciones que, desde nuestro punto de vista, consistirían en el aumento de normas escritas al mostrar la costumbre cierta ineficacia.

Por ello, aparecen disposiciones dirigidas a favorecer los lazos cognaticios, limitando la capacidad de disposición del *paterfamilias* sobre el patrimonio del grupo familiar. Así, algunas veces el límite se centra en los destinatarios o beneficiarios de dichos actos de disposición, ya fuesen *inter vivos* o *mortis causa*, como ocurre con la *lex Cincia de donis et muneribus*, del 204 a.C., prohibiendo la realización de ciertas donaciones que excediesen de una determinada medida, salvo que se otorgaran en favor de determinadas personas, entre las que se encontraban aquellas vinculadas hasta el quinto o sexto grado de parentesco, según fuese agnaticio o cognaticio⁸⁷. De igual modo, la *lex Furia testamentaria*, de fecha dudosa pero, probablemente, posterior a la *lex Cincia*, prohibía hacer legados superiores a 1000 ases, salvo –entre otras personas– a parientes cognados entre el sexto y séptimo grado⁸⁸. Y, otras veces, limitando directamente al disponente, como ocurre con la *lex Falcidia de legatis*, del 40 a.C., dirigida al testador limitando su libertad de disposición en la cuantía de los legados, de forma que el heredero testamentario recibiera en todo caso una

⁸⁶ T. LIVIO, XXIX,37,5-6: *Lustrum conditum senius quia per provincias dimiserunt censores ut civium Romanorum in exercitiis quantum ubique esset referretur numerus. Cense cum his ducenta quattuordecim milia hominum. Condidit lustrum C. Claudius Nero.* [Retrasose el censo porque los censores enviaron a provincias a contar con exactitud los ciudadanos romanos que servían en los ejércitos. Comprendidos éstos, resultaron doscientos catorce mil ciudadanos. C. Claudio Nerón cerró el lustrum].

⁸⁷ PIERI, G., *L'Histoire du cens*, op. cit., p. 162.

⁸⁸ Aunque el texto no nos ha llegado, sin embargo sí contamos con amplias referencias en los *Fragmenta Vaticana*, 260-316 y en distintas fuentes literarias. Cfr., entre otras, TLIVIO, *Ab urb. cond.*, XXXIX,4; TACITO, *Ann.*, XI,5; CICERÓN, *De orat.*, II,71. Vid., por todos, ROTONDI, G., *Leges publicae*, op. cit., p. 261 ss.; CASAVOLA, F., *Lex Cincia*, contributo alla storia delle origine della donazione romana, Milano (1960), p. 16 ss.; LOPEZ ROSA, R., *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones inter vivos et uxorem*, Jerez de la Frontera (1977), p. 87 ss.

⁸⁹ Cfr., ROTONDI, G., op. cit., p. 282 y 283; HERRMANN, Cl., *Le rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine*, Latomus vol. LXVIII, Bruxelles-Berchem (1964), p. 80 y 81.

cuarta parte de la herencia (*quarta Falcidia*). Con estas leyes se pretendía poner freno a las posibles liberalidades que el *pater* hiciese en beneficio de determinadas personas y que ello perjudicara los intereses del grupo familiar.

Por otro lado, también la mujer comienza a ser objeto de esta tarea legislativa puesto que, a partir de esta época, comienza a acumular para sí un importante patrimonio que obtenía –en algunos supuestos– al no renunciar a sus derechos hereditarios con motivo del matrimonio, puesto que la *conventio in manum* entró en un proceso de decadencia lo que la hacía más independiente del marido desde el punto de vista patrimonial. Ante esta situación, surgen determinadas leyes que intentan poner freno al progresivo lujo femenino. Así, la *lex Oppia* del 214 a.C. limitó los adornos que podía mostrar en público y, aunque en el 195 a.C. fuese derogada, los intentos de frenar su poder económico no cesaron, como se puede apreciar en la *lex Voconia* del 169 a.C. por la que se prohibían que pudiesen ser herederas de quienes, en calidad de ciudadanos, figuraban inscritos en la primera clase del censo con una fortuna superior a cien mil ases.

Una muestra clara del progresivo intervencionismo del poder público regulando mediante *leges* algunas cuestiones propias del ámbito familiar, son aquellas que regulan el incesto o el estupro. Así, por ejemplo, la *lex Memmia de absentibus*, probablemente del 113 a.C., la *lex Cornelia sumptuaria*, del 81 a.C., que hace referencia a otra del mismo año denominada *lex Cornelia de adulteriis et de pudicitia*, la *lex Cornelia de iniuriis*, contemporánea de la anterior, o bien la *lex Scatinia* o *Scantina*, de fecha muy discutida aunque siempre la sitúan en los últimos siglos de la república⁸⁹, recogían –todas ellas– supuestos de corrupción en los comportamientos de la mujer o del *puer praetextatus*, esto es, muchas de las conductas que con anterioridad controlaron los usos y las costumbres (*mores maiorum*).

Por otro lado, tampoco el *filiusfamilias* no podía quedar aislado en el grupo familiar. Alcanzada la mayoría de edad y prestando sus servicios a la *civitas* como soldado, ésta le otorga a cambio la posibilidad de ocupar cargos públicos, convirtiéndose en muchos casos magistrado y, en definitiva, adquiriendo una *potestas* en la vida pública que, sin embargo, le era negada en la privada e, incluso, enfrentándose a situaciones controvertidas en cuanto a qué *potestas* tenía supremacía. En este sentido, la mayor parte de las fuentes señalan la superioridad del *pater* sobre el *filius* que es magistrado.

⁸⁹ Cfr., por todos, CANTARELLA, E., *Según natura. La bisexualidad en el mundo antiguo*, Madrid (1991), p. 147 ss.

Concretamente, Dionisio de Halicarnaso nos relata (II,26,5):

"Hombres ilustres que estaban frente a los rostra lanzando al senado discursos gratos a los plebeyos, por los que conseguían gran renombre, fueron bajados de la tribuna y arrastrados por sus padres para sufrir el castigo que ellos decidieran. Y mientras eran conducidos por mitad del Foro, ninguno de los presentes tenía capacidad para liberarlos, ni cónsul, ni tribuno, ni siquiera el populacho adulado por ellos, que consideraba todo poder inferior al suyo propio. Omíto decir a cuántos hombres valiosos mataron sus padres por haber llevado a cabo, guiados por su valor y celo, algún hecho noble que ellos no les habían ordenado".

Sin embargo, también es verdad que según vamos avanzando en el tiempo los relatos de las fuentes se muestran más inclinados a destacar que por encima de la *patria potestas* —propia del *ius privatum*— debería darse la *potestas populi* —como materia del *ius publicum*—. Así, Valerio Máximo (II,2,4) nos muestra el suceso de Quinto Fabio Máximo, cónsul en el 213 a.C., y su padre procónsul y lugarteniente de su hijo, llamado también con el mismo nombre pero apodado el "Cunctator", se encontró al hijo a caballo, y en contra de lo exigido por el poder público, el padre no bajó del caballo hasta que su hijo le ordenó a los lictores que le hicieran descender. Después de descender, orgulloso de su hijo le dijo:

Non ego, inquit filii, summum imperium tuum contempsí, sed experiri volui, an scires consulem agere: nec ignoro quid patriae venerationi debeatur: verum publica instituta privata pietate potiora iudico.

("Hijo mío, no he hecho desprecio de tu suprema autoridad, sino que quise experimentar si sabes comportarte como un cónsul; por otra parte, no ignoro el respeto que se debe al propio padre, pero juzgo que las instituciones públicas son más importantes que el respeto privado").

Así las cosas, el intervencionismo estatal se fue haciendo cada vez más intenso, como resultado del profundo cambio social, en general, y de la familia romana, en particular, al configurarse como un grupo más reducido de personas vinculadas ahora principalmente por los lazos de sangre y que, con la llegada del cristianismo, no haría más que consolidarse.

En este sentido, comparto la opinión de Veyne⁹⁰ cuando señala que entre la época de Cicerón y el siglo de los Antoninos tuvo lugar en Roma una metamorfosis moral en el ámbito social y familiar de tal magnitud que el cristianismo

⁹⁰ VEYNE, P., "La famille et l'amour sous le Haut-Empire romain", *Annales E.S.C.*, 33 (1968), p. 36 ss.

encontró el terreno bastante abonado, por la influencia que fue ejerciendo en tiempo atrás la filosofía estoica. La moral cristiana no hizo más que retomar la moral existente en la etapa tardeo-pagana. Por otro lado, en los primeros siglos de la era cristiana, la clase dirigente romana cambió profundamente. Los *paterfamilias*, que durante siglos intentaban entre ellos imponer su supremacía y predominio, se convierten ahora de manera homogénea en fieles defensores del príncipe, esto es, se pasó de una "aristocracia competitiva" a una "aristocracia de servicio".

De esta manera, el *paterfamilias* fue encontrando progresivamente límites en su poder por parte de posteriores emperadores, asumiendo el poder público la regulación de aquellas cuestiones que en tiempo pasado se resolvieron en el ámbito familiar, provocando de manera definitiva que el imperio de las leyes fuera más fuerte que el de los *antiqui mores maiorum*.

En efecto, el *ius exponendi*, como derecho de poder abandonar al hijo recién nacido, se mantenía aún en época de Claudio aunque en una práctica decadente⁹¹, siendo a partir de los emperadores cristianos cuando se inicia la condena de dicha costumbre. En concreto, Constantino dispuso que el hijo abandonado quedara bajo la autoridad de quien lo recogiera, bien como hijo o bien como esclavo⁹². Fue también condenado por Valentiniano, Valente y Graciano⁹³ y Justiniano declarará *sui iuris* e ingenuo al *filius* que sea expuesto⁹⁴.

Sobre el *ius vendendi*, ya desde la ley de las XII Tabas se estableció que si un padre de familia vendía tres veces a su hijo perdía la potestad sobre él⁹⁵. La crisis económica por la que atravesó Roma en el siglo III, llevó a los emperadores a iniciar medidas dirigidas a frenar la práctica de este derecho. Así, a partir de Diocleciano se prohíbe expresamente cualquier tipo de transferencia sobre los hijos⁹⁶. Constantino y posteriormente ratificado por Justiniano, admitió la venta sólo de recién nacidos y para el caso de extrema pobreza e

⁹¹ En este sentido, vid. SUET., *Claud.*, XXVII,1.

⁹² Vid., C.Th., 5,57.

⁹³ C., 6,51,2: *Unusquisque sobolem suam nutriat. Quodsi exponendam putaverit, animadversioni, quae consuetudo est, accipendit.* ("Cada cual alimente su prole. Pero si juzgare que debía exponerla, quedará sujeto a la pena que se halla establecida".).

⁹⁴ Vid., C., 8,52,3.

⁹⁵ Cfr., LEX XII TAB., IV,2b; GAYO, *Inst.*, 1,132; ULP., *Reg.*, 10,1. Un padre no podía vender a un hijo como si fuese un esclavo dentro del territorio romano, pero podía entregarlo *in causa mancipii* a otro *paterfamilias*, lo que suponía una merma importante en la capacidad del *filius*, pues aunque no perdía su status de seguir siendo un hombre libre, si permanecía en una situación análoga a la esclavitud. Por otro lado, mientras estuviese *in mancipio* con otro *pater*, el anterior no podía ejercer la *patria potestas* sobre el *filius*.

⁹⁶ C., 4,43,1: *Liberos a parentibus neque venditionis, neque donationis titulo, neque pignoris iure, aut alio quolibet modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis, in alium transferri posse, manifestum iuris est.* ("Es de evidente derecho, que los hijos no pueden ser transferidos a otro por los padres, ni por título de venta, ni de donación, ni por derecho de prenda, ni de otro cualquier modo, ni so pretexto de ignorarlo el que los recibe".).

indigencia, pero se reservó la facultad del padre u otra persona para poder recuperar la libertad del vendido mediante el pago de un rescate y con la obligación de restituir al comprador los gastos ocasionados en la alimentación de los hijos⁹⁷.

Con respecto al *ius noxae dandi*, esto es, como el derecho del padre de entregar el hijo al perjudicado por un acto ilícito cometido por éste, comienza un proceso de decadencia desde la época clásica cuando se da la posibilidad de que el *filius* pueda defenderse por sí mismo, si el *pater* no lo hubiera hecho⁹⁸. En época postclásica, el régimen de los *pecullos* posibilita que el *filiusfamilias* disponga de su propio patrimonio y, en consecuencia, de hacer frente por sí mismo, de las obligaciones contraídas. Por todo ello, la *noxae deditio* termina por desaparecer en la práctica, aunque será con Justiniano cuando se establezca definitivamente que las acciones derivadas del delito de un *filius* deberán ser siempre dirigidas contra él mismo⁹⁹.

Y en cuanto al *ius vitae et necis*, esto es, el derecho de vida y muerte que el *pater* tenía sobre sus sometidos, Trajano obliga al padre que sometió a su hijo a malos tratos a emanciparlo e, incluso, a no recibir nada del hijo muerto por no haberle mostrado afecto¹⁰⁰. Adriano condenó con la deportación a un padre que castigó a su hijo con particular crueldad¹⁰¹. Constantino castiga como parricida

⁹⁷ C. 4,43,2: *Si quis propter nimiam paupertatem egestatamque victus causa filium suamve sanguinolentis vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente, emtor obtinendi eius servitii habere facultatem. Liceat autem ipsi, qui vendidit, vel qui alienatus est, aut cuiuslibet alii ad ingenuitatem eum propriam repellere, modo si aut pretium offerat, quod potest valere, aut mancipium pro huiusmodi praestet.* ("Si por su extrema pobreza e indigencia hubiere alguien vendido por causa de alimentos un hijo o una hija recién nacidos, siendo válida solamente en este caso la venta, tenga el comprador la facultad de obtener el servicio del mismo. Más sólo lícito al mismo que lo vendió, o al que fue enajenado, o a otro cualquiera, hacer la reclamación para que vuelva a su propia condición de ingenuo, por supuesto, si ofreciera el precio, que puede valer, o entregara otro esclavo en lugar de este").

⁹⁸ PDM., D.9,4,33: *Noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere, sed carere debet eo, quem non defendit, si servus est; quodsi liber est, qui in potestate sit, indistincte ipsi sui defensio danda est.* ("Nadie es obligado contra su voluntad a defender a otro en juicio noxal, pero debe quedar privado de aquel a quien no defiende, si es esclavo; más si es un hombre libre, que este bajo su potestad, indistintamente se le ha de conceder a él mismo su defensa"). JULIAN., D.9,4,34: *quodles enim nemo filiumfamilias ex causa delicti defendit, in eum iudicium datur.* ("Porque siempre que nadie defiende por causa de delito a un hijo de familia, se da acción contra él").

⁹⁹ I., 4,8,7: *Sed veteres quidem haec et in filiusfamilias masculis et feminis admiserunt. Nerva autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim pater, filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut paene per corpus patris magis, quam filius periclitetur, quam in filibus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, quam apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri.* ("Pero los antiguos admitieron ciertamente estos principios aun respecto de los hijos de familia, varones y hembras. Más la moderna cultura de los hombres juzgó con razón que debía rechazarse esta aspereza, y en absoluto se apartó esto del uso común. ¿Pues quién sufriría dar a otro en noxa su hijo, y, sobre todo, su hija, de suerte que, por el abandono de su cuerpo, casi más padeciera el padre que el hijo, oponiéndose con razón a esto, respecto de las hijas, hasta la consideración al pudor? Y por esta razón se estableció, que las acciones noxales tan sólo debían ser ejercitadas contra los esclavos, como quiera que en los antiguos comentaristas de las leyes encontramos dicho muchas veces, que los mismos hijos de familia pueden ser citados a juicio por sus propios delitos").

¹⁰⁰ Vid., SUET., Aug., LXV,2.

al padre que mata al hijo¹⁰² declarando, además, que no le es lícito a los padres quitarles la vida a los hijos, aunque ello fue posible en tiempos pasados¹⁰³. Una constitución de Valentiniano y Valente, en el 365, exige que determinados delitos exceden de la disciplina doméstica y, por tanto, deben ser consignados a la competencia de los jueces¹⁰⁴. Finalmente, Justiniano recoge y asume estas regulaciones declarándose inexistente definitivamente este derecho de que un *pater* tenga el derecho de vida y muerte sobre sus miembros.

2.5 REFLEXIÓN FINAL EN TORNO A LA INTERVENCIÓN DEL PODER PÚBLICO EN EL ÁMBITO DE LA PATRIA POTESTAS

En todos estos casos, fue positivo que el poder público asumiera la regulación de esas cuestiones que, con anterioridad, se disciplinaban en el ámbito privado del grupo familiar; dado que el único interés perseguido era defender jurídicamente a los miembros del grupo familiar ante comportamientos abusivos del *pater*.

Con anterioridad a estas leyes ya hemos visto que nos encontramos con

¹⁰² D. 48,9,5: *Divus Hadrianus fertur, quum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod patris magis, quam patris iure eum interfecit; nam patrie potestas in pietate debet, non atrocitate consistens.* ("Dícese que el Divino Adriano, habiendo uno matado en una cacería a su hijo, que cometa adulterio con su madrastra, lo deportó a una isla, porque lo mató más bien como ladrón que con el derecho de padre; porque la patria potestad debe consistir en la piedad, no en la atrocidad.")

¹⁰³ C. 9,17,1: *Si quis parentis aut filii aut omnino affectionis eius, quae nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit, sive clam sive palam id fuerit emisus, poena parricidii punietur, neque gladio, neque ignibus, neque ulli alii solemnii poenae subijgetur, sed insutus culeo cum cane et galeo gallinaceo et vipera et similia, et inter eas ferarum angustias comprehensus serpentum contubernis misceatur, et ut regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare vel in amnem proiciatur, ut omni elementarum usu vivus carere incipiat, et si coalium superstiti, terra mortuo auferatur.* ("Si alguno hubiere apresurado la muerte de su padre o madre, o de su hijo, o en general de alguien de la afección que se comprende en la denominación de parricidio, ya esto lo hubiere ejecutado clandestinamente, ya en público, será castigado con la pena de parricidio, y no sometido ni a espada, ni a fuego, ni a otra alguna pena solemne, sino que cosido en un saco de cuero con un perro, un gallo, una víbora y una mona, y metido en estas fúnebras estrechuras se halla mezclado en los contubernios de las serpientes, y según lo permitiese la condición de la región, sea echado o al mar vecino o al río, para que en vida comience a carecer de todo uso de los elementos, y sobreviviendo se le prive del cielo, y muerto de la tierra.")

¹⁰⁴ C. 8,47,10: *Libertati a maioribus tantum impensum est, ut patribus, quibus ius vitae in liberos necisque potestas olim erat permissa, anipere libertatem non liceret.* ("Tanto se miró por los antecesores a favor de la libertad, que no les es lícito a los padres, a quienes en otro tiempo se les había permitido sobre los hijos derecho de vida y facultad de muerte, quitarles la libertad.")

¹⁰⁵ C. Th. 9,13,1 = C. 9,15,1: *Impo. Valentinianus et Valens AA. ad senatum. In corrigendis minoribus pro qualitate delicti senioribus propinquis tribuimus potestatem, ut, quos ad vitae decora domesticae laudis exempla non provocant, saltem correctionis medicina compellat. Neque nos in puniendis monum vitia potestatem in inmensum extendi volumus, sed iure patrio auctoritas corrigat propinqui iuventus erratum et privata animadversione comescat. Quod si atrocitas facti ius domesticae emendationis excedit, placeat enormis delicti reos ded' iudicium notori.* ("A los parientes más ancianos les concedemos facultad para corregir a los menores con arreglo a la calidad de su delito, a fin de que a aquellos a quienes no incitan al decoro de la vida los ejemplos de alabanza doméstica, los compels al menos el remedio de la corrección. Más no queremos nosotros que se extienda desmesuradamente la facultad del castigar los vicios de las costumbres, sino que con derecho de padre corrija la autoridad el yerro del pariente joven, y lo refrene con corrección privada. Pero si la atrocidad del hecho excede al derecho de corrección doméstica, parece bien que los reos de un delito enorme sean sometidos al conocimiento de los jueces.")

un período, de casi ocho siglos, en el que la familia –por medio de la *patria potestas* ejercida por el *paterfamilias*– es la sede suficiente para el desenvolvimiento y resolución de cuantos conflictos surgiesen en el ámbito del Derecho privado.

Así, la actividad desempeñada por el *consillum domesticum*, asesorando al *paterfamilias*, o bien la función del censor que, mediante la nota censoria, custodiaba que los *mores maiorum* fuesen respetados en los distintos grupos familiares –tal y como hemos analizado anteriormente–, contribuyeron en gran medida para que la familia fuese un organismo eminentemente privado, autónomo y no necesariamente injusto, esto es, en donde se ejercieran por parte del *paterfamilias* abusos indiscriminados con los miembros sometidos a su *potestas*.

De ahí que, por ejemplo, a los esclavos hasta el siglo III a.C. con la *lex Aquilia de damno dato*, no se les negara su personalidad natural y humana, esto es, los esclavos no tenían todavía la categoría de cosa (*res*). Por ello, en el régimen de la *lex XII Tabularum* (s. V a.C.), las lesiones inferidas al esclavo son consideradas como corporales y no como daño causado en las cosas, y sólo por razón de la medida de la pena se distinguen de las causadas al hombre libre.

Con referencia a la mujer, también se apreció la influencia benéfica sobre ella, el hecho de que el *pater* tuviera ese respeto a los *mores*. Concretamente, a título de ejemplo, aunque el divorcio existió siempre y la dote se considerase como bienes entregados en propiedad al marido, el número de disoluciones matrimoniales por repudios fue muy escaso en los primeros siglos de la Historia de Roma. En todo caso, cuando se producían, lo usual era que el repudio se produjera por una causa de las consideradas justas y que el marido devolviera la dote a la mujer o a quien se la entregó en su nombre. Era algo asumido por las costumbres y que nadie osaba infringir. Será, precisamente, con la decadencia de las costumbres cuando se sienta la necesidad de proteger a la mujer frente a actos caprichosos, abusivos e injustos de los maridos o de los *paterfamilias* de éstos que no obligaban a sus *filius* a respetar los *mores maiorum*. Así, en torno al siglo III a.C., aparecerá la *actio rei uxoriae* para asegurarle a la mujer que siempre tendría derecho a la restitución de la dote cuando se produjera la disolución matrimonial¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Con anterioridad, sólo se podía exigir la devolución de la dote cuando en el momento de constituirse se había pactado su restitución en caso de disolución matrimonial. Para ello, la única acción existente era la *actio ex stipulatu*.

Por ello, y aunque se produjeran excepciones, podemos considerar que el respeto a esos valores éticos, religiosos o morales (*mores maiorum*) hizo que el intervencionismo del poder público fuera en un principio muy escaso.

Concretamente, a partir del siglo III a.C. se aprecia un pequeño aumento de *leges rogatae* regulando materias que hasta el momento se desarrollaron en el ámbito familiar por la *patria potestas* ejercida por el *pater*. Todo ello, en definitiva, nos estaba mostrando un nuevo modelo de familia que exigía nuevas soluciones y que, desde nuestro punto de vista, consistirían en el incremento de normas escritas al comenzar a mostrar la costumbre cierta ineficacia o a inspirar falta de respeto por parte de los *paterfamilias*.

Así, vimos cómo aparecen disposiciones dirigidas a favorecer los lazos cognaticios o de sangre dentro del grupo familiar, limitando la capacidad de disposición del *paterfamilias* sobre el patrimonio familiar, con el fin de poner freno a las posibles liberalidades que el *pater* hiciese en beneficio de determinadas personas en perjuicio del interés de la familia. Otras veces, el intervencionismo legislativo se apreció sobre la mujer cuando ésta comenzó, ante la pasividad o tolerancia del *paterfamilias*, a mostrar una falta de respeto a las antiguas costumbres y tradiciones. Y, otras veces, se disciplinaron comportamientos como el incesto o el estupro. Por consiguiente, ante la falta de efectividad del *paterfamilias* y, especialmente, por el perjuicio que se podía hacer a las personas que estaban sometidas a su *patria potestas*, la intervención del poder público fue positiva.

Sin embargo, el problema surge cuando la crisis se traslada a la clase política y su poder, en vez de dirigirlo en velar por el bienestar social, se conduce hacia logros personales. En este sentido, las fuentes literarias son abundantes informándonos de la situación acaecida, especialmente en el último siglo de la República, cuando se suceden entre los políticos del momento una lucha inusitada, caprichosa y a veces violenta, por acaparar la atención necesaria que legitimara la ocupación –de manera irregular– de determinados cargos con los que, sus protagonistas, justificaran el ejercicio de poderes extraordinarios¹⁰⁶.

Todo ello –claro está– se dejaría sentir en la conciencia de la población, al poner en plena conexión ese deterioro político con el de la propia moral y cos-

¹⁰⁶ La dictadura de Silla (82-79 a.C.), la ejercida por Julio César (49-44 a.C.), el consulado sin colega de Pompeyo en el 52, los poderes extraordinarios de los *tresviri reipublicae constituendae* conferidos a Lépido, Marco Antonio y Octavio por cinco años y renovados por otros cinco en virtud de la *lex Tilia* del 43, son algunos de los ejemplos en donde se aprecia la falta de respeto al significado de las magistraturas y, en consecuencia, atentando muy directamente contra los pilares del sistema republicano.

tumbres que hemos ya mencionado. De ahí que, cuando accede Octavio al poder aproveche este clima socio-político para justificar la tarea legislativa que iba a emprender –mediante la *lex Iulia et Papia Poppaea*– en la que, de manera muy directa, regularía materias de Derecho de familia y sucesorio y, en definitiva, autoproclamándose en el custodio directo de los *mores maiorum*.

El resultado de ello nos mostraría que las verdaderas intenciones de Octavio no eran la de proteger a los miembros de la familia frente a un mal ejercicio de la *patria potestas*, sino la de servirse de la familia para conseguir sus fines políticos: incremento de la natalidad, realzar los valores de la cultura romana frente a las extrañas influencias de otras extranjeras y, lo más importante, que los *paterfamilias* tomaran más conciencia de ser servidores del Príncipe que jefes supremos de sus propios grupos familiares.

De esa forma, se hace una exhaustiva regulación de las prohibiciones o impedimentos matrimoniales pero con el fin de evitar la mezcla de la alta clase social con la de baja condición, v.gr., se prohíbe el matrimonio de senadores y sus descendientes con libertas, artistas o hijas de artistas.

Para favorecer el incremento de la natalidad, se obliga a que los hombres –entre 20 y 60 años– y a las mujeres –entre 20 y 50– contraigan matrimonio, sin que el divorcio o la viudedad sean razones suficientes para eludir esta disposición normativa. Así, disuelto el matrimonio por divorcio, el marido debe casarse inmediatamente, mientras que la mujer divorciada o viuda puede hacerlo en un plazo entre dieciocho meses y de dos años, según la *lex Papia Poppaea*. Quien incumpla tales medidas serían sancionados con la *incapacitas* sucesoria.

Por el contrario y en favor de quienes cumplen con tales prescripciones se otorgan beneficios de varia índole: se exime de los *munera* a quienes tengan tres hijos en Roma, o cuatro en Italia, o cinco en las provincias; se puede ocupar un cargo público antes de la edad prescrita para el desempeño del mismo, descontándose un número de años igual al hijos. Por otro lado, la mujer se verá beneficiada –al menos aparentemente– pues, ahora, tiene la oportunidad de quedar libre de tutela (*sui iuris*) mediante la concesión del *ius liberorum*, es decir, siempre y cuando la mujer tenga tres hijos si es ingenua y, si es liberta, cuatro. Sin embargo, esa posible emancipación femenina nunca se equipararía a la del varón y, por otro lado, lo que sí fomentó fue la división de las mujeres en distintas clases sociales y, por supuesto, con distinto trato jurídico, como hemos visto entre ingenuas y libertas.

Por tanto, este tipo de intervencionismo del poder público que velaba más por los intereses políticos del momento que por la propia familia y sus miembros no contaría con una fuerte permanencia en el futuro. De hecho, el sistema de penas implantado por estas leyes augusteas quedarían sin efecto con el emperador Constantino y sus sucesores.

Por otro lado, el cristianismo sí mejoró en parte esta situación al introducir nuevos valores entre los hombres, como son los principios de igualdad, libertad, fidelidad, benevolencia, humanidad..., del que en cierta medida se beneficiaron los *filiusfamilias*, los esclavos y las mujeres, al menos por razones de clase y ante posibles situaciones de indefensión por un ejercicio abusivo de la *patria potestas* paterna, tal y como tuvimos ocasión de analizar. Pero –también es verdad– que, con todo lo acontecido, la familia no resolvió otros muchos problemas, como fueron los generados por desigualdades de tipo religioso. En definitiva, superados algunos problemas, aparecen otros. Lo que nos demuestra que en Roma, como hoy, la familia fue un organismo vivo y en constante evolución, en consonancia con la realidad social y política de cada momento histórico.

3. LAS DIFICULTADES PARA DESTRUIR LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD DEL MARIDO¹

MILAGROS GARCÍA PASTOR

Profesora de Derecho Civil
Universidad de Granada

3.1 INTRODUCCIÓN: EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Comparecen ante el encargado del Registro civil cuatro personas mayores de edad: una mujer, su hijo o hija, el que era su marido en el momento del parto y un hombre distinto. Durante toda la vida del hijo éste ha vivido como hijo de su madre y del hombre que no era su marido, así ha sido considerado por ellos, y por el resto de las personas con las que se ha relacionado (amigos, vecinos, compañeros de colegio y de trabajo, etc.), y no ha mantenido nunca ninguna relación con el que era marido de su madre. Los cuatro implicados declaran ante el encargado del Registro civil que el hijo o hija lo es, no del marido, sino del otro hombre. El encargado del Registro civil, absolutamente inmune a cualquiera de las circunstancias señaladas, inscribe al hijo como hijo de su madre y del que en el momento del parto era su marido. Los interesados recurren y la Dirección General de los Registros y del Notariado responde confirmando la decisión del encargado del Registro civil.

Esta situación, que a cualquiera ajeno al mundo del Derecho le resultaría grotesca, es sin embargo corroborada por una larga lista de resoluciones de la

¹ Teniendo en cuenta que la publicación de este trabajo se realizará en un medio destinado a un público no necesariamente compuesto de especialistas en Derecho civil he considerado oportuno estructurarlo de tal manera que permita una doble lectura: el texto recoge el tratamiento del problema objeto de estudio, mientras que determinadas puntualizaciones que sólo interesarán a los especialistas han sido recogidas en notas a pie de página a fin de no entorpecer la lectura de los restantes lectores. Esto explica la excesiva longitud de algunas de las notas.

DGRN y apoyada en cierta medida por la actual redacción del Reglamento del Registro Civil, fruto de la reforma de 29 de agosto de 1986. Soluciones como ésta, basadas en el puro conceptualismo (al que, en mi opinión, en este caso viene a sumarse un error), y olvidadizas de que el Derecho tiene como primera misión solucionar de modo razonable los problemas que se plantean a las personas, son soluciones como ésta, decía, las que provocan esa imagen de los juristas que tan bien transmiten los hermanos Marx: «la parte contratante de la primera parte ...».

Por ello, si queremos alejarnos de esta imagen creo que debemos plantearnos qué falla para que la aplicación del Derecho lleve a una solución tan absolutamente alejada de la realidad. Y en un momento en que alguna de las bases tradicionales de la filiación empieza a hacer aguas —una reciente sentencia del Tribunal Supremo² ha echado por tierra el sistema de maternidad anónima, conocido popularmente como el “torno” de los hospicios, tan anclado en nuestra tradición social y jurídica—, ha llegado quizás la hora de replantearnos los contornos de otra de las figuras clásicas en materia de filiación: la presunción de paternidad del marido de la madre.

3.2 EL MARCO NORMATIVO EN QUE SE DESENVUELVE

La presunción de paternidad del marido de la madre, también conocida como presunción *pater is est* o *pater is est quem nuptiae demonstrant*, es aquella regla de Derecho, presente en casi todos los ordenamientos jurídicos de nuestra tradición, que considera hijos del marido los habidos por mujer casada. En nuestro actual Derecho esta presunción viene recogida en el art. 116 del Código civil con la siguiente redacción:

«Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges», redacción dada por la Ley de 13 de mayo de 1981, Ley que reformó profundamente la regulación de la filiación en nuestro Derecho.

En esta regulación el Código civil se limita a calificar de presunción el

² STS 21 septiembre 1999 (RA.6944).

carácter matrimonial de los hijos nacidos de madre casada³, sin añadir nada más en relación a su funcionamiento. Esta regulación específica debe sin embargo completarse con el art. 1251, que con carácter general señala:

«Las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba».

Sobre esta regulación del Código se ha construido la interpretación de la Dirección General de los Registros y del Notariado, interpretación que ha establecido que la presunción sólo puede ser desvirtuada en el marco judicial, a través del ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, pero nunca en el marco del Registro civil⁴. Esta interpretación puede hoy considerarse en parte sustentada por el art. 185 del RRC que, después de la reforma de 29 de agosto de 1986, dice:

«Sólo se podrá inscribir, en virtud de declaración formulada dentro del plazo, la filiación no matrimonial de hijo de casada, así como el reconocimiento de la filiación paterna de progenitor distinto del marido si se comprueba antes de la inscripción que no rige la presunción legal de paternidad de éste».

³ Existe discusión doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la regla que establece la paternidad del marido: pese a que se ha designado siempre con el nombre de presunción, surgen dudas acerca de su verdadera naturaleza jurídica. RIVERO (La presunción de paternidad legítima, 1971, pp. 288 y ss.) recoge exhaustivamente las múltiples teorías existentes al respecto, inclinándose a favor de una consideración mixta de la presunción de paternidad, como regla de Derecho material y al mismo tiempo como presunción legal: regla de Derecho material (siguiendo a CARRERAS, "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones", RJC 1962, p. 533) en cuanto produce efectos jurídicos por sí misma fuera del proceso, sin intervención jurisdiccional («todos los hijos concebidos o nacidos en matrimonio son legítimos, en principio, sin necesidad de que esa regla sea invocada ante los Tribunales»), y presunción legal porque (vuelve a seguir a CARRERAS, pp. 524-525) es un juicio de probabilidad de unos hechos, verificado por el legislador, como instrumento de fijación del supuesto de hecho de una norma, tomando como base un hecho distinto, fijado de modo formal como acaecido históricamente.

Considero correcta esta postura, más hoy en día que en el momento en que RIVERO la formuló, pues entonces algunas de las afirmaciones realizadas por este autor resultaban al menos dudosas al contrastarlas con el Derecho positivo entonces vigente. Así, mientras RIVERO (p. 338) sostenía que no se trataba de una presunción *iuris et de iure* pues la prueba contraria del hecho presunto estaba admitida, el Código civil preveía al respecto:

Art. 108-2º, párr.: «Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo». Art. 100: «El hijo se presumirá legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad o hubiese sido condenada como adúltera».

Es cierto que existía la posibilidad de destruir la legitimidad, pero tan limitada que cabe dudar de que realmente se pudiese hablar de una presunción que admite prueba en contrario, es decir, de una presunción que admite que sea demostrado que lo presumido es falso.

Por ello, siguiendo a RIVERO (p. 316) cuando afirma que la naturaleza jurídica de la presunción de paternidad del marido es una cuestión impregnada de relativismo, que depende notablemente de cómo aparezca regulada en un determinado sistema legal, considero que tras la reforma de 1981, cuando el Código no limita ya las posibilidades de demostrar que la paternidad del marido es falsa (arts. 127, 136 y 137), sí puede sostenerse que la presunción no es una regla *iuris et de iure*.

Concluyendo, podemos decir que la presunción de paternidad debe ser considerada una regla de Derecho material, en cuanto produce efectos jurídicos fuera del proceso, pero también es propiamente una presunción legal, es decir, la afirmación por el legislador de una realidad presumida en virtud de un juicio de probabilidad, que puede ser destruida mediante prueba en contrario. Desde este punto de vista analizaremos aquí el problema planteado.

⁴ Postura aplaudida por la doctrina: RIVERO, "Comentario a la RDGRN de 25 de noviembre de 1987", CCJC 1988, p. 55; VERDEIRA, más adelante citado, p. 370.

Esta interpretación realizada por la DGRN es la que lleva a veces a los resultados grotescos ya vistos, como inscribir como hijo o hija matrimonial de una mujer y del que era su marido en el momento del nacimiento a quien durante 10, 20 ó 30 años ha vivido como hijo no matrimonial de esa mujer y de varón distinto⁵. Es lógico, pues, que ante situaciones como ésta nos preguntemos qué sentido tiene una regla de Derecho que obliga a que conste en el Registro civil una filiación que a ojos de todos es radicalmente falsa, cuando, además, el Registro civil está llamado a ser fiel reflejo de la realidad extra-registral, como establece el art. 26 de la Ley del Registro Civil.

Por ello creo llegado el momento de replantearnos si realmente la regulación establecida por el Código obliga a entender de esta forma el juego de la presunción de paternidad del marido de la madre, o sí, por el contrario, la dicción del art. 116, que utiliza la palabra presunción, unida al art. 1251, que considera que las presunciones legales pueden destruirse mediante prueba en contrario, permitirían otras interpretaciones, y, en particular, la desvirtuación de la presunción en el ámbito registral.

Para ello empezaremos por explicar con detenimiento cuál es el funcionamiento general de la presunción de paternidad (3), cuál es en la práctica del Registro civil la aplicación que de esta normativa se hace (4), y los argumentos que la fundan (5 y ss.), para en un segundo momento proponer una interpretación distinta (12) que, por supuesto fundada en argumentos jurídicos (13), permita acercar la aplicación del Derecho a la realidad, evitando que el propio Derecho cree conflictos allá dónde no existen en la realidad.

3.3 EL FUNCIONAMIENTO GENERAL DE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

La presunción de paternidad del marido es una regla de Derecho⁶ que permite determinar con facilidad la filiación paterna de los hijos nacidos de mujer casada: el simple nacimiento de una mujer casada convierte automáticamente a sus hijos en hijos de su marido, sin que sea necesario aportar para ello prueba alguna. Es indudable que esta regla facilita la determinación de la filiación en la

⁵ Puedan verse casos tan extremos como éste en las RRDGRN de 5 marzo 1988 (RA, 3021), 26 junio 1992 (RA, 6946) y 7 noviembre 1994 (RA, 1346), entre otras.

⁶ Regla de Derecho material, como ya hemos visto anteriormente (nota 2).

mayoría de los casos, sin que sea necesario acudir a ningún tipo de prueba complementaria, prueba de la paternidad del marido que en el pasado habría sido muy difícil –por la imposibilidad de comprobar fehacientemente quién era el padre de una persona–, y que, aun hoy, resultaría engorroso tener que realizar en todos los casos. Partiendo de ello, y de la realidad sociológica de que en la mayor parte de los casos los hijos nacidos de mujer casada son hijos de su marido, es cierto que la presunción de paternidad cumple un papel jurídico y social absolutamente conveniente.

Además, la reforma introducida por la Ley de 13 de mayo de 1981, que dio una nueva redacción a la presunción, cumplió, como en general ocurre con esta ley, un papel de acercamiento de la regla de Derecho a la realidad que debía regular, ampliando por un lado, y reduciendo por otro, el ámbito temporal de aplicación de dicha presunción. Así, el actual art. 116 presume hijos del marido a todos los nacidos después de contraído el matrimonio, incluyendo de esta forma a los que fueron concebidos antes del mismo, por considerar que por regla general son efectivamente hijos del marido (aunque permite en ciertas circunstancias que éste destruya dicha presunción mediante una simple declaración). Por otro lado el actual art. 116 hace desaparecer la presunción de paternidad del marido cuando cesa la convivencia entre los cónyuges, aunque se trate de una simple separación de hecho, por considerar que si no hay convivencia entre los cónyuges es improbable que los hijos habidos por la mujer sean hijos de su marido. Por lo tanto, podemos afirmar que el ámbito que la Ley de 13 de mayo de 1981 dio a la presunción de paternidad es una manifestación más de la intención manifestada por el legislador ordinario en la Exposición de Motivos del Proyecto de ley de acercar las reglas de la filiación a la realidad social y biológica, tomando como uno de los principios inspiradores de esta regulación el principio de verdad biológica, en atención a las exigencias impuestas por la propia Constitución⁷.

Por lo tanto, podemos resumir diciendo que según la redacción actual de la presunción de paternidad del marido en el Código civil (art.116) se presumen hijos del marido los nacidos desde el momento en que se contrajo matrimonio hasta 300 días después de que haya cesado la convivencia, siendo indiferente que el cese de la convivencia se haya producido de derecho (por la disolución

⁷ RIVERO destaca en sus numerosos trabajos sobre filiación el papel determinante que el principio de verdad biológica tiene en la regulación de 1981 (en Lacruz y otros, *Elementos de Derecho civil. Derecho de familia*, 1997, p. 424; "La tensión formalismo-realismo en los procesos de filiación", *Podar Judicial*, 1989, p. 112; en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, I, 1993, p. 437). En el mismo sentido VERDERA (más adelante citado, p.15), habla del «sesgo biológico que la paternidad presenta actualmente en nuestro Derecho».

del matrimonio o la separación judicial) o de hecho. Y dicho en sentido negativo, esto significa que si el hijo nace fuera del ámbito temporal así señalado queda fuera del marco de aplicación de la presunción, es decir, no rige la presunción, y por lo tanto la filiación paterna habrá de ser determinada según las reglas generales⁸.

Es cierto que, tal como hemos señalado anteriormente, la aplicación de la presunción de paternidad en este margen temporal tiene en general muchas ventajas, pero el problema surge en aquellos casos en que, pese a nacer el hijo antes de que transcurran los 300 días mencionados, y por lo tanto dentro del ámbito temporal de la presunción, la filiación presumida en base a esa regla es falsa, es decir, en aquellos casos en que el hijo nacido de mujer casada no es hijo del marido. Es en estos casos en los que la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado plantea problemas, tal como expondremos a continuación.

3.4 LA APLICACIÓN POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN LOS CASOS DUDOSOS

En efecto, la DGRN –hoy con cierto apoyo en el art. 185 del RRC, fruto de la reforma de 29 de agosto de 1986– considera que cuando rige la presunción de paternidad, es decir, cuando el nacimiento se produce sin que hayan transcurrido 300 días desde el cese de la convivencia entre los cónyuges, ha de inscribirse necesariamente al hijo como hijo matrimonial de su madre y del que era marido de ésta en el momento de la concepción, no pudiéndose destruir la presunción de paternidad en el ámbito registral. Son numerosísimas las resoluciones en que se plasma esta doctrina⁹, que se mantiene por la DGRN sean cuáles sean las circunstancias que rodean el caso.

⁸ Así lo establece la DGRN en numerosas resoluciones: 4 febrero 1988 (RA. 1213); 13 abril 1988 (RA. 3455); 3 abril 1990 (RA. 3573); 22 mayo 1991 (RA. 4077); 28 octubre 1991 (RA. 8790); 26 noviembre 1991 (RA. 9679); 20 diciembre 1991 (RA. 1495); 31 diciembre 1992 (RA. 10827); 7 noviembre 1994 (RA. 1347); 23 octubre 1995 (RA. 9569); 29 mayo 1996 (4987); 3 marzo 1997 (AC 1998-3, R. 253); 2 febrero 1998 (AC 1998-1, R. 70).

⁹ RR. 5 marzo 1996 (RA. 3021); 13 mayo 1987 (RA. 3923); 8 junio 1988 (RA. 5361); 18 septiembre 1988 (RA. 7157); 17 octubre 1988 (RA. 7994); 10 marzo 1989 (RA. 2467); 13 noviembre 1989 (RA. 8298); 14 noviembre 1989 (RA. 9132); 8 enero 1990 (RA. 372); 16 marzo 1990 (RA. 2873); 5 junio 1990 (RA. 6651); 30 agosto 1990 (RA. 7335); 19 diciembre 1990 (RA. 10490); 2 agosto 1991 (RA. 8304); 27 agosto 1991 (RA. 8888); 22 mayo 1992 (RA. 6254); 26 junio 1992 (RA. 5948); 1 febrero 1993 (RA. 1312); 11 mayo 1993 (RA. 3923); 17 junio 1993 (RA. 5348); 16 septiembre 1993 (RA. 6785); 26 mayo 1994 (RA. 5895); 7 noviembre 1994 (RA. 1346); 19 enero 1995 (RA. 1604); 22 junio 1995 (RA. 6148); 30 noviembre 1995 (RA. 1400/1996); 11 diciembre 1995 (RA. 1598/1996); 10 febrero 1996 (RA. 3409); 20 septiembre 1996 (RA. 714/1997); 26 septiembre 1996 (RA. 1434/1997); 7 octubre 1996 (RA. 2143/1997); 18 octubre 1996 (RA. 3570/1997); 26 octubre 1996 (RA. 4489/1997); 19 febrero 1997 (AC 1998-3, R. 232); 27 marzo 1998 (AC 1998-2, R. 210); 7 mayo 1998 (Compuley); 7 mayo 1999 (AC 1999-3, R. 347); 8 junio 1999 (AC 1999-3, R. 403).

Así en la R. 14 noviembre 1989 (RA.9132), y en otras varias¹⁰, a pesar de la conformidad de ambos cónyuges con que el hijo no era matrimonial, la DGRN acordó su inscripción como tal, reservando a los cónyuges la acción de impugnación ante los tribunales para destruir dicha filiación si la consideraban incorrecta. También es ésta la solución ofrecida por la DGRN en aquellos casos en que no sólo la madre y su marido declaran contra la matrimonialidad del hijo, sino que, además, otro varón reconoce ser el padre del mismo¹¹. Aun más extremo era el caso resuelto en el mismo sentido por la R. 13 noviembre 1989 (RA.8298), en el que la no matrimonialidad del hijo era afirmada por la madre, su marido, el que se postulaba como verdadero padre del hijo, pero, además, el propio hijo, ya mayor de edad, comparecía dando su consentimiento al establecimiento de dicha filiación. A pesar de ello la DGRN estimó necesario inscribir la filiación como matrimonial, y, por lo tanto, como padre al que era marido de la madre 20 años antes, en el momento del nacimiento del hijo. Y la misma solución se repite en el caso resuelto por la R. 7 noviembre 1994 (RA.1346), en el que a las declaraciones de todos los implicados, incluido el hijo mayor de edad, viene a sumarse la comprobada posesión de estado como hijo matrimonial. A pesar de ello, a pesar de que durante 20 años el hijo ha vivido y ha sido conocido por todos, como hijo de dos personas determinadas, la DGRN considera que el Derecho vigente obliga a que conste en el Registro civil que es hijo de su madre y del que en el pasado era su marido, persona con la que el hijo nunca ha mantenido ningún trato. Otro caso igualmente llamativo, es el resuelto por la R. 5 marzo 1986 (RA.3021), en el que no sólo la filiación no matrimonial materna y paterna había sido declarada desde el mismo nacimiento por los padres y aceptada por el marido de la madre, y existía una constante posesión de estado que refrendaba dicha filiación (el hijo tenía ya 11 años), sino que además dicha filiación constaba pacíficamente inscrita en el Registro civil francés (la madre era francesa). También aquí la DGRN considera que esta filiación no puede tener acceso al Registro civil español pues, rigiendo la presunción de paternidad, es decir, no hallándose los cónyuges separados desde más de 300 días en el momento del nacimiento, ninguna circunstancia, ninguna prueba puede destruir la presunción en el ámbito registral, quedando tal prueba reservada para el ámbito judicial¹².

¹⁰ RR. 19 diciembre 1990 (RA. 10490); 1 febrero 1993 (RA. 1312); 22 junio 1986 (RA. 6148); 30 noviembre 1986 (RA.1400/1986); 10 febrero 1996 (RA. 3409).

¹¹ RR. 17 octubre 1988 (RA. 7994); 28 junio 1992 (RA. 5946); 11 mayo 1993 (RA. 3623); 19 febrero 1997 (AC 1998-3, R. 232).

¹² Puede encontrarse un análisis exhaustivo de las resoluciones de la DGRN hasta 1993 en POZO VILCHES, *El reconocimiento de hijo no matrimonial de mujer casada*, 1993.

3.5 LOS ARGUMENTOS QUE FUNDAN DICHA INTERPRETACIÓN

Esta posición de la DGRN, iniciada con la R. 5 marzo 1986 (RA.3021)¹³, y mantenida por las numerosas resoluciones que sobre este tema se han dictado en los últimos 15 años, está sustentada por diversos argumentos, que a continuación analizaremos.

3.5.1 El carácter de título de acreditación que el art. 113 confiere a la presunción

En primer lugar considera la DGRN que es determinante de esta doctrina en materia de inscripción de la filiación de hijo de mujer casada la reforma que de la regulación de la filiación en su conjunto realizó la Ley de 13 de mayo de 1981 –a pesar de que inicialmente la Circular de 2 de junio de 1981 consideró que no había variación respecto del sistema anterior–, y, en particular, la regulación que de la acreditación de la filiación recoge el art. 113¹⁴. Establece este artículo:

«La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria».

Entiende la DGRN que en virtud de este artículo la presunción de paternidad matrimonial es por sí sola título bastante para acreditar la filiación matrimonial del hijo de mujer casada. Y, puesto que la presunción se basa en circunstancias existentes en el momento mismo del nacimiento, considera que desde ese mismo instante queda acreditada dicha filiación. Como consecuencia

¹³ Aunque la propia DGRN cita siempre la R. 13 marzo 1987 (RA. 3923) como iniciadora de esta doctrina.

¹⁴ Para un estudio detallado de esta cuestión puede verse VERDERA SERVER, *Determinación y acreditación de la filiación*: En especial, el establecimiento jurídico de la paternidad del marido de la madre, 1993. Son igualmente interesantes los comentarios al Código civil de RIVERO (ya citado); DE LA CÁMARA, en AA.VV. (dirigidos por Albeladejo), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, III-1^o, 1994; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en AA.VV. (coordinados por Bercovitz), *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, I, Madrid, 1984, pp. 861-877.

de ello cualquier otro título de acreditación de una filiación distinta, necesariamente posterior en el tiempo (el reconocimiento por la madre, o también por el padre, de una filiación no matrimonial; o la posesión de estado de dicha filiación no matrimonial), carecerá de eficacia para determinar válidamente otra filiación, por aplicación del segundo párrafo del art. 113, en virtud del cual la previa acreditación de una filiación impide cualquier determinación posterior que contradiga aquélla¹⁵.

Son múltiples las resoluciones que sostienen este argumento¹⁶, prácticamente todas las que resuelven contra la inscripción de la filiación no matrimonial del hijo de mujer casada en los casos en que rige la presunción de paternidad, aunque entre ellas pueden destacarse las de 5 marzo 1986 (RA.3021) y 13 mayo 1987 (RA.3923), por ser las iniciadoras de esta doctrina de la DGRN y unas de las más explícitas¹⁷.

Olvida sin embargo la DGRN al sostener este argumento que para que la presunción de paternidad del marido funcione como título de acreditación de

¹⁵ En el mismo sentido VERDERA (pp. 71 y ss.).

¹⁶ A pesar de ello, en algunos casos consta inscrita la filiación no matrimonial del hijo de mujer casada, aun rigiendo la presunción de paternidad en el caso.

Esto ocurre en los casos en que se insta en la inscripción de la filiación como no matrimonial, sin que conste que la madre es casada, y sin que, por lo tanto, el encargado del Registro tenga la oportunidad de investigar si rige la presunción de paternidad. Una vez inscrita dicha filiación no matrimonial, cuando en una actuación posterior el encargado del Registro tiene noticia de que la madre era casada y comprueba que regía la presunción en el momento del nacimiento no puede proceder a la rectificación automática del asiento porque la DGRN considera que la normativa relativa a rectificación de asientos no lo permite, remitiendo para ello a la vía de la impugnación o de la reclamación judicial. Así puede verse en las RR. 7 enero 1987 (RA. 2255), 26 mayo 1987 (RA. 3630), 22 enero 1984 (RA. 519), 10 junio 1984 (RA. 6040), 18 mayo 1985 (RA. 4361).

La explicación se encuentra en el hecho de que el propio art. 113 establece que los títulos de acreditación distintos de la inscripción en el Registro han de atenerse a lo establecido por la Ley del Registro Civil para poder cumplir su cometido de acreditación. El art. 2 de esta ley establece que para admitir pruebas distintas de la inscripción en el Registro es necesario que no exista inscripción (o no sea posible certificar el asiento) y que se haya instado la inscripción omitida. Por lo tanto los títulos de acreditación citados por el art. 113 no acreditan la filiación en tanto no haya sido solicitada la inscripción en base a ellos, y en los casos vistos queda acreditada en primer lugar la filiación no matrimonial que la matrimonial, cerrando por lo tanto aquélla el paso al Registro a esta última.

VERDERA (p. 59) considera por el contrario, que lo correcto en estos casos, teniendo en cuenta la prioridad en el tiempo de la presunción, sería la rectificación en el propio Registro de la filiación inscrita en virtud de un título de acreditación nacido necesariamente con posterioridad.

¹⁷ RIVERO (en particular en el "Comentario a la RDGRN de 25 de noviembre de 1987" ya citado) combata duramente la afirmación realizada reiteradamente por la DGRN de que la inclusión de la presunción en el art. 113 como título de acreditación supone una novedad respecto del régimen jurídico anterior, novedad que justifica el cambio de interpretación de la DGRN respecto de la inscripción fuera de plazo de la filiación de hijo de mujer casada.

Más concretamente RIVERO niega que la presunción sea título de acreditación, considerando que tanto antes como ahora la presunción es suficiente para determinar la filiación matrimonial, con independencia de su inclusión como título de acreditación en el actual art. 113: «No es que la paternidad marital se prueba porque la presunción de paternidad se halle incluida en el art. 113 sino que dicha presunción es mencionada en ese precepto como medio de acreditación de la filiación porque en el art. 116 del Código civil el legislador ha tenido que dictar una regla de fondo, bajo la forma de presunción, que determine la paternidad del hijo de mujer casada ante la dificultad de probar este elemento o hecho configurador (con la maternidad) de la filiación».

Pero creo que RIVERO no pretende con ello rebatir la aplicación que actualmente hace la DGRN de la presunción de paternidad (que es nuestro tema de estudio), sino simplemente demostrar que el cambio que supone en la doctrina de la DGRN, al no estar justificado por una modificación de las reglas a aplicar, supone un reconocimiento implícito por parte de la DGRN de lo erróneo de su anterior posición (cuyo estudio queda fuera de nuestro marco). En el mismo sentido, DE LA CÁMARA, ya citado, p. 267.

dicha filiación es preciso que esté en condiciones de cumplir su función, es decir, de probar la paternidad del marido. Y no estará en condiciones de hacerlo si ha sido desvirtuada mediante prueba en contrario, pues entonces la presunción de paternidad no puede ya probar la paternidad del marido. Con ello se producirán dos consecuencias: por un lado la paternidad matrimonial no resultará acreditada, y, como consecuencia de ello, quedará abierta la posibilidad de acreditar ésa u otra filiación por otro título de los recogidos por el art. 113.

3.5.2 La imposibilidad de desvirtuar la presunción en el marco registral

Pero la DGRN niega la posibilidad de que la presunción de paternidad del marido de la madre sea desvirtuada en el propio marco registral¹⁸. No creo sin embargo que existan argumentos para esta negativa, tal como trataré de demostrar a continuación.

Hay que recordar que la presunción de paternidad es, como toda presunción legal, una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario, tal como establece con claridad el ya visto art. 1251 del Código civil. Esta naturaleza de presunción *iuris tantum* es aceptada sin discusión por la DGRN¹⁹, pero ésta considera que la destrucción de la presunción ha de producirse en el ámbito judicial, a través del ejercicio de la correspondiente acción de impugnación de la filiación. No existe sin embargo base para ello. Es más, esta negativa por parte de la DGRN a aceptar la desvirtuación de la presunción de paternidad del marido en el ámbito registral supone una contradicción en el seno de la propia doctrina de la DGRN, puesto que ésta admite que otras presunciones legales sean desvirtuadas por prueba en contrario ante el propio Registro civil. Esto es en particular cierto respecto de la presunción de convivencia de los cónyuges establecida por el art. 69 del Código civil, y, como ahora veremos, muy ligada al caso que nos ocupa.

El art. 69 establece: «Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos». Atendiendo al carácter de presunción *iuris tantum* que el propio art. 69 declara expresamente –pero que, de modo general, establece el art. 1251 para todas las presunciones legales–, la DGRN acepta en numerosas

¹⁸ Véanse al respecto las resoluciones citadas en la nota 8.

¹⁹ La R. 30 abril 1994 (RA. 4184) dice «la presunción del art. 116 (...) que, como todas en principio, lo son *iuris tantum* y pueden ser destruidas por prueba en contrario», y en el mismo sentido numerosas resoluciones.

resoluciones que dicha presunción ha quedado desvirtuada por prueba en contrario, y que, por lo tanto, se puede hacer constar en el Registro civil esa falta de convivencia o las consecuencias jurídicas que de ella derivan²⁰. No se ve entonces por qué, si la propia DGRN acepta que en el ámbito registral se desvirtúe por prueba en contrario una presunción legal –la de convivencia de los cónyuges–, ha de negar por el contrario que pueda desvirtuarse en el mismo marco registral la presunción legal de paternidad del marido de la madre.

Y así vemos cómo la DGRN, aunque no reconoce nunca esta contradicción, pretende sustentar su negativa a admitir la destrucción registral de la presunción de paternidad en otros argumentos, que recogemos a continuación, aunque tampoco los creo convincentes.

3.5.3 El limitado juego de la autonomía de la voluntad en el campo del estado civil

Señala la DGRN que al ser el estado civil, y por lo tanto la filiación, una cuestión de orden público, el papel de la autonomía privada es limitado. Esta cuestión surge porque la DGRN considera que aceptar la destrucción de la presunción por la sola declaración de los cónyuges es dejar en manos de particulares el que una persona tenga una u otra filiación. Contra ello hay que decir en primer lugar que en otros muchos puntos de la actual regulación de la filiación se da un amplio juego a la autonomía de la voluntad, admitiéndose en particular que la declaración de los particulares altere la filiación de una persona. Ello es particularmente cierto en lo que se refiere a la paternidad no matrimonial, cuya determinación extra-judicial depende absolutamente de la voluntad del presunto padre, así como de la madre. En efecto, en la actual regulación de la filiación sólo puede determinarse la verdadera paternidad no matrimonial si concurren la voluntad del padre y de la madre (reconocimiento del primero y aprobación por la segunda como representante legal del hijo). Pero, además, puede determinarse una paternidad falsa a sabiendas, si tal es la voluntad concorde de la madre y del candidato a padre, a través del falso reconocimiento de éste y de la aprobación de aquélla. Vemos pues que la regulación de la filiación acepta que

²⁰ RR. 4 febrero 1988 (RA. 1213); 13 abril 1988 (RA. 3455); 3 abril 1990 (RA. 3573); 22 mayo 1991 (RA. 4077); 28 octubre 1991 (RA. 8790); 26 noviembre 1991 (RA. 9679); 20 diciembre 1991 (RA. 1495); 31 diciembre 1992 (RA. 10627); 7 noviembre 1994 (RA. 1347); 23 octubre 1995 (RA. 9589); 29 mayo 1996 (4987).

sea la propia declaración de un particular (o la declaración concorde de dos) la que determine una filiación, o impida la determinación de otra. No es posible pues afirmar, como se hace demasiado a menudo, que en el marco del estado civil, o de la filiación de modo más restringido, no hay autonomía privada²¹.

Mas ello no sería bastante para desactivar el argumento de la DGRN pues ésta no niega sin más el juego de la autonomía de la voluntad en el campo del estado civil, y de la filiación en particular, sino que afirma que en materia de filiación el juego de la autonomía es el que estrictamente marca la ley. Ello significa por lo tanto que se puede aceptar la determinación de una filiación no matrimonial por la sola voluntad de los implicados, porque así lo establece la ley, pero que no puede aceptarse el mismo papel de la voluntad cuando no lo señala expresamente la ley, como ocurre respecto de la destrucción de la presunción de paternidad del marido de la madre.

Creo que existe un error de base en la negativa de la DGRN a aceptar la posibilidad de destruir la presunción de paternidad en el ámbito registral en aras al limitado juego de la autonomía de la voluntad en el marco de la filiación. En primer lugar, reconocer la posibilidad de destruir la presunción de paternidad del marido no significa reconocer que sea la voluntad de los cónyuges la que determine la filiación de los hijos, sino simplemente reconocer la posibilidad de destruir la presunción mediante prueba en contrario, prueba que puede ser de cualquier tipo, y que no tiene por qué limitarse a la declaración de los implicados. Por lo tanto, sería perfectamente plausible aceptar la posibilidad de destruir la presunción de paternidad mediante la realización de prueba suficiente que llevase al encargado del Registro civil al convencimiento de ser falsa la filiación presumida, sin que ello significase reconocer juego alguno a la autonomía de la voluntad en orden a la determinación de la filiación no matrimonial del hijo nacido de mujer casada.

Pero, aun yendo más lejos, tampoco el aceptar la declaración de los cónyuges en contra de la presunción de paternidad del marido significa por sí solo reconocer el juego de la autonomía de la voluntad en esta materia. Estaríamos reconociendo la autonomía de la voluntad si considerásemos que la sola declaración concorde de ambos cónyuges en contra de la presunción de paternidad del marido determina la inscripción de la filiación no matrimonial, de modo automático, sin ningún otro requisito, y sin posibilidad alguna para el encargado del

²¹ Aunque es cierto que hoy en día no se niega radicalmente su presencia sino que se señala que no tiene otro juego que el legalmente previsto (RIVERO, *Elementos*..., p. 426).

Registro civil de valorar dicha declaración, tal como ocurre por ejemplo cuando se produce un reconocimiento (art. 120-1º del Código civil), o la declaración prevista en el art. 118 a la que más adelante nos referiremos. Por el contrario de lo que se trata aquí es de admitir la declaración de los particulares como prueba apta para destruir la presunción de paternidad, prueba que, como cualquier otra, habrá de ser sometida a la valoración del encargado del Registro, y podrá ser complementada por otras, si no se estima suficiente. No se trata pues de considerar a la voluntad privada por sí sola apta para producir determinados efectos jurídicos, sino de admitir en contra de la presunción de paternidad del marido todo tipo de pruebas, incluso la prueba de testigos o la declaración de los cónyuges.

Por último, aun en el caso de que la DGRN considere que en el ámbito de la filiación la declaración de los particulares no debe ser admitida ni siquiera como una prueba más, por el riesgo que ello supone de que los particulares "jueguen" con la filiación, resulta contradictorio que la propia DGRN admita que la presunción de convivencia sea destruida por la sola declaración en contra de los cónyuges, pues, al fin y al cabo, la destrucción de dicha presunción, y la consecuente afirmación de que los cónyuges no vivían juntos, supone apartar la aplicación de la presunción de paternidad del marido, y por lo tanto tendrá como consecuencia directa una alteración en la filiación del nacido: estamos pues en la misma situación que la DGRN intenta impedir con tanto ahínco: la sola declaración de unos particulares afirmando que no convivían en el momento de la concepción ha hecho que una filiación que en principio, de acuerdo con el Código civil, era matrimonial se convierta en no matrimonial. A pesar de ello creo que tiene razón la propia DGRN cuando declara «no hay por qué dudar de la veracidad de esas manifestaciones (...) ni por qué sospechar una confabulación entre todos los declarantes a fin de modificar el estado de filiación de la nacida» (R. 20 diciembre 1991, RA.1495). Mas no veo entonces por qué no se puede afirmar exactamente lo mismo respecto de las declaraciones de todos los implicados en contra del carácter matrimonial de la filiación de un hijo nacido de mujer casada estando vigente la presunción, pues en efecto, ¿qué interés concorde van a tener los interesados en alterar la filiación del nacido?

3.5.4 El principio de concordancia entre el Registro y la realidad extra-registral

Otro argumento utilizado por la DGRN para sustentar su interpretación es considerar que el principio de concordancia entre el Registro y la realidad extra-registral (considerado uno de los principios básicos en materia de Registro civil, arts. 26/LRC y 94 a 96/RRC) exige la inscripción de la filiación matrimonial. Pero en muchos de estos casos uno se pregunta cuál es la realidad extra-registral con la que el Registro civil debe concordar, puesto que la DGRN ordena inscribir la paternidad del marido de la madre en casos en los que durante a veces más de 20 años el hijo ha vivido como hijo no matrimonial de un hombre distinto.

Es cierto que en la regulación registral, cuando se habla de la necesaria concordancia entre el Registro y la realidad extra-registral se está haciendo referencia exclusivamente a la realidad jurídica extra-registral²² y que desde este punto de vista hay concordancia, puesto que aún sin inscripción en el Registro, el hijo nacido de mujer casada durante la vigencia de la presunción de paternidad es hijo del marido.

Sin embargo la propia DGRN es consciente de que en materia de filiación la exigencia de concordancia del Registro civil no puede ser entendida como referida exclusivamente a la realidad jurídica, ignorando tanto la verdad biológica como la realidad sociológica, y por ello es la propia DGRN la que después de alegar el principio de concordancia para inscribir la filiación matrimonial del hijo de mujer casada excita al ministerio fiscal para que impugne esa filiación, por considerar que lo proclamado por el Registro es falso.

Carece pues de toda racionalidad que en ocasiones en que manifiestamente la realidad biológica y social es la filiación no matrimonial de la persona en cuestión la DGRN alegue el principio de concordancia con la realidad extra-registral para ordenar la inscripción de esta persona como hijo matrimonial.

²² RICO PÉREZ, "Concordancia entre el Registro civil y la realidad", RDP, 1974, 971-979; PERE RALLUY, *Derecho del Registro Civil*, I, 1962, p. 294; LUCES GIL, *Derecho registral civil*, 4ª edición, 1991, p. 66.

3.5.5 La confusión entre presunción que no rige y presunción desvirtuada

Como último punto debemos señalar una confusión en la que a menudo incurre la DGRN en la argumentación que realiza en apoyo de su doctrina. Para ello es necesario tener en cuenta que en torno a la aplicación de una presunción legal pueden darse dos situaciones distintas que hacen ineficaz la presunción: por un lado, que no sea aplicable al caso por no darse las circunstancias que constituyen el supuesto de hecho de la misma, y, por otro, que pese a ser aplicable dicha presunción se pruebe que lo presumido en virtud de la misma es falso, tal como permite el carácter de presunción *iuris tantum* que por regla general tienen las presunciones²³. Trasladada esta distinción al caso de la presunción de paternidad nos ha de llevar a discernir entre los supuestos en que la presunción no rige, bien porque la mujer no estaba casada, bien porque la convivencia se había roto más de 300 días antes del nacimiento, y aquellos otros en que, pese a darse esas circunstancias, se prueba que la paternidad del marido es falsa²⁴.

La DGRN en sus alegaciones confunde ambas situaciones: por un lado señala que habrá de inscribirse la filiación matrimonial «mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción (cfr. arts 1250 y 1251 CC)», haciendo por lo tanto expresa referencia a la posibilidad de realizar prueba en contrario de la presunción, tal como prevé el art. 1251. Mas luego sólo acepta la inscripción de la filiación no matrimonial si se demuestra que la presunción no regía²⁵.

Resulta sin embargo sorprendente que la DGRN confunda ambas situaciones, pues en otros supuestos, como el ya visto (apartado 7) de la presunción de convivencia de los cónyuges recogida en el art. 69, aplica con claridad la posibilidad de prueba en contrario de lo presumido por la ley, tal como establece el art. 1251 del Código civil.

²³ Distinción básica para cualquier presunción, como puede verse, por ejemplo, en SERRA DOMÍNGUEZ, "De las presunciones", en AA.VV. (dirigidos por Albaladejo), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVI-2º, 1981, p. 621; ANDRIOLI, "Presunzioni", in *Novissimo Digesto Italiano*, p. 769; DE COTTIGNIES, *Les présomptions en Droit privé*, 1950, p. 233; HEDEMANN, *Las presunciones en el Derecho*, Madrid, 1931, p. 320.

²⁴ Distinción que, referida a la presunción de paternidad del marido, pone de relieve RIVERÓ (Elementos ..., p. 457), extrayendo en particular consecuencias en cuanto a la distinta naturaleza procesal de la acción ejercitada en un caso u otro (Comentario ..., p. 453).

²⁵ R. 10 marzo 1989 (RA. 2467). En el mismo sentido, por ejemplo, 13 noviembre 1989 (RA. 8298), 30 agosto 1990 (RA. 7335), 18 diciembre 1990 (RA. 10490), 22 mayo 1991 (RA. 4077), 11 octubre 1991 (RA. 8618), 30 abril 1994 (RA. 4167).

3.6 CONCLUSIÓN SOBRE LA POSICIÓN DE LA DGRN

Como conclusión final sobre la doctrina de la DGRN en materia de inscripción de la filiación del hijo no matrimonial de mujer casada hay que decir que la propia DGRN es consciente de que dicha doctrina lleva a soluciones absolutamente alejadas de la realidad y que es necesario corregir cuanto antes. En efecto, en algunas de las resoluciones en que se resuelve a favor de la inscripción como hijo matrimonial por regir la presunción de paternidad del marido y no permitir la DGRN que se realice en el marco registral la prueba de ser falsa dicha paternidad, la DGRN pone en conocimiento del ministerio fiscal «la procedencia del ejercicio de la acción de reclamación de otra filiación paterna, para lo que tal Ministerio está legitimado»²⁶.

Se puede decir que en estos casos la propia DGRN ha llegado al convencimiento de que la filiación presumida es falsa, pese a lo cual ordena inscribirla, sin extraer de dicho convencimiento las que serían consecuencias correctas: al estar la presunción desvirtuada por prueba en contrario (que es la que ha llevado a la DGRN al convencimiento de ser falsa la filiación presumida) la presunción deja de ser prueba de lo presumido. Por lo tanto en este caso no se puede considerar acreditada esa filiación, y por lo tanto no existe título que permita inscribirla en el Registro de acuerdo con el art. 113 del Código civil.

3.7 PROPUESTA DE UNA INTERPRETACIÓN DISTINTA QUE PERMITIESE DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN EN EL ÁMBITO REGISTRAL

Ésta es justamente la solución que postulo para aquellos supuestos en que se alega ante el encargado del Registro que el hijo, pese a haber nacido de mujer casada estando vigente la presunción de paternidad del marido, es hijo no matrimonial: que la DGRN acepte la posibilidad de que se realice ante el propio Registro civil prueba de ser falso lo afirmado por la presunción, y, en caso de que se pruebe suficientemente, se inscriba al hijo como no matrimonial²⁷.

²⁶ R. 5 marzo 1988 (RA. 3021), y en parecido sentido R. 2 agosto 1991 (RA. 6304).

²⁷ En este sentido PÉREZ FERNÁNDEZ y GARRIGA GORINA, "La presunción de paternidad matrimonial del art. 118 CC en el caso de separación de hecho. Comentario a la RDGRN de 22-5-1991", RJC 1992, pp. 1065-1076; y, en cierta medida, DE LA CÁMARA, p. 267, aunque en un momento en que todavía no se había configurado la doctrina de la DGRN.

Una vez aceptada esta posibilidad, prácticamente todas las cuestiones habitualmente suscitadas en estos supuestos ante la DGRN se verían reducidas a mera cuestión de prueba, y desde este punto de vista habrían de ser analizadas. La pregunta fundamental habría de ser qué tipo de prueba sería apta para desvirtuar la presunción. Y la respuesta habría de ser, obviamente, que sería necesario realizar prueba que llevase al encargado del Registro civil al convencimiento de ser falsa la filiación presumida. Desde esta perspectiva, desde el criterio de su suficiencia para probar lo afirmado habrían de ser analizadas las distintas pruebas posibles.

Así, la sola declaración de uno de los cónyuges no parecería en principio suficiente, cuando el otro afirma el carácter matrimonial del hijo (como ocurre en tantos casos²⁸), pero podría aceptarse cuando tal declaración viniese corroborada por otras pruebas, como, por ejemplo, la inexistencia de posesión de estado de filiación matrimonial²⁹.

En segundo lugar la declaración concorde de los cónyuges en contra de la presunción podría ser aceptada porque, como dice la propia DGRN respecto de la declaración de los cónyuges contra su convivencia presumida, no existe razón para pensar en la existencia de una confabulación de los cónyuges para privar al hijo de ambos de su filiación matrimonial³⁰. De todas formas esta declaración de los cónyuges estaría sometida a la valoración del encargado del Registro civil, que podría considerarla suficiente o, por el contrario, en aquellos casos en que las circunstancias le hiciesen dudar de su veracidad, exigir pruebas complementarias.

Por último, reconociendo las facilidades que supone hoy en día la existencia de pruebas biológicas de absoluta fiabilidad, y en aras de una plena certeza para considerar desvirtuada la presunción, podría exigirse la aportación de dichas pruebas junto a la declaración contraria a la presunción. En contra se argüirá sin duda que el lugar de estas pruebas no es el marco registral sino el judicial³¹, aunque a través de las resoluciones de la DGRN resulta difícil determinar qué tipo de pruebas son aceptables en el marco registral.

²⁸ 25 noviembre 1967 (RA. 8740); 9 junio 1968 (RA. 5361); 19 septiembre 1968 (RA. 7157); 10 marzo 1989 (RA. 2467); 16 marzo 1990 (RA. 2873); 5 junio 1990 (RA. 6651); 30 agosto 1990 (RA. 7335); 27 agosto 1991 (RA. 6666); 17 junio 1993 (RA. 5348); 20 septiembre 1996 (RA. 714/1997); 28 septiembre 1996 (RA. 1434/1997); 19 octubre 1996 (RA. 3570/1997).

²⁹ La propia DGRN acepta en la R. 11 octubre 1991 (RA. 8819) la falta de posesión de estado de hijo matrimonial como prueba añadida para considerar desvirtuada la presunción de convivencia de los cónyuges.

³⁰ R. 20 diciembre 1991 (RA. 1495).

³¹ Así, por ejemplo, la R. 22 mayo 1982 (RA. 5254), ante la alegación de la esterilidad del marido, como prueba en contra de la presunción, declara: «es evidente que estas alegaciones podrán tener su valor en la vía judicial ordinaria (...) pero carecen de toda eficacia en el ámbito registral». Lo mismo ocurre en la R. 27 marzo 1998 (AC 1998-2, R. 210) en la que se dice que «no basta con que la esposa se oponga y acredite con un informe médico la no

3.8 ARGUMENTOS A FAVOR DE ESTA INTERPRETACIÓN

Argumentos a favor de esta interpretación que permitiría desvirtuar la presunción de paternidad en el marco registral ya se han dado al rebatir los esgrímidos por la DGRN para sostener su doctrina: no significaría reconocer a la autonomía de la voluntad juego alguno en la determinación de esta filiación (apartado 3.5.3), ni aceptar pruebas distintas de las que la propia DGRN admite para desvirtuar otra presunción legal –la de convivencia de los cónyuges– (apartado 3.5.2), ni desde luego conculcaría el carácter de título de acreditación de la filiación que el art. 113 reconoce a la presunción de paternidad del marido, o la prioridad temporal que a ésta le corresponde (apartado 3.5.1).

Tampoco creo que la actual redacción del art. 185 del RRC suponga un argumento en contra de esta interpretación del juego de la presunción de paternidad del marido en el ámbito registral. En primer lugar porque un reglamento no puede condicionar la interpretación del Código civil³². Y en segundo lugar, porque la propia letra del art. 185 no necesariamente se opone a la posibilidad de destruir la presunción de paternidad del marido en el marco del Registro civil. En efecto, este artículo dice que sólo se podrá inscribir la filiación no matrimonial si se comprueba que no rige la presunción legal de paternidad del marido. Mas, ¿qué significa exactamente que no rija tal presunción? Es cierto que por regla general se entiende que se refiere a aquellos casos en que no se dan las circunstancias que constituyen el supuesto de hecho de la presunción, y, por lo tanto, no es aplicable la presunción de paternidad. Pero también se podría entender en un sentido más amplio, es decir, que no se puede inscribir una filiación no matrimonial si previamente no se demuestra que la presunción no determina la filiación, bien porque no se da el supuesto de hecho de la misma, bien porque se ha probado la falsedad de lo presumido en virtud de prueba en contrario. Creo que esta interpretación del art. 185 del RRC es posible, y así debe ser entendido para evitar que una norma de carácter reglamentario se constituya en obstáculo para una aplicación de los arts. 116 y 113 distinta, que permita

paternidad de su marido», pero no porque estas pruebas sean inadmisibles por el Registro, sino porque «ha de demostrarse que el nacimiento ha acaecido pasados trescientos días desde la separación de los cónyuges» (afirmación que, por otro lado, no deja de resultar chocante: tratándose de la inscripción del marido como padre del niño la DGRN considera que lo importante no es la demostración de que no es el padre, sino saber si el niño nació en un momento u otro, cuestión que indudablemente no determina necesariamente de quién es hijo).

³² En una situación similar, respecto de la anterior doctrina de la DGRN, referendada por la reforma del RRC de 22 de mayo de 1969, dice DE LA CÁMARA (en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, p. 260): «ni con anterioridad ni con posterioridad a la reforma, la Dirección General y el Reglamento del Registro civil eran ni son competentes para modificar normas sustantivas». En el mismo sentido: RÍVERO, «Comentarios a la RDGRN de 25 noviembre 1967», p. 66; VERDERA, ya citado, p. 79.

evitar la ya conocida sinrazón a la que nos ha abocado la actual interpretación de estos artículos en su aplicación registral.

Otro argumento a favor de esta interpretación surge de la regulación establecida por el art. 118: «Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos». Es decir, la regulación establecida por el legislador de 1981 permite que la simple declaración de los cónyuges, sin ninguna comprobación complementaria, determine la filiación matrimonial del hijo nacido fuera del ámbito de la presunción de paternidad. Habrá que pensar que si el legislador ha considerado que la declaración concorde de ambos cónyuges afirmando el carácter matrimonial de la filiación es merecedora de crédito suficiente para que en virtud de ella se realice la inscripción de dicha filiación, no hay razón para considerar que la declaración concorde de ambos cónyuges en contra de la filiación matrimonial sea merecedora de menos crédito. Sobre todo si tenemos en cuenta que nada en la regulación del Código civil nos permite afirmar que no se pueda desvirtuar la presunción de paternidad del marido en el ámbito registral. Estamos pues ante un argumento más para sostener que la presunción de paternidad del marido pueda ser destruida en el ámbito registral incluso por la sola declaración concorde de los cónyuges, y que ello permita inscribir la filiación no matrimonial del hijo de mujer casada.

No aceptar esta interpretación equivaldría a considerar de peor condición la filiación no matrimonial que la matrimonial. En efecto, aceptar que la declaración concorde determine el carácter matrimonial de la filiación pero no el carácter no matrimonial parece responder a la idea de considerar de mejor calidad aquélla que ésta, y por lo tanto un bien para el hijo que se determine su carácter matrimonial –que por lo tanto se debe facilitar–, y por el contrario un mal que se determine que es hijo no matrimonial, y por lo tanto algo que no se puede dejar en manos de los particulares, y que exige la comprobación del juez antes de poder acceder al Registro civil. Pero obviamente esta consideración está vedada por nuestro ordenamiento jurídico, a través de sus reiteradas manifestaciones de que los hijos son todos iguales ante la ley (arts. 14 y 39 de la Constitución, y 108 del Código civil), que no sólo deben ser entendidas en el sentido de que sus derechos son iguales, sino también en el de que no hay una filiación mejor que otra, y por lo tanto no se puede considerar que el hijo tenga

interés en mantener una filiación matrimonial frente a una filiación no matrimonial. Así lo ha declarado el Auto del Tribunal Constitucional 2 octubre 1996 (RTC.276); y así se desprende de la STS 5 junio 1997 (R.4605), que considera que en los pleitos de filiación el interés del menor está en que «se facilite la "investigación de la paternidad", esto es, que en la contienda ostente supremacía el descubrimiento de la verdad material o biológica» y no en que se mantenga la filiación matrimonial a toda costa».

3.9 CONCLUSIÓN

Por todo ello considero que se puede sustentar la necesidad así como la posibilidad de interpretar el conjunto de normas que regulan la cuestión de la filiación del hijo de mujer casada en el sentido de permitir su inscripción como no matrimonial si ante el encargado del Registro civil se realiza prueba suficiente que demuestre que es falsa la paternidad del marido. Creo que esta interpretación se mantiene sobradamente dentro de los márgenes de las reglas que rigen la interpretación del Derecho. Pero sobre todo creo que esta interpretación es necesaria para poner fin a una doctrina de la DGRN que, como creo ha quedado demostrado, provoca más problemas de los que pretende solucionar.

3.10 UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN SOBRE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD DEL MARIDO EN GENERAL

No querría poner fin a este trabajo sin realizar una pequeña reflexión sobre la presunción de paternidad del marido en general.

Cuando por primera vez se tiene conocimiento de la doctrina de la DGRN en materia de inscripción de hijos no matrimoniales de mujer casada, y antes de profundizar en sus bases teóricas, esta doctrina llama la atención porque transmite la sensación de que la Dirección General intenta mantener la paternidad del marido más allá de lo razonable. Pero esta primera perplejidad no se desvanece

con el análisis de los fundamentos teóricos que sustentan esta posición de la DGRN, sino que, por el contrario, se refuerza, pues no existen en realidad razones jurídicas que justifiquen esta interpretación.

Tampoco cabe pensar que la DGRN sostiene esta postura por imperativo del Derecho positivo, pues en tal caso la Dirección General habría podido propiciar una reforma del Reglamento del Registro Civil que permitiese una actuación distinta (como ya ocurrió con la reforma de 29 de agosto de 1969 que recogió la que entonces era doctrina de la DGRN en esta misma materia). Por lo tanto podemos pensar que la doctrina de la DGRN no es una doctrina forzada por el Derecho positivo sino reflejo del convencimiento de ser ésta la interpretación adecuada.

Todo ello nos lleva necesariamente a otro tipo de preguntas, y en particular a plantearnos qué hay en la presunción de paternidad que justifique esta resistencia a una interpretación flexible que podría resolver los problemas planteados en la práctica. Indudablemente esta pregunta ha de ser ligada con otra de carácter histórico, y es planteamos por qué la presunción de paternidad del marido ha tenido hasta fechas muy recientes un tratamiento de presunción *iuris et de iure*, no admitiendo la demostración de ser falsa la paternidad del marido³³. Son éstas cuestiones que también despiertan la curiosidad o la perplejidad de algunos autores. Así POZO³⁴ señala: «nos encontramos con que la madre casada no puede, por sí misma, ni destruir extrajudicialmente la presunción de paternidad de su marido, ni impugnar judicialmente la paternidad del mismo. Y eso que es la única persona que puede saber quién es el auténtico padre». Y RIVERO³⁵ se preguntaba: «¿Puede haber razones de tanto peso que aconsejen u obliguen a ignorar aquellas leyes naturales, a violentarlas incluso? ¿En aras de qué valores podría sacrificarse la verdad a la ficción, e imponer una paternidad al margen de la realidad, de lo probable y aun de lo posible?».

No es mi pretensión aquí contestar estas preguntas, que superan con mucho mi capacidad de análisis, simplemente terminaré ofreciendo algún material para la reflexión.

En primer lugar creo interesante la simple enunciación de los nombres con que son conocidas algunas de las teorías que a lo largo de la historia del Derecho han pretendido hallar el fundamento de la presunción de paternidad del

³³ Para un análisis exhaustivo de la presunción de paternidad del marido es imponderable la consulta de la obra de RIVERO ya citada, *La presunción de paternidad legítima*.

³⁴ Ya citado, p. 21.

³⁵ *La presunción ...*, p. 318.

marido³⁶, como son la teoría "dominical" o por derecho de accesión (la accesión es un modo de adquirir la propiedad en virtud del cual el propietario de una cosa hace suyos los frutos de la misma así como las cosas que se le unen o incorporan), la teoría basada en la cohabitación y fidelidad matrimoniales, o la teoría basada en la autoridad y vigilancia del marido, entre otras.

También resultan interesantes algunas afirmaciones realizadas en relación con la presunción de paternidad del marido. En primer lugar la regulación recogida en Las Partidas, cuya ley 8, título XIV, Partida III, dice: «ensañanse las mugeres a las vegadas tan fuertemente, que por despecho que han de sus maridos, dizen que los fijos que tienen en los vientres, o que son nacidos, que no son dellos, mas de otros». También las palabras de MALAURIE³⁷, que afirma que lo que perturba el orden público no es tanto el desorden de las costumbres que resulta de una procreación adulterina como su libre constatación. O, por último, las DE COTTIGNIES³⁸, que considera que la presunción de paternidad es una regla vinculada a la propia institución del matrimonio, a la familia legítima, de la que el marido es el jefe, de tal manera que si el marido, el *pater familias*, impugna la paternidad lo que está haciendo es expulsar de la familia legítima a un indeseable; es decir, que la impugnación de la paternidad (y consiguientemente la propia presunción de paternidad) es una más de las potestades reconocidas al *pater familias*, al jefe de la familia.

³⁶ Recogidas por RIVERO en su obra sobre la presunción, pp. 206 y ss.

³⁷ Comentario a la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Sarreguermes, de 31 mayo 1868, D. 1891, nº 49 (citado por DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Reflexiones sobre la filiación legítima en el Derecho español*, 1875, p. 67)

³⁸ Les présomptions en Droit privé, ya citado, pp. 61-63.

4. LA MATERNIDAD: ENTRE EL BIEN JURÍDICO Y LA ENFERMEDAD

JUANA MARÍA GIL RUIZ

Profesora Titular de Filosofía del Derecho y Filosofía Política
Universidad de Granada

4.1 INTRODUCCIÓN

Acabamos de poner de manifiesto cómo uno de los secretos mejor guardados por la Modernidad es que el individuo no es un Yo autónomo, sino un varón-padre de familia que representa simbólicamente a una colectividad formada por las mujeres, los sirvientes y los niños. Este hecho, hace del Estado y de la institución de la Maternidad, un binomio indisoluble; pero que, como otro binomios relevantes, debe ser ocultado para que la Modernidad pueda ofrecer su imagen de superación de las relaciones de privilegio y de dominio. Nadie así podría presumir que los personajes que intervienen en el cuento de la vida no eligen su destino, su misión y su *querer ser*. Es así como lo epistemológico termina construyendo lo ontológico.

Y es que, como diría Rousseau, en su *Emilio o De la educación*: "La misma rigidez de los deberes relativos a los dos sexos ni es ni puede ser la misma. Cuando la mujer se queja de la injusta desigualdad que en este punto han puesto los hombres, se equivoca; esa desigualdad no es una institución humana, o al menos no es obra del prejuicio sino de la razón: aquel al que la naturaleza ha encargado es quien debe responder al otro de ese depósito de los niños"¹.

¹ Vid. ROUSSEAU, Jean Jacques, *Emile ou De l'éducation*, Classiques Garnier, Paris, 1961; o en *Oeuvres complètes*, vol. III, Seuil, 1971. Existe traducción al español, *Emilio o De la educación*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, p. 489.

Sin embargo, la Maternidad no es puramente "natural ni exclusivamente cultural"; compromete tanto a lo corporal como lo psíquico, consciente e inconscientemente; participa de los registros real, imaginario y simbólico. Tampoco se deja aprehender en términos de la dicotomía público-privado: el hijo nace en una relación intersubjetiva originada en la intimidad corporal pero es, o ha de ser, un miembro de la comunidad y, por ello, el vínculo con él está regido también por relaciones contractuales y códigos simbólicos².

Esta complejidad hace que el cuerpo materno no sea sólo un cuerpo natural, un referente biológico, sino un espacio cuya significación biológica se produce culturalmente, a través de su inscripción en los discursos sobre la Maternidad que desde las distintas disciplinas se elaboran, privando por consiguiente, a las mujeres-madres de su identidad como sujetos, como individualidades.

En lo que al ámbito jurídico se refiere la ambivalencia se presenta con total nitidez. Probaremos cómo la Maternidad en el ámbito laboral, es despojada de su dimensión social para convertirla en una decisión y responsabilidad individual. La mujer trabajadora ha de afrontar su maternidad como una irregularidad, y una enfermedad que el sistema productivo se ve obligado a corregir; mientras que, en otras esferas de la vida, la mujer se ve privada de la capacidad de decidir y controlar su propio cuerpo, al entenderse la maternidad, en su dimensión social, sobrevalorada. Esto justifica los controles prohibitivos del Ordenamiento jurídico en el derecho a abortar, y a decidir sobre la propia sexualidad.

En estos momentos, la nueva realidad económico-social está determinando cambios estructurales en el nivel jurídico-político. La necesidad de reducir gasto público, en las partidas destinadas a asistencia social; el alarmante descenso de la natalidad debido a la incorporación de la mujer al mercado laboral; y los problemas que ocasionaría el prescindir de una mano de obra barata y autoestimulada como la femenina, hacen que el Estado, desde su faz de Estado de bienestar, organice una serie de institutos jurídico-políticos, aparentemente tuitivos e igualitarios, que afectan fundamentalmente a la familia y a la maternidad, y que vienen a "solucionar" pero también a conformar la nueva realidad.

Pero, ¿cómo compatibilizar el "imprescindible" trabajo de la mujer en el mercado laboral, con la necesidad de reducir gasto público?, ¿cómo acabar con la crisis en el empleo que lo viene azotando despiadadamente? La política de los subsidios y subvenciones, sólo lo está endeudando, sin remisión alguna.

² Vid. TUBERT, Silvia, *Introducción a Figuras de la madre*, Colección Feminismos, Cátedra, Madrid, 1996, p. 13.

¿Qué hacer para acabar con esta ola de "malbaratamiento" y costes? ¿Cómo desmontar servicios sociales: subvenciones de guarderías, ampliación de horario de comedores..., gastos que él considera "secundarios" y "superfluos", en un momento de crisis como el actual?

Hoy como siempre, se es consciente del papel económico que la mujer ha cumplido y cumple no sólo en el ámbito público, sino en el privado. Su misión es imprescindible e insustituible. Necesita potenciar los contratos a tiempo parcial y flexibilizar los horarios de trabajo de las mujeres. Estas dos medidas son perfectas para combatir el déficit público. Si las mujeres lo hacen todo, cubren todas las esferas, sin soltar lastre al Estado; éste se liberará de "responsabilidades prestadas", y destinará sus partidas presupuestarias a otros menesteres, ahora sí "importantes". Esconder esta información "top secret" en la recámara, articulando un discurso jurídico-político formalmente igualitario, hipnotiza a sus víctimas, convencidas de la objetividad y neutralidad del sistema. Al fin y al cabo, el Estado de bienestar sólo interviene para conseguir precisamente eso, bienestar. Pero, ¿bienestar para quién y a costa de quién?

Aparentemente, las medidas jurídico-políticas relativas a la Maternidad han pretendido y pretenden sencillamente beneficiar a la mujer, impidiendo que cualquier tipo de abuso se cierna sobre ella, y le dificulte su "sano", "adecuado" y "libre" desarrollo. Entrar a determinar lo que en cada momento resulta ser "lo sano", "lo adecuado" y "lo libre" para las mujeres, pone de manifiesto una constante que se reitera a lo largo de la historia: se toman medidas para las mujeres, pero sin las mujeres. Y esto lo hemos observado tanto en nuestro pasado más reciente³, como en el actual sistema democrático español y europeo.

Sin embargo, y pese a que el Estado Social dice intervenir para conseguir bienestar e igualdad de derechos, evitar los abusos y equiparar la balanza de las oportunidades, y aun cuando el legislador insiste en afirmar que trata la maternidad por sentirse preocupado por un colectivo "perjudicado" —artículo 9.2 de la Constitución—, el hecho de que sólo trate la maternidad en el ámbito laboral

³ Para una información más completa y detallada sobre la legislación laboral franquista referente a la protección de la mujer y a su maternidad, véanse PUENTE OJEA, M., "Problemas en torno al trabajo de la mujer", en *Revista de Trabajo*, nº 4, abril de 1953; VÁZQUEZ MATEO, Felipe, "La mujer como asalariada del marido", en *Revista de Trabajo*, nº 4, abril de 1957; CORTES PRIETO, Joaquín, "Protección Laboral de la Maternidad" (Parte I), en *Revista de Trabajo*, nº 5, septiembre-octubre de 1961; y (Parte II), en la misma revista, nº 4, julio-agosto de 1962; PALANCAR, María, "La mujer y el Trabajo", en *Revista de Estudios Políticos. Suplemento de Política Social*, nº 5, 1947; PALANCAR, María, "Las profesiones femeninas en las Reglamentaciones Españolas de Trabajo", en AA.VV., *Estudios dedicados al profesor García Ovedo*, vol. II, Derecho Laboral, Sevilla. Asimismo, analicémos entre otras disposiciones legislativas, la Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos profesionales y de trabajo de la mujer (B.O.E. de 24 de julio de 1961); así como el Decreto 2310/1970, de 20 de agosto, por el que se regulan los derechos laborales de la mujer trabajadora en aplicación de la ley de 22 de julio de 1961 (B.O.E. de 24 de agosto de 1970).

nos hace sospechar. Pensamos que la maternidad resulta esencial no sólo desde el punto de vista personal, sino también desde el punto de vista global, puesto que afecta directamente a la economía, al Derecho, a la sociedad en general... Fundamental para todo ser humano que pretenda desarrollarse en todas las esferas; disponiendo —esta vez, sí libremente— de su tiempo.

Sin embargo, mucho nos tememos que en este caso, el Derecho no actúa aquí como instrumento de Justicia, sino como *mera técnica de organización social*. Se le plantea un problema, y tiene que resolverlo: se le ha embarazado una trabajadora, y la cadena de montaje —productiva— tiene que continuar.

No se plantea otras caras o vertientes de la vida de las mujeres —sean o no sean trabajadoras, en el sentido "económico-productivo"—. No se plantea la libre elección de la maternidad, o la necesidad de un tiempo libre; tiempo para formarse, para "enriquecerse", para "cuidarse"... No está pensando —mal que nos pese— en el TODOS, ni tan siquiera en las mujeres. Sólo piensa en el modelo tradicional de trabajador que en esta ocasión se ha embarazado; pero que en otras ocasiones se ha enfermado con una gripe o catarro; y que mañana puede atrapar cualquier tipo de virus.

Y es que, efectivamente, la maternidad aparece como un desajuste, como una irregularidad, una *enfermedad* que en determinados momentos amenaza al sistema económico-productivo, y que hay que prever y resolver jurídicamente hablando.

Parchea, pues, con relativa astucia el Ordenamiento jurídico para que se siga funcionando, pero... los modelos continúan inalterados. Pero... ¿por qué se habla de trabajador-trabajadora, y no de ciudadanos-ciudadanas? ¿Por qué sólo aparece tratada "la maternidad" como "problema" que afecta a una determinada relación laboral, de manera *autónoma*, y no en relación con otras vertientes de la vida de las mujeres y de los hombres, que ya no sólo "trabajadoras" y "trabajadores"? ¿Acaso lo único que ocupa la vida de los hombres y de las mujeres es el aspecto laboral? ¿Y su formación? ¿Y su tiempo libre? ¿Y el tiempo para el amor? ¿Y para la privacidad?...

⁴ En este sentido, no debemos caer en el error habitual de confundir la esfera de la domesticidad con la de la privacidad. La esfera doméstica —en el caso de las mujeres— "las fagocita en más de un sentido porque no representa para ellas un lugar de retirada, descanso y creatividad; no constituye tampoco, como ocurre con los varones, una fortaleza, un refugio frente a las presiones exteriores. Muy al contrario, los hombres buscan en este ámbito negado a las mujeres el descanso como un bien que debe ser respetado a toda costa y en cualquier circunstancia". Ciertamente, al trabajo doméstico no sólo aleja a las mujeres de la privacidad, sino que las extingue por tener que cumplir con una doble jornada laboral: la de fuera y la de dentro del hogar. Vid. RAMOS PALOMO, María Dolores (Dir.), *La medida del mundo. Género y usos del tiempo en Andalucía*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla-Málaga, 1998, p. 229. Asimismo, véase MURILLO, Soledad, *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1996.

Pero, los trabajos de trinchera para tomar o expugnar esta plaza requieren de una pluralidad. No se puede combatir —aunque sin ruido— al “engañado enemigo” sólo en el ámbito jurídico. Éste servirá muy bien de manta térmica para guardar el calor que se estará gestando en su interior, desde otros frentes. Nos referimos, entre ellos, al socializador.

Y es que el Derecho continúa siendo una cortina “limpiamente” opaca que se superpone a un “statu quo” con vida inteligente. “El legalismo liberal es por tanto un medio para hacer que el dominio masculino sea invisible y legítimo adoptando el punto de vista masculino en la ley e imponiendo al mismo tiempo esa visión a la sociedad”⁵. La apariencia neutral engaña, y se solapan las subordinaciones. Como diría M.M. Slaughter, la igualdad formal o la neutralidad de género no afecta en absoluto a los prejuicios: los hombres y las mujeres están tan significativamente distanciados desde el punto de partida, que el Derecho sólo vendría a potenciar estas “diferencias” durante el camino⁶. Sólo unos ejemplos: el padre ausente que decide no pagar la pensión a los hijos sería considerado como “no existente”, y por lo tanto, legalmente “no culpable”; mientras que la madre que se encontrara en esta situación sería inmediatamente acusada de abandono de familia. Si ésta optara por transferir la custodia de sus hijos a su madre, entonces el varón-padre de familia podría interferir este derecho invocando su paternidad.

En definitiva, parece ser que la ambivalencia de la regulación juega a dos bandas claramente separadas: los derechos para “el pater familias”, los deberes para la madre. Al respecto, resulta obligada la transcripción literal de parte del discurso de Catharine A. MacKinnon. Éste, por su elocuencia, no requiere de mayor comentario.

“A través de la mediación legal, el dominio masculino se presenta como característica de la vida, no como interpretación unilateral impuesta por la fuerza en beneficio de un grupo dominante. *En la medida en que logra el éxito ontológicamente, el dominio masculino no parece epistemológico*: el control sobre el ser produce control sobre la conciencia, fundiendo las condiciones materiales con la conciencia de un modo inextricable y muy próximo al cambio social. El dominio cosificado se convierte en diferencia. La coacción legitimada se convierte en consentimiento. La realidad objetificada se convierte en ideas; las

⁵ Vid. MACKINNON, Catharine A., *Hacia una Teoría Feminista del Estado*, Ediciones Cátedra, Universitat de València, Instituto de la Mujer, Madrid, 1995, p. 428. La negrita es mía.

⁶ Al respecto, véase el artículo de M.M. SLAUGHTER, así como los restantes trabajos publicados en ALBERTSON FINEMAN, Martha y KARPIN, Isabel (eds.), *Mothers in Law: Feminist Theory and Legal Regulation of Motherhood*, Columbia, 1995.

ideas objetificadas se convierten en realidad. La política neutralizada y naturalizada se convierte en moralidad. La discriminación en la sociedad se convierte en no discriminación en la ley. La ley es un momento real en la construcción social de estas inversiones que se reflejan como verdad. La ley, en las sociedades regidas e imbuidas por la forma liberal, convierte el ángulo de visión y la interpretación del significado social en institución dominante. En el Estado liberal, la norma de la ley –neutral, abstracta, elevada, omnipresente– institucionaliza el poder de los hombres sobre las mujeres e institucionaliza el poder en su forma masculina⁷.

4.2 LOS TIEMPOS HAN CAMBIADO: LA INTERACCIÓN PROGRESO-GÉNERO

Se afirma que los “tiempos” han cambiado. El “progreso” ha llegado y con él, la inevitable emancipación de la mujer. Ahora, las féminas pueden acceder a la Universidad sin dificultad, y culminar los estudios con la obtención de una titulación que las habilite para desempeñar cualquier puesto de trabajo en nuestra sociedad. Ya no existen prohibiciones. Se puede ser médica, abogada, escritora o ingeniera, sin necesidad de disfrazarse –como en su día hizo Concepción Arenal– o esconderse tras un nombre de varón –como María Lejárraga–. Mucho se luchó para poder “romper” con la antinomia Intelecto/Femineidad, porque “por saber más no es una mujer menos mujer; por tener más conciencia y más voluntad no es una mujer menos mujer. Por haber vencido unas cuantas perezas seculares, y encontrarse capaz de trabajo y de interés en la vida, no es una mujer menos mujer (...). Así, por mucho que una educación superior, que una instrucción fuerte, que un aumento de libertad y responsabilidad cultiven y perfeccionen el espíritu de la mujer, ensanchando sus capacidades y dilatando el campo de sus actividades, no correrá el peligro de acercarse a ser hombre. Por el contrario, cuanto más perfecta llegue a ser, más mujer será. Cuanto más complete su vida, cuanto más cultive su cuerpo y su alma, más mujer será⁸.”

⁷ Vid. MACKINNON, Catharine A., *Hacia una Teoría Feminista del Estado*, opus cit., p. 428. La negrita es mía.

⁸ Vid. MARTÍNEZ SIERRA, Gregorio, *Feminismo, Femineidad, Españolismo*, Editorial Saturnino Calleja, Madrid, 1920, pp. 14-15. Se trata de una conferencia leída el día 2 de febrero de 1917 en el primero de los Festivales Artísticos celebrados en el Teatro Eslava a beneficio de la “Protección del trabajo de la mujer”. Durante mucho tiempo, la producción intelectual de María Lejárraga aparecía firmada con el nombre de Gregorio Martínez Sierra, su marido.

Y, efectivamente, nos encontramos actualmente con un tipo de mujer "cuasi" perfecta que recoge en su haber una "jornada de vida completa". Durante 24 horas no sólo va a desempeñar las tradicionales tareas asignadas a su sexo —me estoy refiriendo al ámbito privado—, sino que además es capaz de salir a la calle, y desenvolverse en el ámbito público "como gato panza arriba"⁹. Pero mejor echemos un vistazo al panorama social-laboral actual.

Buena parte de los oficios siguen segregados en masculinos y femeninos, siendo ambos, cotos reservados según sexo. Las mujeres continúan ocupando categorías con escasa cualificación, baja remuneración y poco prestigio social. Sólo algunas llegan a alcanzar puestos de responsabilidad o de alta dirección. El paro golpea especialmente al sector femenino de la población, y muy concretamente a las más jóvenes. Los contratos a tiempo parcial parecen diseñados para éstas, con la parcialidad subsiguiente que implica en lo relativo a salario, promoción y jubilación¹⁰. Todo ello aderezado de significativas cotas de acoso sexual¹¹. Y esto es así —entre otras razones—, porque la mujer sigue acreando su maternidad, o como diría Rousseau¹², su condición de serlo, por doquier. Este solo punto volverá a unir todo: vida social y vida moral. Textualmente, "Pero que las madres se dignen alimentar a sus hijos: las costumbres se reformarán por sí mismas, los sentimientos de la naturaleza desper-

⁹ En anteriores trabajos hemos hecho referencia al "empleo del tiempo" femenino. Véase al respecto mi libro titulado *Las Políticas de Igualdad en España: avances y retrocesos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Instituto Andaluz de la Mujer, Granada, 1996; así como los datos aportados por estudios recientes del Instituto de la Mujer. A modo de ejemplo, véase el objetivo 5.1. del *II PLAN PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LAS MUJERES (1993-1995)*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1993.

¹⁰ Vid. *I PLAN PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LAS MUJERES (1989-1990)*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, pp. 55 y 71; y *II PLAN PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LAS MUJERES, (1993-1995)*, *opus cit.*, p. 57.

¹¹ Sin ánimo de detenerme demasiado, no puedo por menos que referirme al delito de "acoso sexual" recogido por primera vez en el artículo 184 del recientemente aprobado Código Penal, y que, pese a su juventud, acaba de sufrir su primera modificación. Dice así su apartado primero, "El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses". Sólo en el caso -apartado segundo del artículo 184 del CP- de que el culpable de acoso sexual hubiere cometido el hecho prevaleciendo de una situación de superioridad, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena se elevará a arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses. Curiosamente, si la "amenaza" fuere de otro tipo -Capítulo II del título VI, "De las amenazas"- incluso si se tratara de amenazas de un mal que no constituyera delito, éstas serían castigadas con penas de mayor dureza. Concretamente, el artículo 171, apartado 1^o reza así, "Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior". Esto no es más que una llamada de atención a determinadas actitudes conformistas que se felicitan por la incorporación de un nuevo tipo penal, "tapando" o ignorando desajustes normativos. El subrayado y la negrita son míos.

¹² "¿No es una forma de razonar muy sólida ofrecer por respuesta excepciones a leyes generales tan bien fundadas? Las mujeres, decía, no siempre tienen niños. Cierro, pero su destino propio es tenerlos. ¿Cómo! Porque haya en el universo un centenar de grandes ciudades en que las mujeres, viviendo en medio de la florecia, tienen pocos niños, ¿pretendéis que el estado de la mujer es tener pocos?"; vid. ROUSSEAU, Jean Jacques, *Emilio o De la educación*, *opus cit.*, p. 490. El subrayado es mío.

tarán en todos los corazones, el Estado se repoblará; este primer punto, este solo punto volverá a reunir todo"¹³.

La mujer no sólo no puede promocionarse, ni reciclarse, sino que además se ve abocada a abandonar el empleo y los estudios –la carrera promocional– durante el tiempo que dure “la crianza” de los hijos, con lo que supone de imposibilidad o al menos “dureza” para reincorporarse y con movimiento “uniformemente acelerado” a la carrera laboral. La otra opción supondría combinar trabajo remunerado “público”, con el –no menos– trabajo “privado” de cuidado del hogar, en su acepción más amplia. Este último trabajo implica atención a tareas culinarias y de limpieza; así como a marido, hijos y tercera edad. La conclusión directa de este oscuro panorama es la carencia de *tiempo*, y la consecuente ebullición de sentimientos de culpabilidad, frustración e impotencia femenina. La situación, llamemos, “psíquica”¹⁴ de la mujer trabajadora viene a confirmar nuestra ulterior pesquisa, aunque esta vez más precisa. Esto es, la mujer sigue arrastrando el pesado lastre de una identidad pre-designada de madre, esposa e hija, ahora completada con una nueva faceta de “trabajadora”.

Elo explicaría que la mayoría de las mujeres –encuestadas según informe del colectivo Ioé¹⁵– con doble jornada reconozca que su ritmo habitual de vida se desarrolla “con prisas” (83%), sin disponer de tiempo “suficiente” para realizar sus aspiraciones (71%) y con efectos negativos, físicos o psíquicos para su salud (63%).

“Las mujeres, sin embargo, no quieren y no pueden pagar su elección con la renuncia a la consiguiente expresión de la propia identidad, ya sea en la sociedad, en la familia, o en el trabajo. Las mujeres han modificado la cultura del trabajo. Reivindican espacio y tiempo para establecer un nuevo equilibrio entre las esferas de la vida, para hombres y para mujeres”¹⁶.

¹³ Vid. ROUSSEAU, Jean Jacques, *Emilio o De la educación*, *opus cit.*, p. 47.

¹⁴ Esta situación crítica de doble jornada de las mujeres ha sido puesta de manifiesto desde distintos sectores políticos, desde los más progresistas hasta los más conservadores. Atendamos a las palabras de la senadora del Grupo Parlamentario Popular DO CAMPO PIÑEIRO, en el Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social en relación con el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras: “La creciente participación de las mujeres en el mundo laboral debería suponer mujeres más autónomas, libres y realizadas, pero lo que ha conseguido son unos seres extenuados con el peso de una jornada laboral y con el sentimiento de culpabilidad de no atender del todo bien ni a la una ni a la otra. Parece que solamente se está buscando una supermujer que triunfe en su profesión y que a la vez sea una perfecta ama de casa al servicio de las necesidades de los suyos. La exigencia que se le está planteando a la mujer actual es una hazaña para alguien que no posee superpoderes y superaguanite, y ataca de lleno a su salud mental y física, cuya sintomatología ha entrado en los anales de la psiquiatría moderna con un nombre propio: el síndrome de la supermujer”. Cortes Generales. *Diario de Sesiones del Senado*, nº 140, 29 de septiembre de 1999, p. 6696.

¹⁵ Vid. COLECTIVO IOE, *Tiempo social contra reloj. Las mujeres y la transformación en los usos del tiempo*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 48, 1996, p. 206.

¹⁶ Estas palabras corresponden a la ponencia presentada por CORDONI, Elena, bajo el título “Lavorare tutte, lavorare meno, lavorare meglio”, en el “forum” celebrado en Milán durante los días 28-29 de febrero de 1992, con el lema *I tempi delle donne cambiano il lavoro*, p. 7. La traducción es mía.

Pero, los tiempos han cambiado. Permitaseme el tono irónico cuando digo que al menos el mundo del electrodoméstico ha traspasado las fronteras del espacio y del *tiempo*, para que las mujeres tarden menos en sus quehaceres. No olvidemos la creencia inicial de que el progreso tecnológico y los incrementos en la productividad conducirían inexorablemente hacia una sociedad del ocio. Ahora, además, ya se sabe que la mujer "puede" trabajar, sin que ninguna norma –jurídica, se entiende– lo prohíba.

Sin embargo, y antes de entrar en las reflexiones sobre "quién lleva el peso de lo privado", o "en qué medida existe un reparto de tareas" en la cobertura de las necesidades familiares, surge ineludiblemente la pregunta: ¿Qué se entiende por maternidad?, ¿cómo se valora?, ¿se protege y se cuida socialmente; o, por el contrario, se penaliza y recrimina?

Si partimos de que las necesidades básicas de los seres humanos están integradas por tres grupos de necesidades: las necesidades económicas o productivas, las necesidades reproductivas, y las necesidades de tiempo libre y formación, ¿quiénes están en mejores condiciones sociales para su coordinación? Esta pregunta alcanza especial interés, sobre todo en este fin-inicios de siglo, en el que las propuestas de la Europa comunitaria en materia de empleo para este nuevo milenio, se centran en la formación permanente y en la disponibilidad para el trabajo.

Esto nos obliga a detenernos en el análisis de la legislación laboral en materia de Maternidad, por entender que, en ésta, todos estos ejes aparecen entrelazados, y así poder detectar y probar las diferentes posiciones de unos y otras. Para lo que para algunos es armonización, para otras es elección; o trabajo cualificado y sacrificio de su opción maternal, o compatibilización de trabajo y maternidad, con la consiguiente parálisis de la carrera profesional.

No olvidemos que, al igual que para los varones, la propiedad de uno y una misma, es la condición ineludible de la subjetividad. Para poder llegar a alcanzar el título de sujeto, uno y una debe tener la propiedad de sí.

4.3 MUJERES, MATERNIDAD Y MERCADO LABORAL

¿Existe libre acceso de las mujeres al mundo laboral?

Si, en teoría, la mujer ha alcanzado elevados niveles de "progreso", la práctica es algo más descorazonadora. No solamente la mujer se ve abocada a una opción, -trabajo o maternidad-, cuando no a un salto mortal, sino que además conocemos la cruda realidad del mundo laboral. Sabemos de entrevistas de trabajo en donde a las candidatas mujeres se les pregunta: ¿Casada?, ¿con novio, tal vez?, ¿pretensiones de matrimonio?; o la más sutil, ¿le gustan los niños?. Sean cuales fueren las respuestas, siempre se pierda. De este hecho es consciente la CEE, cuando en el artículo 3, apartado 1 de la Directiva del Consejo 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976 afirma:

"La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las *condiciones de acceso*, incluidos los *criterios de selección*, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional"¹⁷.

Las mujeres saben que en las preguntas les va "el trabajo" y la posibilidad de realizarse profesionalmente: tanto por lo que lucharon, tantos años de estudio y sacrificio... Se trata de "un más difícil todavía", en donde se compatibiliza política, mercado laboral y hogar. El poder de los estereotipos está tan presente que la propia Exposición de Motivos de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad lo recoge fielmente, ratificándolo: "Uno de los ámbitos en los que la discriminación por razón de género se sigue produciendo, aunque de forma indirecta, es el correspondiente al de acceso al mercado laboral en la *selección de personal*"¹⁸.

Y es que habría que plantearse si en la actualidad se encuentra penalizado en el ámbito laboral "el ser mujer" en la tradicional, pero no desfasada, dimensión de esposa, madre y asistente social (no olvidemos el cuidado de la tercera edad).

¹⁷ Vid. Directiva del Consejo 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, la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, en Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N^o L 39/40, 14 de febrero de 1976, p. 70. El subrayado es mío.

¹⁸ Véase la Exposición de Motivos de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad, BOE de 24 de marzo de 1995. El subrayado es mío.

Parece ser que sí. Al fin y al cabo el fantasma del "absentismo" amenaza con posarse en la cabeza de todas y cada una de las mujeres que solicitan una oportunidad para trabajar.

Uno o una se plantea además, por qué se recogía hasta hace unos días como causa de absentismo¹⁹ el parto y post-parto, equiparando éstos a otros motivos propios de "ocio" entendidos –en la 4ª acepción del diccionario de la RAE– como inútiles, sin fruto, provecho, ni sustancia. No creemos que traer un hijo al mundo sea algo "inútil, sin fruto, provecho, ni sustancia", sobre todo en los tiempos que corren y en donde "el nivel de fecundidad de nuestro país, después de Italia, (es) el más bajo del planeta, habiéndose reducido a menos de la mitad de su valor en tan sólo doce años"²⁰. Rejuvenecer nuestra vetusta pirámide poblacional se sanciona, o lo que es peor, se sanciona la potencialidad de rejuvenecerla; y esto es así, porque ni siquiera las estadísticas confirman la falacia propalada sobre el significativo absentismo femenino.

Efectivamente, una encuesta realizada por el Instituto de la Mujer y recogida en el diario *El País*, de fecha de 25 de junio de 1992, señalaba que las ausencias laborales no justificadas suponían un 11% del total de horas trabajadas, porcentaje prácticamente igual a las ausencias por embarazo, maternidad/ paternidad, que ascendían a un 13%. Del mismo modo, otro sondeo del Instituto de la Mujer, publicado en este mismo diario, con fecha de 30 de junio de 1989, desmentía el tradicional bulo que adjudica altísimos niveles de absentismo laboral al colectivo femenino frente al masculino. Los datos hablan por sí mismos: el porcentaje de hombres de más de 41 años que adujeron motivos de enfermedad para la interrupción de su trabajo por un tiempo superior a seis meses, ascendía al 25,8%, frente al 12,4% de mujeres.

¹⁹ La nueva Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, aprobada recientemente y publicada en el BOE el 6 de noviembre de 1999, aporta como novedad la ampliación de los supuestos que no pueden computarse como faltas de asistencia a efectos de extinción del contrato de trabajo por absentismo laboral. De este modo, el artículo 52. d. del Estatuto de Trabajadores en su nueva redacción, incluye la maternidad, el riesgo durante el embarazo, las enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, entre otros motivos. Con respecto al nuevo contenido de este artículo, tan celebrado por las distintas fuerzas políticas, debo expresar que me parece criticable que el legislador considere los desajustes ocasionados durante el embarazo, parto o lactancia como enfermedades. Asimismo, lamento que el legislador no haya visto bien introducir la paternidad como criterio más a tener en cuenta, en coherencia con las enmiendas presentadas al Proyecto en sus artículos 5 y 10, en la modificación que efectúa en el apartado 4 del artículo 26 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, y evitar una interpretación restrictiva. Asimismo, creo que el legislador debería haber recogido expresamente los permisos de ausencia por cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo.

²⁰ Vid. el PLAN PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LAS MUJERES (1993-1995), opus cit., p. 68. En este sentido, resulta de especial interés la actuación 3.1.3. del PLAN PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LAS MUJERES, opus cit., que establece en su tercer párrafo el "Realizar estudios cuantitativos y cualitativos para analizar las causas de descenso de nupcialidad, el descenso de la fecundidad legítima, la evolución de la fecundidad legítima, las concepciones prenupciales, las maternidades tardías, la expectativa en la reproducción, etc., para prever las actuaciones demográficas a corto y medio plazo".

En definitiva, uno o una se plantea si el artículo 35 de la Constitución Española de 1978 sigue vigente en la actualidad o ha sido derogado por otra disposición de rango superior: "Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo".

Quizás, la razón del no cumplimiento del artículo 35 sea la de que "aun cuando se reconoce que el trabajo asalariado es "igual de importante" para el hombre que para la mujer, se admite también que el *trabajo femenino* tiene un rasgo de *voluntariedad* que no tiene el *masculino*, al que se le otorga carácter de *obligatoriedad*, lo que legitima el poder reivindicarlo como un derecho, mientras que ese carácter "opcional" del trabajo femenino es, por el contrario, un factor limitador de derechos. Esto se refuerza con la valoración del desempleo, que se considera en general menos importante para la mujer que para el hombre"²¹.

Y esto es así, porque se sigue partiendo de una premisa en la que se basaba el Estado de bienestar tradicional: las mujeres eran básicamente inactivas desde el punto de vista económico, y desempeñaban sobre todo el trabajo doméstico no remunerado; frente a los hombres, que ocupaban trabajos remunerados, con lo que adquirían derechos a la protección social. "La creciente participación de la mujer en el mercado de trabajo ha distorsionado la relación armoniosa entre producción, reproducción y protección social; dando lugar a tensiones cada vez mayores entre los ámbitos profesional, familiar y asistencial"²².

Es cierto. Los cambios demográficos, sociales y económicos acaecidos en nuestra sociedad contemporánea plantean numerosos desafíos a los sistemas de protección social de los distintos países europeos –en lo que a la CEE se refiere– requiriendo un proceso de adaptación institucional común. Efectivamente, la mujer ha sido *responsable y víctima* directa de la desestabilización de las cuatro premisas de las que partía un Estado de bienestar tradicional, a saber: equilibrio equitativo entre las generaciones; matrimonios estables y unidad familiar; empleo continuo y a tiempo completo; y por último, nivel

²¹ Vid. MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES, INSTITUTO DE LA MUJER (ed.), *Los hombres españoles*. Serie Estudios, nº 22, Madrid, 1988, p. 102. El subrayado es mío.

²² Véase el Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas. CDM (93) 531 final, Bruselas, 26 de abril de 1994, titulado "La protección social en Europa, 1993", y más concretamente el capítulo 3 "El efecto de los cambios sociales y económicos sobre los sistemas de protección social", pp. 123 y ss.

limitado de conflicto entre la vida profesional y familiar. Y esto obliga, en mi opinión, primero, a una adaptación institucional; y, en segundo lugar, a un cambio de modelo; rastreando la igualdad con las linternas del tradicional principio de antidiscriminación y el novísimo principio de antisubordinación.

La inadaptación institucional puede tener –como de hecho está teniendo– efectos negativos de gran alcance. No sólo tiende a incrementar las responsabilidades de las mujeres, de las que esperan cumplan “la triple jornada” –tiempo reproductivo+tiempo productivo+tiempo para el foro–; sino que además “invita” a éstas a no tener hijos, con el peligro de envejecimiento demográfico ya señalado.

El cambio de modelo se reclama para no reproducir el círculo vicioso imparable: la vacante de una mujer, –en lo que a “sus” tareas domésticas se refiere–, se vería cubierta por otra –mujer– que vendría a retomar el arcaico modelo.

El “ya veterano” principio de antidiscriminación y el “recién consagrado” principio de antisubordinación, se dan la mano para combatir –con el primero– las tradicionales políticas y prácticas “indiscriminadas” a favor del varón, frente a la mujer; y condenar –con el segundo– aquéllas que tienen el efecto inevitable de crear o perpetuar en nuestra sociedad una *posición subordinada* para ciertos grupos desaventajados, en este caso, el colectivo de mujeres.

“El principio antidiscriminatorio, al estar comprometido con la equidad de distribuir oportunidades escasas entre un conjunto de candidatos competitivos, no admite una práctica tan sutil y a la vez extendida como la imposición de los deberes de cuidado a las mujeres. Una decisión de distribuir empleos puede ser percibida como parte de la división del trabajo en consideración al género (las mujeres se quedan en casa con los niños, los hombres salen a trabajar), consecuencia de lo que presupone el paradigma discriminatorio: una elección deliberada por parte de una autoridad no identificable, como un empleador o un funcionario de admisiones. El principio de antisubordinación no es tan limitado, dado que alcanza a cualquier práctica que pone a las mujeres en desventaja, y por lo tanto ofrece las bases teóricas para aquellos aspectos del programa feminista que están dirigidos a incrementar la disponibilidad de mecanismos de control de natalidad, el requerimiento a los empleadores de proveer licencias por maternidad y paternidad y el apoyo para la creación de guarderías infantiles”²³.

²³ Vid. FISS, Owen M., “Teoría Crítica del Derecho y Feminismo”, en *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 182.

Hablar de combatir los actuales procesos de socialización que canalizan las "expectativas" de las mujeres, así como apostar por lo que actualmente se conoce bajo el nombre de "valor comparable" o "paga equitativa" está del todo "justificado como una forma de mejorar la posición general de las mujeres en el plano económico y, por lo tanto, como un medio para erradicar la jerarquía de género"²⁴.

Pero no avancemos nada más, y detengámonos en el primero.

4.4 LA NECESIDAD DE UN CAMBIO INSTITUCIONAL

La necesidad de un cambio institucional en las políticas sociales europeas ha sido incluso denunciado por la Comunidad Europea. Se trata de una oportunidad única, una estrategia de convergencia que fijando objetivos comunes "puedan guiar las políticas de los Estados miembros con el fin de permitir la coexistencia de los diferentes sistemas nacionales y hacer avanzar a todos ellos en armonía hacia los objetivos fundamentales de la Comunidad"²⁵.

Esta Recomendación del Consejo de la CEE, 92/442/CEE de 27 de julio de 1992, define pues, determinados objetivos comunes que han de servir de orientación para las políticas de los Estados miembros. En el ámbito de la familia (I, punto 6, apartado c) recomienda a éstos, textualmente: "contribuir a suprimir los obstáculos al ejercicio de una actividad profesional por parte de los padres"²⁶, con *medidas que permitan conciliar las responsabilidades familiares y la vida profesional*²⁷. Esta necesidad de conciliación de la vida familiar y laboral se percibe como una condición vinculada de forma inequívoca a la realidad social. De hecho, la IV Conferencia Mundial sobre las mujeres celebrada en Pekín en septiembre de 1995 lo consideró objetivo estratégico y fue ratificado, con un compromiso formal, por los 189 Estados allí reunidos.

De este modo, en el ámbito comunitario, la maternidad y la paternidad han sido contempladas en dos Directivas del Consejo de significativo interés. Nos

²⁴ *Ibidem*, p. 184.

²⁵ Vid. Recomendación del Consejo 92/442/CEE, de 27 de julio de 1992, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social, en Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N^o L 245/49, 28 de agosto de 1992.

²⁶ En este sentido, entendemos el vocablo "padres" como plural de padre y madre.

²⁷ Vid. Recomendación del Consejo 92/442/CEE, de 27 de julio de 1992, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social, en Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N^o L 245/49, 28 de agosto de 1992. El subrayado es mío.

referimos a la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992 que contempla la maternidad desde la perspectiva de la salud y la seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o que se halle en el período de lactancia; y la Directiva del Consejo 96/34/CEE de 3 de junio de 1996²⁸, fruto de un acuerdo entre la UNICE, el Centro Europeo de la Empresa Pública y la Confederación Europea de Sindicatos, que prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor. Se trata, según ha calificado la Eurocámara de "un punto de partida fundamental" en la consecución de la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, aun cuando se lamenta de que su adopción haya sido a través de una directiva, y no como reglamento con aplicación inmediata, debiendo esperar, en consecuencia, a su transposición a la legislación de cada Estado miembro.

Veamos qué sucede con la legislación española en lo relativo a maternidad.

4.4.1 El trastorno patológico de la Maternidad

Mucho tiempo ha pasado desde que José Antonio Searle en 1947 publicara su artículo titulado "Período de descanso y prestaciones económicas de las embarazadas" en la afamada Revista Española de Seguridad Social²⁹. En éste, además de criticar la Reglamentación del seguro de Maternidad vigente en la época, propugnaba un nuevo sistema basado en la abolición del llamado "descanso voluntario", y su sustitución por el "obligatorio discrecional" –según criterio del médico especialista–, y por el "obligatorio forzoso" que comprendía desde que "la embarazada saliera de cuenta" hasta que tuviera lugar el parto. Limitaba el descanso obligatorio postpartum a tres semanas, "pudiendo prolongarlo el especialista *discrecionalmente* cuando lo considere necesario"; frente a las seis semanas posteriores al parto que estipulaba como obligatorias la legislación de la época.

Ahora bien, entendía que la asegurada debía percibir *la totalidad de su sueldo o jornal* durante el descanso forzoso o discrecional, y no el 60% del salario con arreglo al cual cotizasen últimamente. "Encaje de bolillos" hace para

²⁸ Esta directiva, que obtuvo el respaldo del Parlamento Europeo el 14 de marzo de 1996, hace obligatoria la concesión de una licencia parental de tres meses a aquellas madres o padres que necesiten cuidar de sus hijos recién nacidos o en casos de fuerza mayor.

²⁹ Vid. SEARLE, José Antonio, "Período de descanso y prestaciones económicas de las embarazadas", en *Revista Española de Seguridad Social*, nº 12, Instituto Nacional de Previsión, Madrid, diciembre de 1947, pp. 1065-1072.

romper el parangón maternidad-enfermedad, para luego, curiosamente reestablecerlo en su sistema. Que la prestación por enfermedad sea porcentual tiene sentido, según él, para evitar fraudes, pero "en el caso de las aseguradas embarazadas, este razonamiento no nos sirve para nada, puesto que en su estado no cabe fingimiento ni simulación"³⁰. No obstante, cuando expone su alternativa establece que no deben empezar a regir las condiciones económicas de indemnización previstas para maternidad hasta el comienzo del séptimo mes de embarazo, fecha en la que el feto es viable, ya que cualquier alteración anterior a este momento "más puede considerarse equiparable a *otra enfermedad* cualquiera que a un proceso normal, aun con desviaciones, a consecuencia del cual nacerá un nuevo ser"³¹. Sólo a título anecdótico, merece la pena transcribir textualmente su argumentación:

"Coadyuva, bien que en mínima parte, a que mantengamos este punto de vista, la posible existencia de abortos criminales, considerados fortuitos, que siempre se provocan en los primeros meses del embarazo, y ello, no porque creamos que aliente a su ejecución las diferentes condiciones económicas de indemnización entre enfermedad y maternidad, favorables a este último supuesto, sino porque nos repugna pensar que a quien lo provoca pueda concedérsele idéntica generosa ayuda que a quien realiza con alegría, y a veces duro sacrificio su elevada y noble función maternal"³².

De cualquier manera, el criterio *enfermedad* ha venido persiguiendo a la maternidad en lo que a su regulación se refiere. De este modo, el artículo 126 de la Ley General de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 que regulaba la prestación por Incapacidad Laboral Transitoria (I.L.T.), recogía en su apartado c) a "los períodos de descanso, voluntario y obligatorio que procedan en caso de maternidad, con la duración que reglamentariamente se determine y que, en ningún caso, podrá ser inferior a la prevista para los mismos en la vigente Ley de Contrato de Trabajo"³³.

Se equiparaba la baja por maternidad con la de la enfermedad considerando la prestación económica "en un *subsídium equivalente a un tanto por ciento sobre las bases de cotización*, que con carácter unitario se fijará y se hará efectivo en la cuantía y términos establecidos en esta Ley, y en los reglamentos generales para su desarrollo"³⁴.

³⁰ *Ibidem*, p. 1066.

³¹ *Ibidem*. El subrayado es mío.

³² *Ibidem*, p. 1069.

³³ Vid. Decreto 2055/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE de 20 y 22 de julio de 1974. Véase al respecto los artículos 45 y 48 del antiguo Estatuto de Trabajadores de Ley 8/1980, de 10 de marzo. BOE de 14 de marzo de 1980.

³⁴ *Ibidem*, artículo 127. El subrayado es mío.

En otras palabras, no sólo se confunde a la maternidad con un tipo de patología, sino que además se le "castigaba" con un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre la base de cotización. Y nos preguntamos, ¿acaso traer un hijo al mundo es traer un microbio, virus, o bacteria?, ¿por qué no se valora el bien social?. Se exigía la revisión de la baja por maternidad –dentro del esquema del *principio antidiscriminatorio* antes aludido–, por entender que su naturaleza, contenido y finalidad eran distintos al de la Incapacidad Laboral Transitoria, por lo que supone no sólo respecto al salario, sino respecto a la consideración de la reproducción como bien social. Se "invitaba", en definitiva, a la mujer trabajadora a abandonar su función "patológica" reproductiva, y concentrarse en la "sana" productiva.

"En este contexto, –afirma Owen M. Fiss– las feministas han desarrollado un número de estrategias para mejorar la cantidad de oportunidades de las que gozan las mujeres y algunas de estas estrategias podrían caber cómodamente dentro del esquema del **principio antidiscriminatorio**. Por ejemplo, las feministas han atacado algunos criterios de los sistemas de empleo que perjudican a las mujeres, tales como los de estatura o *la regla que considera al embarazo como una incapacidad*, diciendo que estos criterios no tienen relación con el desempeño laboral y por ello son el equivalente funcional a la discriminación por género. Las feministas también han atacado algunos criterios de selección orientados hacia el pasado (por ejemplo, el de antigüedad en el cargo) con el argumento de que perpetúan las discriminaciones preexistentes"³⁵.

De esta urgencia se hizo eco el II Plan Para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres (1993-1995), en su actuación 1.3.1., y quizás por ello, el legislador reaccionó –aunque se tomó su tiempo–, elaborando un nuevo Capítulo en el Título II, el IV bis, titulado "Maternidad", que venía curiosamente a reformar y completar el inmediato Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social a la que aludimos establecía además una nueva rúbrica del Capítulo IV, Título II. Ya no se llamará "Incapacidad Laboral Transitoria", sino "Incapacidad Temporal". El propio Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE de 29 de marzo) lo explicita en sus artículos 45.c), 48.2, 49.e) y en su disposición transitoria 10^a.

³⁵ Vid. FISS, Owen M., "Teoría Crítica del Derecho y Feminismo", en *La crisis del Derecho y sus alternativas*, opus cit., p. 180. El subrayado y la negrita son míos. Véase igualmente de esta misma autora su artículo "An Uncertain Inheritance", en ZUCKERMAN, Harriet, COLE, Jonathan R., y BREUER, John T. (eds), *In the Outer Circle: Women in the Scientific Community*, 258, 1991.

Pero retomemos el asunto que nos ocupa. Efectivamente, se ha suprimido el artículo 128.1.c. de la LGSS de junio de 1994 que colocaba a la maternidad como situación determinante de incapacidad laboral transitoria, creando un supuesto específico para ella. Teóricamente, esto nos lleva a pensar que por fin, maternidad y enfermedad quedan escindidas para siempre. Sin embargo, investiguemos la regulación y veamos si aún quedan atisbos de hermanamiento.

Hace escasos días ha visto la luz la tan anhelada y divulgada *Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras* de 5 de noviembre de 1999. Los objetivos de esta ley son diáfanos y vienen expresamente recogidos en su Exposición de Motivos.

"La ley introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres. Al mismo tiempo se facilita que los hombres puedan ser coparticipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento".

De este modo, no sólo se va a completar –al menos formalmente– la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria anteriormente referidas, sino que, y por esta razón, va a introducir importantes modificaciones en el recientemente reformado Estatuto de los Trabajadores, en la Ley de Procedimiento Laboral, en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en la Ley General de la Seguridad Social, en las leyes reguladoras de la Función Pública³⁶, así como en el Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento.

Ciertamente, esta nueva ley introduce –entre otras– una importante modificación al ampliar los supuestos de suspensión del contrato a los casos de riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora e incrementar la edad de los

³⁶ Nos referimos más concretamente a las modificaciones introducidas en la Ley 30/1984, de 2 de agosto de Medidas para la Reforma de la Función Pública; en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Texto articulado aprobado por decreto 315/1994, de 7 de febrero; en la Ley 28/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y en la Ley 29/1975 de 27 de junio, de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

menores adoptados o acogidos a seis años. Estos serán los nuevos supuestos de suspensión permitidos, según reza el artículo 45, 1.d) del Estatuto de los Trabajadores en su reciente redacción: "Maternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menores de seis años".

En nuestra tarea de buscar y rastrear los persistentes hermanamientos entre maternidad y enfermedad a lo largo del Ordenamiento jurídico, hemos considerado pertinente centrarnos en tres aspectos muy concretos: el período de carencia exigido para beneficiarse del subsidio por maternidad; la prestación económica de éste; para terminar con el supuesto de suspensión por riesgo.

Pues bien, con respecto al primero de nuestros asuntos, el **período de carencia** exigido para beneficiarse del subsidio por maternidad, resulta necesario acreditar "un *periodo mínimo de cotización de 180 días*, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constitya la adopción (...) "³⁷.

Afortunadamente, se suprime el requisito de que la trabajadora en cuestión tuviera que estar afiliada a la Seguridad Social al menos nueve meses antes de dar a luz; y que hubiera cumplido durante el año inmediatamente anterior al parto un periodo mínimo de cotización de 180 días, así como las demás condiciones que reglamentariamente se exigieran³⁸.

El período de carencia para las contingencias comunes y para las contingencias profesionales con el nuevo Texto Refundido de la LGSS será, según el artículo 130, apartados A) y B):

- A) En caso de enfermedad común, que haya cumplido un *periodo de cotización de 180 días* dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante.
- B) En caso de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional *no se exigirá ningún periodo previo de cotización*³⁹.

³⁷ Artículo 133 ter de la LGSS introducido por La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social. BOE de 31 de diciembre de 1994. El subrayado es mío.

³⁸ Véase el artículo 128.c) de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo. BOE de 20 y 22 de julio de 1974, y el igualmente derogado apartado c) del artículo 130 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. BOE de 29 de junio de 1994, que incorporaba algunos matices al anterior.

³⁹ Artículo 130, apartados a) y b) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. BOE de 29 de junio de 1994. El subrayado es mío.

Personalmente, no entiendo por qué el periodo de carencia de la maternidad coincide con el de la enfermedad común. ¿Por qué a unos se les exige un periodo de cotización y a otros no? ¿Acaso sería absurdo no exigir carencia alguna a quienes solicitaran el subsidio por maternidad?

Pero, ¿y la **prestación económica**? Se determina con concreción que la prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al *100% de la base reguladora correspondiente*. Ahora bien, surge la pregunta, ¿cuál es la base reguladora correspondiente?. El artículo 133 quater de la LGSS matiza, "A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de la incapacidad laboral temporal, derivada de *contingencias comunes*"⁴⁰.

Nuevamente la comparación con la enfermedad común. ¿Por qué no se compara –y no digo que haya que hacerlo, todo lo contrario– con la profesional, en donde la base reguladora equivale al salario real percibido?

Efectivamente, hay que reconocer el avance legislativo en lo que se refiere al aumento del subsidio, de un 75%⁴¹ al 100% de la base reguladora; pero no confundamos esta base con el salario total. Determinados aspectos englobados en éste último, no se toman en cuenta para el cálculo de la base reguladora.

Pero no reprochemos sólo al Ordenamiento español estas continuas dislepsias entre maternidad y enfermedad. Antes de reparar en el tercer asunto que nos ocupa, –la suspensión por riesgo–, y continuar con la legislación española, reparemos brevemente en la Comunitaria.

La Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, afirma tajantemente "que (la maternidad) no debería en caso alguno ser interpretada como que comporta una analogía del embarazo a la enfermedad"⁴². No obstante, cuando tiene que determinar el nivel de las *prestaciones* de la trabajadora que ha dado a luz –a que se refiere la letra b) del punto 2; y el punto 3 del artículo 11– estima que "se considerará adecuada cuando garantice unos

⁴⁰ Artículo 133 quater de la LGSS introducido por *La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social*. BOE de 31 de diciembre de 1994. El subrayado es mío.

⁴¹ Véase la *Ley 3/1989 de 3 de marzo, para el supuesto de maternidad*. BOE, nº 57 de 8 de marzo de 1989.

⁴² Véase el último Considerando de la *Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia*, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Nº L 348/1, 28 de noviembre de 1992.

ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de *interrupción de sus actividades por motivos de salud*, dentro de un posible máximo determinado por las legislaciones nacionales⁴³.

Del mismo modo, entiendo que deja una puerta abierta a la arbitrariedad, cuando ofrece a los Estados la facultad de someter este derecho de remuneración a la condición de que la trabajadora cumpla los requisitos contemplados en las distintas legislaciones nacionales para "obtener el derecho a tales ventajas"⁴⁴.

El Consejo y la Comisión de la CEE son conscientes de este "no deseado" paralelismo maternidad-enfermedad de sus disposiciones, e insisten –justificándose– en Declaración expresa aparte que "Dicha referencia en modo alguno pretende equiparar el embarazo y el parto con una enfermedad. (...) En la redacción de la disposición, la relación que se establece con dicha prestación pretende sencillamente indicar una cuantía de referencia concreta y fija en todos los Estados miembros, con el fin de determinar la cantidad mínima que percibirá la trabajadora en concepto de prestación de maternidad"⁴⁵.

No obstante, otro tipo de lapsus encontramos en su normativa. De este modo, la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, no recoge en su artículo 2 el supuesto de maternidad. Dispone que "la presente Directiva se aplicará a la población activa, incluidos los trabajadores independientes, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por *enfermedad*, accidente o paro involuntario, a las personas que busquen empleo, así como a los trabajadores inválidos"⁴⁶. Posteriormente, y por mandato de su artículo 3 apartado 3^o, el Consejo adoptará otra Directiva que vendrá a determinar el contenido, alcance y modalidades de aplicación, con el fin de garantizar la aplicación de igualdad de trato en los regímenes profesionales. Nos estamos refiriendo a la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986.

En ella se determina su ámbito de aplicación. Dice así su artículo 3, "La

⁴³ *Ibidem*, artículo 11, apartado 3. El subrayado es mío.

⁴⁴ *Ibidem*, artículo 11, apartado 4. "Entre dichos requisitos no se podrán contemplar en ningún caso períodos de trabajo previo superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto".

⁴⁵ Vid. Declaración del Consejo y de la Comisión relativa al punto 3 del artículo 11 de la Directiva 92/85/CEE, incluida en el acta de la 1 608 sesión del Consejo (Luxemburgo, 19 de octubre de 1992), en Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N^o L 348/8, de 28 de noviembre de 1992.

⁴⁶ Véase el artículo 2 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, en Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N^o L 6/24, de 10 de enero de 1979. El subrayado es mío.

presente Directiva se aplicará a la población activa –incluidos los trabajaodres independientes, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, *maternidad*, accidente o paro involuntario, y a las personas que busquen empleo– así como a los trabajadores jubilados y a los trabajadores inválidos⁴⁷. En ésta sí aparece la maternidad, mientras que en la anterior no. Si la segunda directiva no es más que un desarrollo de la primera, y en la segunda se recoge la maternidad, ¿habría que entender que se encontraba también en la primera? ¿dónde? ¿quizás dentro del vocablo "enfermedad"?

El tercer asunto que no ocupa, tal y como ya anunciamos anteriormente, descansa en el nuevo supuesto de suspensión de contrato debido a, según reza la Exposición de Motivos de la nueva Ley, "motivos de salud de la madre o del feto". En caso en que se requiera un cambio de puesto de trabajo o función, y este cambio no fuera posible, la interesada podrá ser declarada en **situación de riesgo** durante el embarazo con protección de la seguridad Social.

Dicho así, y al menos en apariencia, el precepto parece marcar un paso adelante en la legislación, protegiendo por fin no sólo el bien jurídico que incorpora el hecho de la maternidad, los hijos o hijas, sino también a la mujer, tradicionalmente ignorada por el Ordenamiento jurídico. Pues bien, un análisis reposado y minucioso de la legislación pondrá de manifiesto que no sólo esto no es así, sino que además se vuelve a equiparar la maternidad con la enfermedad, y se castigará ésta con una prestación económica inferior a la razonable y deseable.

Para empezar, llama nuestra atención el hecho de que pese a que el artículo 45.1, d) del E.T. engloba en un mismo precepto las distintas casuas de suspensión del contrato, sin embargo, éstas van a ser referidas y tratadas de manera independiente por nuestra legislación laboral. De hecho, la suspensión por maternidad natural y por adopción y acogimiento preadoptivo y permanente serán tratado de manera diferenciada en el apartado 5 de este mismo artículo 48.

La razón de esta extraña distinción cobra sentido al ponerla en relación con la *prestación económica* de la Seguridad Social prevista para riesgo durante el embarazo. Dice así el nuevo artículo 135 de la LEGSS, en su apartado 1: "La prestación económica por riesgo durante el embarazo se concederá a la mujer

⁴⁷ Vid. *Directiva 85/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales de seguridad social*, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, N^o L 225/40, de 12 de agosto de 1986.

trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica de *incapacidad temporal derivada de enfermedad común*, sin más particularidades que las previstas en los siguientes apartados⁴⁸.

El fantasma de la enfermedad⁴⁹ vuelve a aparecer con toda su fuerza, limitando no sólo cuando se inicia y finaliza la suspensión del contrato por riesgo, sino determinando la prestación económica.

Artículo 135 de la LGSS.

2. "La prestación económica, cuyo pago corresponderá a la Entidad Gestora, nacerá el día en que se inicie la suspensión del contrato y finalizará el día anterior a aquél en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado.

3. La prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 75 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de *incapacidad temporal*, derivada de contingencias comunes"⁵⁰.

Es difícil entender a priori, el porqué el legislador establece una prestación económica tan inferior a la establecida para casos de maternidad natural, adopción y acogimiento, ya se preadoptivo o permanente. Es difícil entender a priori, por qué vuelve a dar un paso atrás estableciendo un 75%, y no el 100% de la base reguladora, aun cuando nosotros defendamos el 100% del salario real, como ya expresamos anteriormente. Su empeño por equiparar la situación de riesgo durante el embarazo con la Incapacidad Temporal se hace del todo patente hasta en el artículo 21.3., en su nuevo párrafo de la Ley sobre Seguridad Social de la Fuerzas Armadas, y en el artículo 69, apartado 3 de la *Ley sobre Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado*:

"Tendrá la misma consideración y efectos que la situación de *Incapacidad Temporal* la situación de la mujer funcionaria que haya obtenido licencia

⁴⁸ Nueva redacción del artículo 135.1. de la Ley General de la Seguridad Social según modificaciones introducidas por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. BOE de 6 de noviembre de 1999.

⁴⁹ De hecho, tal y como hemos puesto de manifiesto al tratar los nuevos supuestos que no pueden computarse como faltas de asistencia a efectos de extinción del contrato de trabajo por absentismo laboral -art. 52.d del E.T.- hacíamos referencia a la expresión allí recogida de "riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia". No creemos que tales trastornos o dolencias deban ser considerados enfermedad, porque de hecho no lo son.

⁵⁰ Nueva redacción de los apartados 2 y 3 del artículo 135 de la Ley General de la Seguridad Social según modificaciones introducidas por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. BOE de 6 de noviembre de 1999.

por riesgo durante el embarazo en los términos previstos en el artículo 69, apartado 3 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado⁵¹.

Si lo que se pretende es porteger el bien jurídico que incorpora la maternidad, y más aún en un momento preocupante como el actual donde España se sitúa a la cabeza de los países del planeta que menos tasa de natalidad posee, no se entiende bien la "invitación" del Ordenamiento a no traer hijos al mundo. El castigo a una prestación económica tan ínfima, no se comprende a no ser que se recupere el razonamiento de casi inicios de siglo de José Antonio Searle. Se trataría en definitiva de evitar "fingimiento y simulación". Nada mejor que imponer una reducción tan significativa de la prestación económica para disaudir a las mujeres –que en su totalidad tienden a defraudar, o así se presupone– de alegar un supuesto que, por otra parte, se recoge en la legislación laboral. El juego de presunciones resulta aquí tan peligroso como el modelo explícito de discriminación y subordinación entre géneros. La violación de "presunción de inocencia" pone de manifiesto un modelo implícito de discriminación ya que de no ser así, tanto hombres como mujeres serán tratados con igual consideración y respeto. En este caso, se plantea "duda razonable" en relación a la credibilidad de todo un colectivo, las mujeres, y se penalizará con una prestación económica de un 75% sobre la base reguladora, al igual que se considerará la situación de riesgo como una incapacidad temporal por contingencias comunes. No creemos, insistimos, que traer un hijo al mundo sea comparable con el contraer una enfermedad infecciosa.

Pero, al mismo tiempo, y si es cierto que la Ciencia incorpora parámetros de objetividad, neutralidad e imparcialidad, no acertamos a entender qué sentido tiene el reclamar de los expertos médico-sanitarios los informes prescriptivos, para posteriormente ponerlos bajo sospecha. Al fin y al cabo si existen condiciones de riesgo para la trabajadora o el feto, "y así lo certifi(can) los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio Nacional de la Salud que asiste facultativamente a la trabajadora", no hay razón para dudar, sospechar, ni recelar no sólo de uno, sino de los distintos informes técnico-científicos exigidos por ley.

En cualquier caso, no creo –pese a lo que formalmente pueda parecer– que el legislador se encuentre serio y realmente preocupado por la salud y el

⁵¹ Modificación introducida en la Ley 28/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y en la Ley 29/1975 de 27 de junio, de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, por el artículo vigésimo segundo de la nueva Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. BOE de 6 de noviembre de 1999.

bienestar de la madre y del feto. Y esto es así, porque por riesgo se entiende "la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico"⁵². ¿Qué sucedería en casos de embarazo con amenaza de aborto? ¿y en supuestos de ciática y lumbalgia aguda en meses avanzados de gestación? ¿se consideraría jurídicamente "riesgo"?

Si lo que se pretende es velar por la salud de la madre y del feto, ¿por qué no –tras el informe médico pertinente– conceder automáticamente la suspensión del contrato, en vez de agotar todas las vías previas arbitradas por el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales? A saber: 1º adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo; 2º cambio de puesto o función; 3º cambio de puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente; y 4º, y último, declaración de la situación de suspensión del contrato por riesgo.

Insisto en que el Estado de Bienestar –ahora en crisis– tiene un grave problema –amén de otros que señalaremos posteriormente, como la asignación del cuidado de los niños, viejos y ancianos– al que debe dar solución: una trabajadora se le ha quedado embarazada (esté o no en una situación de riesgo) y la cadena de montaje productiva no se puede detener. El Derecho actuaría en este caso como mera técnica de organización social movida bajo lo parámetros de la eficacia y la eficiencia. El sistema tiene un problema y hay que resolverlo en el menor tiempo y con los menores costos posibles. No pueden permitirse –porque no son rentables– distorsiones en el proceso productivo; y estas distorsiones van a ser eliminadas aún con un discurso técnico-jurídico en apariencia igualitario y progresistas, pero que sólo conduce a una penalización de las mujeres por el hecho de ser mujeres. Se necesita y se socializa a las mujeres, y se las castiga por el hecho de ser mujeres. Se necesita y se socializa a las mujeres, y se las castiga por el hecho de ser necesitadas y socializadas.

Porque..., una última reflexión –antes de continuar con la normativa española–: si fuera cierto que se reconoce a la maternidad autónomamente,

⁵² Véase el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, recientemente modificado por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. BOE de 6 de noviembre de 1999.

con un valor propio, distinto de la enfermedad⁵³. ¿Por qué la normativa comunitaria anteriormente analizada no recogía los supuestos de adopción y acogimiento? ¿qué clase de derechos tenía una madre adoptiva? ¿y un padre adoptivo, aunque se insista en hablar sólo de "permisos y subsidios por maternidad"?

Esto viene a dibujar sensiblemente la segunda parte de nuestro estudio, la necesidad de un cambio de modelo, ¿Por qué hablamos sólo de permiso de maternidad? ¿Por qué "inconscientemente" negamos "este derecho" a quienes no pueden ser "madres"? ¿No sería más correcto hablar de permiso parental —de padres y de madres— rompiendo con valores cultural y naturalmente interiorizados?

Transcendiendo al simple juego del lenguaje y acogiéndonos al *principio de antisubordinación* gestado en el pensamiento feminista más reciente, proponemos algo más, "un ataque a la idea tradicional de maternidad o, en términos menos ásperos, a la concepción social que fusiona la división social y biológica del trabajo y que hace a las mujeres responsables en primer grado del cuidado de los niños"⁵⁴.

⁵³ En este sentido, merece mencionarse la ley italiana sobre permiso de maternidad que frente a la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, *opus cit.*, establece una serie de medidas significativamente más progresistas, primando el reconocimiento del valor social de la maternidad. De este modo, frente a las 14 semanas por permiso de maternidad establecidas por la CEE, con un salario de hasta el 70%; la ley italiana lo amplía hasta 5 meses —2 antes del parto, y 3 después de éste—, y se retribuye con el 80% del salario. Esto en relación con la baja por maternidad obligatoria. En cuanto a la opcional, la baja por maternidad en la legislación italiana puede ascender hasta 24 semanas en el primer año de vida del niño, con una retribución salarial del 30%. La directiva comunitaria no lo prevé; así como tampoco se refiere al llamado descanso durante la jornada laboral que en la legislación italiana viene fijada en dos horas al día durante el primer año del bebé. Igualmente, la progresista legislación italiana recoge la posibilidad de prorrogar la baja maternal durante los primeros tres años por razones de enfermedad del niño; sin estar siquiera mencionada en el acuerdo comunitario. En lo que al trabajo nocturno se refiere, la mujer —según la ley italiana— no podrá realizar actividad alguna hasta después del séptimo mes desde el nacimiento del hijo en cuestión. Para la directiva europea, el trabajo nocturno sólo se interrumpirá en caso de poseer certificado médico que disponga lo contrario. La ley italiana extiende los derechos de protección a la madre adoptiva; no así la comunitaria que ni siquiera lo menciona. Debido a la urgencia del tema en cuestión, y cuando la directiva no era más que una propuesta de directiva del Consejo de Ministros de la CEE, presentada a la Comisión el 18 de septiembre de 1990 —80/C 261/04—, se celebró en Italia, con sede en Roma, y durante los días 9 y 10 de enero de 1992, un Congreso nacional de las mujeres del Pds italiano, bajo el tema "Il Tempo de la Maternità", en el que se dieron cita representantes significativas del mundo de la política. Todas las ponencias presentadas en este Foro fueron posteriormente publicadas bajo el mismo título en Editori Reunión, Roma, 1993, con prólogo de Livia Turco. Al respecto, véanse —entre otras— las ponencias de RIVIELLO, Anna Maria, "Soggettività femminile e procreazione: quale società"; GAIOTTI DE BIASE, Paola, "Sostenere le scelte procreative delle donne: quali politiche"; y CATASTA, Anna, "La normativa europea".

⁵⁴ Vid. FISS, Owen M., "Teoría Crítica del Derecho y Feminismo", en *La crisis del Derecho y sus alternativas*, *opus cit.*, p. 181. Véase también DINNERSTEIN, Dorothy, *The Mermaid and the Minotaur: Sexual Arrangements and Human Malaise*, 1977.

4.4.2 Medidas para promover la conciliación de la vida familiar y laboral

La incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo. De este hecho es consciente la reciente *Ley 39%1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, y explícita –en su Exposición de Motivos– la necesidad de “configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada”. En este sentido, la nueva regulación no hace más que asentar algunas de las bases ya establecidas en lo relativo a permisos y excedencias relacionadas con la maternidad, paternidad, introduciendo ahora el cuidado de la familia.

No obstante, y aunque efectivamente la reciente redacción del Estatuto de los Trabajadores se refiere al “permiso parental y por maternidad”, por inspiración de la *Ley 4/1995, de 23 de marzo*⁵⁵, también es cierto que, la letra de la ley queda desahuciada a papel mojado cuando la realidad cotidiana se empeña en vivir divorciada de la jurídica.

En cualquier caso, no podemos ni debemos ignorar el enorme esfuerzo que la legislación laboral ha realizado en estos últimos años para acercar la igualdad de principio al colectivo de mujeres trabajadoras. Es consciente de que “en este ámbito, es la mujer quien recibe las peores consecuencias, debido a la división del trabajo que por razones de género existe en la sociedad”⁵⁶. Sabe que el ser mujer sigue siendo un tabú para algunos empresarios que se obstinan en contratar hombres, libres, por naturaleza, de la carga de la maternidad y de responsabilidades familiares. Si contratan hombres, no tendrán que plantearse embarazos repentinos, que los obliguen a cubrir las vacantes. No habrá problemas de permisos, ni bajas maternas.

Hay, por lo tanto, una predisposición “de” y “por” principio de rechazo hacia un género, y de aceptación automática del otro. Y esto es así, porque la mujer sigue arrastrando la “pesada carga de “su” maternidad”, y digo “su”, porque sólo a ella le incumben tales menesteres. Quizás por eso, tan sólo

⁵⁵ Vid. *Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad*. BOE de 24 de marzo de 1995.

⁵⁶ Véase la Exposición de Motivos de la ley anteriormente citada.

20.000 mujeres decidieron optar en 1991 por un régimen compartido de excedencia⁵⁷.

Y es que el modelo ha alterado la forma, no el contenido. Mujer igual a esposa, madre, asistente social, y ahora también, "trabajadora". Muchos problemas para un empresario; muchos problemas para una sociedad con un índice de parados crítico; para una sociedad con una pirámide demográfica invertida; y para una mujer, presa de su propia construcción de identidad. Qué duda cabe que ante un panorama así, más vale optar por un profesional varón (cabeza de familia), que por una problemática, pródiga y absentista mujer trabajadora.

*Para poder mitigar esta problemática –según la normativa– es conveniente extender el régimen de **excedencia** forzosa regulado por la Ley a todo el periodo de excedencia establecido para el cuidado de los hijos, introduciendo como contrapartida la posibilidad de que aquellos puestos de trabajo, que queden vacantes con motivo de la excedencia, puedan cubrirse mediante la celebración de nuevos contratos, los cuales gozarán de una *reducción* del 95% durante el primer año de excedencia, del 60% durante el segundo año de excedencia y del 50% durante el tercer año de excedencia, *en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social, siempre y cuando se contrate a trabajadores en paro que estén cobrando una prestación por desempleo*⁵⁸.

Y con esto, se pretende "matar tres pájaros de un tiro": eliminar obstáculos a la contratación femenina; reducir los índices de desempleados; y estimular la contratación laboral. Pienso, no obstante, que esta medida parece más dirigida a premiar a empresarios que coloquen trabajadores en paro, que a otros menesteres. De hecho, existe este tipo "aséptico" de medidas "promocionales"; como también existe otro que pretende premiar a industriales que se instalen en determinadas zonas o polígonos de desarrollo, mediante reducción de impuestos o subvenciones.

Ciertamente dicha sospecha se confirma al toparnos con el famoso y novedoso "coste cero" de la maternidad. Apuntémoslo antes de continuar con el tratamiento de la excedencia.

La nueva ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de

⁵⁷ Véase el Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas, COM (93) 531 final, opus cit., p. 113.

⁵⁸ Vid. Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad. BOE de 24 de marzo de 1995. El subrayado es mío. Véase también al respecto la disposición adicional 14ª y el artículo 46.3 del Estatuto de Trabajadores, ambos recientemente modificados por la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, BOE, 7 de noviembre de 1998, y póngase en relación con el artículo 180 b. de la Ley General de la Seguridad Social.

las personas trabajadoras, de 5 de noviembre de 1999 introducía, entre otras, modificaciones al Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre por el que se regulan las *bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas* para sustituir a trabajadores durante los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento. Estas modificaciones, que afectan al artículo 1, van en la línea de reducir significativamente –el 100 por 100– las “cotizaciones empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, siempre que se contraten interinamente a desempleados para sustituir al trabajador o trabajadora durante los periodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento”⁵⁹.

Sin embargo, esta medida que aparentemente causa una ilusión óptica de igualitarismo y progresismo, esconde tras de sí toda una trampa de mantenimiento de una situación de subordinación entre géneros. Y es que, para empezar, entiendo que esta medida está, quizás conscientemente, mal denominada. De ser así, y en atención al auténtico contenido normativo, la medida debería llamarse “Coste cero de la sustitución de trabajadoras/es en suspensión de contrato por maternidad, adopción o acogimiento preadoptivo y permanente, o riesgo”. Creo que su preocupación, más que la efectiva igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, consiste en la promoción del empleo de personas jóvenes y paradas de larga duración, reflejo, tal vez del Plan Europeo de Acción para el Empleo del Reino de España. El “Coste cero” consiste en “(e)ximir del pago de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social a las empresas que realicen contratos para la sustitución de trabajadoras/es durante el periodo de baja por maternidad o adopción, suscritos con personas pertenecientes a los colectivos identificados en las directrices 1 y 2 de este Plan” (es decir, jóvenes y parados de larga duración).

Creo, sinceramente, que si su prioridad hubiera sido la protección de la población femenina en el acceso y promoción en el empleo, la medida hubiera ido dirigida a la exención de cotizaciones empresariales por la persona en situación de suspensión que, habitualmente, será la madre, y no por el desempleado contratado interinamente para sustituir. Esto hubiera exigido simplemente, como apunta Teresa Pérez del Río, “la ampliación por el periodo de esas 16 semanas de suspensión (o 18 en caso de parto múltiple) de la medida de Protección a la familia regulada en el art. 180.b de la LGSS”⁶⁰.

⁵⁹ Vid. Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. BOE de 6 noviembre de 1999.

⁶⁰ Vid. PÉREZ DEL RÍO, Teresa, “El Plan de Acción para el Empleo, ¿refuerza las Políticas de Igualdad?”, *Meridiana*, n.º 11, 1998, p. 36.

Pero, aparte de los riesgos de que el empresariado pueda inclinarse por el mantenimiento –a medio plazo– del sustituto –que muy probablemente será hombre, por no plantear problemas de maternidad sobrevenidos– frente a la mujer sustituida, me inclino a pensar que si la intención del legislador hubiera sido la de promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, muy probablemente hubiera optado por eximir de cotización a la Seguridad Social al empresario que *hubiere contratado a otra mujer* para cubrir la vacante de suspensión por maternidad.

En cualquier caso, y recuperando de nuevo el tema que nos ocupa, los trabajadores –hombre o mujer– tendrán derecho a un período de excedencia no mayor de tres años para atender al cuidado del hijo, fuere éste natural, adoptivo o acogido. El avance con respecto a la normativa comunitaria es claro: se reconoce la *adopción* y el *acogimiento*⁶¹ –preadoptivo y permanente– tanto para la excedencia como para una suspensión laboral; así como se habla de “permiso parental” –en relación a la suspensión–, frente al tradicional y recientemente corregido “permiso de maternidad” de la legislación de la CEE⁶², fundamento de recelo y suspicacias empresariales.

Pero continuemos con la regulación de la excedencia.

Aun cuando el artículo 46.3 de la LET dispone que el tiempo de excedencia será computado a efectos de antigüedad; que el derecho a reserva de puesto de trabajo sólo regirá durante el primer año quedando referida la reserva durante los siguientes años a una plaza de categoría equivalente; y que “el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación”⁶³, ciertas cavilaciones se generan en mi discurso.

Efectivamente se trata de un régimen de excedencia bastante favorable

⁶¹ Véase la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento en materia de adopción. Al respecto, repárese también en los recientemente reformados artículos 45.1.d); 46.3; y 46.4 del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. BOE de 6 noviembre de 1999.

⁶² A modo de ejemplo, véase el artículo 8 titulado “Permiso de maternidad” de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, en Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N^o L 348/1, 28 de noviembre de 1992. Actualmente, no obstante, la Directiva 96/34/CEE del Consejo de 3 de junio de 1996, fruto de un acuerdo entre la UNICE, el Centro Europeo de la Empresa Pública y la Confederación Europea de Sindicatos, prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor.

⁶³ Resulta del todo curioso cómo el recientemente reformado artículo 29.4 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública referente a excedencia por cuidado de familiares, no recoge el derecho del trabajador/a a asistencia a cursos de formación profesional. Vid. artículo 19 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, BOE de 6 de noviembre de 1999, que modifica el art. 29.4 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

al trabajador. No se trata de una simple "excedencia voluntaria". Al fin y al cabo se computa la antigüedad y se reserva el puesto de trabajo durante el primer año. Pero, ¿sería absurdo aplicar las condiciones del tipo de excedencia forzosa⁶⁴ recogida en el punto 1 del artículo 46? ¿Por qué no se conserva el derecho al mismo puesto de trabajo durante los tres años en que puede durar este tipo de excedencia por cuidado de los hijos?

Digo esto, aun sabiendo que estoy jugando deliberadamente con la letra de ley, porque el artículo 37.3.d), se refiere a un tipo de situación que podría derivar en excedencia forzosa en caso de no poder cumplir con la prestación del trabajo debido, en más del 20% de las horas laborales y en un período de tres meses. Nos referimos al caso en el que el trabajador puede ausentarse del trabajo y con derecho a remuneración "Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal..."⁶⁵. Dicho así, creo que tal deber podría encontrarse en la propia naturaleza del "permiso parental y por maternidad", y que consecuentemente no sería un absurdo aplicarle el régimen de excedencia forzosa genérico. Ahora bien, el legislador no pensaba en absoluto en esta elucubración cuando elaboró el referido artículo, sino en el sufragio activo. Efectivamente, la cita textual anterior acaba así: "el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo"⁶⁶.

Y esto es así, en un momento como el actual, de crisis del Estado de Bienestar donde ahora más que nunca se buscan sujetos sociales que se hagan cargo de todas aquellas tareas que colapsan al Estado Social. La ecuación Keynesiana muestra su quiebra al escindirse el deseable binomio acumulación y legitimación y no poder mantenerse la coexistencia del desarrollo económico con la distribución y la mejora de las condiciones de vida. La triple crisis que le afecta –crisis de acumulación del sector privado, crisis fiscal del Estado, y la

⁶⁴ La excedencia forzosa dará derecho a la conservación del puesto de trabajo y al cómputo de la antigüedad de su vigencia; y se concederá por la designación o elección a un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo (art. 46.1 LET). La excedencia voluntaria comprende un periodo de 2 a 5 años. Sólo podrá ser ejercitado por el trabajador, si hubieren transcurrido cuatro años desde el final de la última excedencia; y sólo dará un derecho preferente al reintegro de éste, en las vacantes de igual o similar categoría a la suya, que surgieran en la empresa (arts. 46.2; 46.5 LET). La excedencia por hijos, que podríamos decir que se dibuja como régimen intermedio a ambas, a la excedencia forzosa y a la voluntaria, se articula por un plazo de tiempo inferior a 3 años. El trabajador excedente por cuidado de cada hijo -ya sea natural o adoptivo- tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo durante el primer año (efecto coincidente con la excedencia forzosa). En los restantes años, sólo conservará un derecho a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional (previsión similar a la establecida por la excedencia voluntaria). Asimismo, se computa el tiempo a efectos de antigüedad; y tendrá derecho a cursos de formación (art. 46.3. LET). Hemos, no obstante, de señalar el enorme avance, en estos últimos años, de la normativa referida a la excedencia (por hijos), puesto que con anterioridad se aplicaba directamente el régimen de excedencia voluntaria.

⁶⁵ Véase el artículo 37.3.d), en relación con el artículo 46.1. de la LET.

⁶⁶ *Ibidem*. El subrayado es mío.

consecuente crisis de legitimación de la acción política— le obliga a tener que priorizar la atención de ciertas demandas sociales, y a recolocar a determinadas figuras en el tablero del orden del día para cubrir las consideradas residuales. De no hacerlo así, no podría ocuparse directamente de las reivindicaciones “importantes” e imprescindibles, al igual que perdería, definitivamente, su logotipo y su fama de Estado de Bienestar. Pero, ¿quién se ocupará de “los hijos de la Patria”? ¿y de nuestros mayores, cada vez más en número y en edad? ¿y de los familiares enfermos que requerirían, como todos los demás, de especiales ayudas y atención social?

Tal y como afirma Ana Rubio, “en los hogares, los sujetos sociales que asumen la responsabilidad, producción y racionalización de los bienes y servicios demandados son las mujeres. Como en el pasado, se están realizando los ajustes económicos e institucionales a costa de los grupos sociales más débiles, económica y políticamente, en los que las mujeres siempre ocupan el último escalón”⁶⁷. Y además, toda esta dejación de responsabilidades se hace de manera cautelosa, taimada, subrepticia, ora utilizando un discurso aparentemente igualitario y progresista, ora socializando y recordando a las mujeres cuál es su misión y su lugar.

Pues bien, toda esta preocupación por el cuidado de los hijos, y ahora también de los familiares ancianos y enfermos, se hace del todo patente en la nueva *Ley 39/1999, de 5 de noviembre*, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras que venimos analizando. Los **permisos retribuidos** que incluyen, como novedad, “la hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad” —art. 37.3.b del E.T.—, la **reducción de la jornada laboral por motivos familiares** —art. 37, apartados 4, 5 y 6 del E.T.—, así como el derecho a un período de **excedencia “para atender al cuidado de un familiar”** —art. 46.3 del E.T.— son buenos ejemplos de ello. De hecho, parte de su contenido normativo puede incluso llevarnos a pensar que la única preocupación del legislador reside en cerciorarse de que las necesidades básicas de viejos, enfermos y niños van a resultar del todo cubiertas, —sin necesidad de acudir a otras instancias sociales—, y no el supuesto y declarado interés por promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Y si no, ¿qué sentido tiene el calificar de “derecho individual” la excedencia y la reducción de jornada por motivos familiares, si luego se le permite expresamente al empresario su limitación?

⁶⁷ Vid. RUBIO CASTRO, Ana, “Globalización y democracia como forma de vida”, en prensa.

A saber: art. 37.5, in fine y art. 46.3 del E.T., refiriéndose a la reducción de jornada y a la excedencia "contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa".

Si fuera cierto que lo que el legislador protege es el derecho de toda persona trabajadora —lástima que no de toda persona—, a ocuparse del mundo de los afectos: de las necesidades físicas y espirituales de menores de seis años, disminuidos físicos o psíquicos, de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad o enfermedad no pueden valerse por sí mismos, así como de los hijos naturales, adoptivos, o acogidos, ya sean preadoptivos o permanentes, el legislador no hubiera permitido la intromisión y violación de un derecho individual, y sí su garantía. Porque, ¿y si son dos hermanos los que solicitan "ese tiempo" de vida para disfrutar del "poco tiempo" de vida de un padre enfermo?

Quizás hubiera sido más que deseable que el legislador hubiera protegido y garantizado formal y sustancialmente, un derecho universal al cuidado de los niños y ancianos para el conjunto de la ciudadanía, y no sólo reducirlo —aunque limitado— al conjunto de los trabajadores. Reconocer la importancia para la formación y conformación de las personas del disfrute de los tiempos de la vida —ciclos de vida, horarios de trabajo y tiempos en la ciudad— hubiera sido un primer paso para resignificar al tiempo de vida —ahora omnipresente⁶⁸ y unilineal— como tiempo social. Recordemos que la vida no es más que eso: tiempo, un tiempo para vivir y convivir.

Los nuevos artículos 45.1.d)⁶⁹ y el 48, apartados 4 y 5 de la LET establecen otra medida para poder mitigar la problemática antes referida. Se trata de una **suspensión laboral temporal** para el supuesto de "maternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menores de seis años". El legislador, esta vez, ha

⁶⁸ "El reloj, no la máquina de vapor, es la máquina-clave de la moderna sociedad industrial. En cada fase de su desarrollo el reloj es a la vez el hecho sobresaliente y el símbolo típico de la máquina: incluso hoy ninguna máquina es tan omnipresente", vid. MUMFORD, Lewis, *Técnica y civilización*, Alianza Universidad, Madrid, 1977, pp. 31-32.

⁶⁹ La anterior normativa solamente preveía la "maternidad de la mujer trabajadora y adopción y acogimiento de menores de cinco años". De este modo, y tal y como justifica la propia Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, "se introducen importantes modificaciones en la regulación de los permisos por adopción y acogimiento permanente y preadoptivo. Frente a la legislación actual en la que la duración del permiso depende de la edad del menor, concediéndose distintos periodos de tiempo, según el niño o niña sea menor de nueve meses o de cinco años, la Ley no hace distinción en la edad de los menores que generan este derecho, siempre que se trate de menores de seis años".

tenido mucho cuidado con el lenguaje, y ha considerado conveniente modificar la expresión "maternidad de la mujer trabajadora", y reemplazarla por el término indicativo de situación de "maternidad"⁷⁰.

Ciertamente, la perpetuación de la expresión "maternidad de la mujer trabajadora" no resultaba ni precisa ni completa, al no recoger dentro de ella, la posibilidad –que ofrecía y ofrece la ley– de que el padre disfrutara parte de este periodo de descanso. Y resulta aún más curioso si reparamos en que es la propia Ley 4/1995, de 23 de marzo, que inspiró parte de la reforma del Estatuto de los Trabajadores, quien acuña la revolucionaria expresión "permiso parental y por maternidad".

En cualquier caso, la nueva ley concede una suspensión de 16 semanas ininterrumpidas ampliables a 18 por parto múltiple, las cuales serán distribuidas a opción de la interesada siempre y cuando 8 semanas sean inmediatamente posteriores al parto. Sólo en el caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de éstas y cuidar al recién nacido. Pero, "no obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que el padre y la madre trabajen, ésta, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada⁷¹ e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga riesgo para su salud (...) En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los apartados anteriores o de las que correspondan en caso de parto múltiple"⁷².

Idem sucederá en los supuestos de adopción y de acogimiento preadoptivo y permanente de menores de hasta seis años⁷³, y de menores mayores de esta edad cuando se trate de menores discapacitados, minusválidos o "que por

⁷⁰ No obstante, existe un debate con respecto a la necesidad de introducir el binomio maternidad/paternidad, como algo perteneciente a género, y no limitarse al de maternidad, como situación. Véanse las enmiendas 85 a 97 presentadas por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, al Proyecto de ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, n.º 172-B, de 29 de junio de 1999, pp. 45-47.

⁷¹ Aun cuando el articulado no determine la duración de esta "parte determinada", la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, establece que el padre pueda disfrutar hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad.

⁷² Vid. Artículo 48.4 del E.T., modificado por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. BOE de 8 de noviembre de 1999.

⁷³ No entendemos por qué no se extiende el mismo periodo de suspensión a todos los supuestos contemplados, con independencia de la edad del menor, ya que se necesita igual, si no más, intensidad de atención personal por encima de los seis años.

sus circunstancias y experiencias personales o que por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes”⁷⁴.

Ahora bien, planteémonos alguna reflexión. La ley habla de “mujer trabajadora”; y de “en el caso de que la madre y el padre trabajen”. ¿Qué sucedería con aquellos casos –que son los más– en que sólo el padre trabaja, mientras que la madre “sigue trabajando”, aunque en el hogar? En otras palabras, ¿podría un padre disfrutar de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto para ocuparse del cuidado del hijo, aunque su mujer no trabaje fuera del mercado del hogar? ¿Estaría justificada esta “suspensión”, o inconsciente y legalmente se piensa que ya que la mujer “no trabaja” –trabajo no remunerado es trabajo no reconocido– debe ser ella quien se ocupe de “sus” tareas?

¿Qué sucedería en el caso inverso? ¿Qué ocurriría si fuere sólo ella quien trabajara en el mercado laboral, mientras el hombre se encuentra desempleado, o simplemente en el hogar? ¿por qué no nos resulta tan absurdo que la mujer cubra el período completo de la suspensión?

Probablemente, el término antes criticado de “maternidad de la mujer trabajadora” es el único que hace honores a esta situación, estando quizás más acorde con una realidad reacia a “distribuir tareas”, y a romper con “prejuicios culturales”. Todo se disfraza de un paternalismo malentendido, y se colocan las piezas “como deben ser” en el tablero de la vida. Mujer-hogar-maternidad/ Hombre-mundo-cabeza de familia.

Este mismo efecto lo encontramos en preceptos como el 37.4. referido a “las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses” que permite una hora de ausencia del trabajo por tales motivos. Nuevamente reitera que “la mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su⁷⁵ jornada normal en media hora con la misma finalidad”. Se trata, pues, de una disposición pensada “para” la mujer, y no así para ambos, aunque el último

⁷⁴ Entendemos, no obstante, que el legislador ha sido especialmente cuidadoso y sensible en los supuestos de adopción con respecto a la anterior normativa, previendo incluso, la posibilidad de desplazamiento al país de origen del adoptado. De este modo, el art. 48.4 del E.T. incorpora un último párrafo, fruto de la enmienda nº 124 presentada al Proyecto de Ley de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso y por el Grupo Parlamentario Catalán (CIU), y aprobada con 21 votos a favor y 13 abstenciones. Dice así: “En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente artículo, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción”.

⁷⁵ En este sentido, la nueva redacción del artículo 37.4 del E.T. empeora la situación al suprimir el artículo la (“la jornada”), y reemplazarlo por el posesivo su (“su jornada”).

párrafo actúe como coetilla final: "Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen". Las reflexiones son las mismas.

Quizás habría que definir exactamente qué se entiende por "lactancia", al ser ésta la situación que ha motivado el privilegio del permiso de reducción de la jornada. Si entendemos por "lactancia" la acción estricta de mamar, abarcando en consecuencia el período de la vida en que la criatura mama, muy probablemente habría que reducir significativamente el período de 9 meses establecido por ley, así como suprimir la apostilla última ya aludida. El derecho pertenecería estrictamente a la madre natural –no así a la adoptiva–, y durante el tiempo en que pueda amamantarlo con sus senos.

Tanto la acotación final del precepto, como el período de disfrute señalado –9 meses–, parecen ampliar el sentido del vocablo "lactancia" incluso a la acción de "dar leche de complemento" al recién nacido, en cuyo caso habría que pensar tanto en el padre como en la madre, ya fueren naturales o adoptivos, como indistintos actores. Pero, ¿qué sucedería si sólo uno de los progenitores "trabajara"? ¿Afectaría el precepto por igual al padre, en caso de que fuera él quien estuviera desempleado, que a la madre? ¿Qué ocurriría si la madre se encontrara en el hogar? ¿Podría el padre solicitar su supuesto derecho por lactancia del hijo?

Creo que requerir que ambos progenitores trabajen en el ámbito público, penaliza a las familias monoparentales, así como a las familias en que sólo uno de ellos aporta un jornal fungible. Ello implica limitar este "derecho" a sólo una parte de los trabajadores –colectivo, a su vez, más reducido que el de la ciudadanía–, y usar a las mujeres para continuar cubriendo la función doméstico-privada. ¿Por qué se dice entonces, desde el Congreso, que esta ley supone "un avance importante en esa necesaria conciliación entre la vida familiar y laboral, entre hombres y mujeres, que todos los grupos políticos demandamos"⁷⁶?

Asimismo, pienso que exigir que, en los casos de disfrute simultáneo del período de descanso, la suma de los mismos no pueda exceder de las dieciséis semanas previstas en los apartados anteriores (o de dieciocho en caso de parto múltiple)⁷⁷, limita y vulnera un derecho que podría calificarse de individual, así

⁷⁶ Estas palabras pertenecen al discurso de la diputada SAINZ GARCÍA, por el Partido Popular, con respecto a las Enmiendas del Senado presentadas al Proyecto para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. BOGG. Congreso de los Diputados, serie A, n^o 172-1, de 24 de mayo de 1999. Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n^o 266, 21 de octubre de 1999, p. 14204.

⁷⁷ Así se recoge también en la nueva redacción del artículo 30.3 de la *Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública*, según modificación de la *Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*. BOE de 6 de noviembre de 1999.

considerado por las directivas comunitarias. No creo que la clave repose en extender el permiso de maternidad al padre, pese a que así se determine en la ley⁷⁶. Estimo que el derecho al permiso por parte del padre como de la madre son *derechos de tipo individual*⁷⁷ e *intransferibles*. "En este sentido, no deben ser compartidos, sino que, al simultanearlos, se debe también respetar el ejercicio de ese derecho individual del padre y de la madre"⁷⁸. Debe haber, en consecuencia, un derecho individual a la paternidad y un derecho individual a la maternidad. Sólo así se cuidaría y se protegería a la maternidad y a la paternidad como bien y en su dimensión social. Sólo así se evitaría el recelo y el rechazo empresarial hacia la mujer por el mero hecho de ser mujer. Eso significaría, utilizando terminología dworkiniana⁸¹, tomarse, por fin, los derechos de la mujer en serio.

Así, y con respecto a la redacción de la ley, quizás se cumpla el corolario de la diputada Cortajarena Iturriz a las enmiendas del Senado, cuando asevera que: "las mujeres estimamos que vamos a pasar de la perplejidad a la irritación, y supongo que a la acción, porque esta ley, que podía ser realmente un hito en la conciliación y en la equiparación entre hombres y mujeres, va a quedar muy coja en las expectativas que han creado"⁸².

En cualquier caso, y pese al "esfuerzo normativo"—excedencias, suspen-

⁷⁶ "También desde el Grupo Parlamentario Popular juzgamos de vital importancia la ampliación del derecho del padre a disfrutar de ese permiso, pudiendo hacer uso de él de manera simultánea y sucesiva el padre o la madre siempre en periodos ininterumpidos. Como bien es sabido por sus señorías, con esta modificación el padre podrá optar por diez semanas de baja a partir de la sexta semana en lugar de las cuatro últimas semanas a que tenía derecho en la actualidad, sumándosele a esto la ampliación de las dos semanas de baja maternal por hijo en el caso de parto múltiple", vid. turno de palabra de la senadora del Grupo Parlamentario Popular DO CAMPO PIÑERO, en el Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social en relación con el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, n.º 140, 29 de septiembre de 1999, p. 6687.

⁷⁷ Atendamos a las palabras de la diputada por el Grupo Socialista, CORTAJARENA ITURRIZ, en su defensa de las enmiendas 36 a 71 presentadas al Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, n.º 739, de 27 de julio de 1999, p. 21520: "Al crear el permiso de paternidad que sea distinto al de la madre, pretendemos que el padre tenga y se erija en un instrumento de la promoción de la igualdad y se erija también con este permiso de paternidad en la función social de su papel, no sólo reproductivo sino también familiar, facilitando por otra parte la correspondiente asunción de responsabilidades en los varones. Se trata de introducir un permiso independiente, intransferible y flexible en su ubicación (...) Por eso decimos que una pieza importantísima para la conciliación es ésta, la del permiso por paternidad".

⁷⁸ Vid. discurso del diputado VAQUERO DEL POZO, por el Grupo Federal de Izquierda Unida, con respecto a las Enmiendas del Senado presentadas al Proyecto para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, BOGG. Congreso de los Diputados, serie A, n.º 172-1, de 24 de mayo de 1999. Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, n.º 266, 21 de octubre de 1999, p. 14203.

⁷⁹ Vid. DWORKIN, Ronald (1977), *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Madrid, 1995. Este autor propone una Teoría basada en los derechos individuales, lo que significa que sin derechos individuales no existe "el Derecho". Yo me permito extrapolar sus palabras, y defender que un Derecho que no reconozca y proteja los derechos individuales de mujeres y hombres, no es Derecho, ya que no se toma los derechos de la ciudadanía en serio.

⁸² Vid. discurso de la diputada CORTAJARENA ITURRIZ, por el Grupo Parlamentario Socialista, con respecto a las Enmiendas del Senado presentadas al Proyecto para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, BOGG. Congreso de los Diputados, serie A, n.º 172-1, de 24 de mayo de 1999. Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, n.º 266, 21 de octubre de 1999, p. 14204.

sión, permisos retribuidos, reducción de jornada, procedimiento urgente y tramitación preferente⁸³-, el divorcio entre realidad y legalidad parece insalvable. Los empresarios se inclinan por "trabajadores", puesto que conocen bastante bien la realidad social en la que viven. Las cargas familiares de cuidado de los hijos y del hogar en general siguen soportadas por las espaldas de las mujeres; y saben que, pese a que la LET, en su artículo 48.4., habilita al padre para que disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, sólo un escasísimo número de varones hará uso de esta facultad. De hecho, la nueva ley supone una razón más para que el empresario no contrate a mujeres que pueden o quedarse embarazadas u ocuparse de nuevas -jurídicamente hablando- tareas familiares de atención a enfermos y ancianos⁸⁴.

Sin embargo, y aun cuando cierto bloqueo "masculino" existe; no podemos caer en la ingenuidad y en el error de colocar un veredicto de culpable a un sector de la población -los varones- reacios a romper con costumbres hechas leyes. Estamos describiendo relaciones de género que vinculan y afectan a a mujeres y a varones, aunque estos últimos posean una posición privilegiada respecto de aquéllas. En este sentido, el bloqueo, no sólo reside en las mentes, llamemos masculinas, sino en todo un género, el de las mujeres, presas de lo que podríamos calificar "la maternidad cultural aprehendida".

La mujer no se plantea siquiera, en la mayoría de los casos, "optar porque el padre disfrute" de esta potestad; y es que, -como reza la ley-, *tiene que ser ella* quien, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, lo determine. Conoce bien, porque así la socializaron, su misión. "Su identidad personal de mujer, sigue unida al rol de esposa y madre, aspecto que le ha sido recordado desde siempre, y que ha interiorizado como parte de su ser, hasta el punto de *no ser*, o de serlo a la mitad si alguna de estas facetas fallaran. Esta dependencia a la dependencia de los demás, que a su vez "la" y "se" obliga a entregarse abnegadamente a ellos para obtener aceptación y amor, genera una tendencia al "perfeccionismo extremo y autodestructivo" por el que la obsesión por ser "la mujer perfecta" -siempre en relación a referentes externos-, olvida y

⁸³ Para garantizar el ejercicio libre de los derechos del permiso de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares, y su resolución en caso de discrepancia, se activará procedimiento de urgencia y tramitación preferente. Vid. redacción de los artículos 138 bis y 189.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, según modificaciones de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. BOE de 8 de noviembre de 1999.

⁸⁴ ¿Quién paga los permisos retribuidos por reducción de jornada para cuidar a viejos y enfermos -art. 37.3b del E.T.-? ¿quién sufre el coste de una reducción de jornada por las mismas razones -art. 37.5 del E.T.-? ¿quién hace frente económicamente a las ausencias prenatales y técnicas de preparación al parto -art. 26.5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales-?

relega la búsqueda y el cuidado de sí misma; asumiendo una subjetividad hipotecada⁸⁵. Lo auténticamente pernicioso reside en que la propia mujer ha incorporado en sí misma tales "criterios de evaluación" para colocar y colocarse en el ranking femenino. Ocuparse de otras tareas les está permitido, y ellas se lo permiten, siempre y cuando sean capaces de conciliar y sobrellevar con entereza su destino –el de la maternidad– y sus opciones profesionales.

Toda esta problemática plantea, entiendo, un segundo plan de ataque que venga a complementar al primero, más estrictamente jurídico.

4.5 LA URGENCIA DE NUEVOS MODELOS DE SUBJETIVIDAD Y CIUDADANÍA

La pregunta a realizar sería en qué medida el sustento (mayor o menor según el lugar de referencia, pero en todo caso escaso), que el Estado Social "ha concedido" y viene concediendo a las mujeres, contribuye a la emancipación de éstas y por tanto a la superación definitiva de la discriminación que sufren en los diversos ámbitos de la vida, o si por el contrario, simplemente aporta elementos que implican un aumento del bienestar pero prolongando e institucionalizando su condición de subordinadas.

Efectivamente, las medidas jurídicas y políticas tomadas en apoyo a las mujeres pueden afectar a las opciones de vida de éstas, favoreciendo el alcance de la igualdad de oportunidades⁸⁶; sin embargo, entiendo que tales propuestas exigen ser acompañadas además de un cambio de actitudes y de conciencia social. Se reclaman con urgencia nuevos modelos. Ya no nos valen los maniqueos *macho* –fuerte, aguerrido, emprendedor– / *hembra* –débil, sensible, maternal–.

De poco nos sirven Recomendaciones y "buenas disposiciones" jurídicas, –como la Recomendación 92/241/CEE del Consejo de 31 de marzo de 1992,

⁸⁵ Véase mi libro *Las Políticas de Igualdad en España: avances y retrocesos*, opus cit.

⁸⁶ En palabras de Owen M. Fiss, "Los feministas son conscientes que para erradicar una institución social tan enraizada y resistente como la jerarquía de género se requieren acciones afirmativas por parte del poder del Estado que presuponen un programa amplio de activismo estatal que incluye, además de los subsidios para los abortos, un incremento en la disponibilidad de métodos de control de la natalidad, entidades para el cuidado de niños, licencias por maternidad/paternidad, esquemas de igualdad laboral, una fuerte protección legal contra la violencia doméstica y acoso sexual y la regulación de la pornografía"; vid. FISS, Owen M., "Teoría crítica del derecho y feminismo", en *La crisis del derecho y sus alternativas*, opus cit., p. 186. No me detengo en las medidas de Política social propuestas en los distintos Planes para la igualdad de oportunidades de las mujeres, ya sean comunitarios o nacionales, por haber ya tratado puntualmente este tema en mi libro.

sobre el cuidado de los niños y de las niñas-, si tal y como establece, "dichas iniciativas tendrán por objeto, en particular, los permisos especiales que hagan posible que todos los progenitores que trabajen por cuenta ajena, tanto hombres como mujeres, *si así lo desean*, puedan asumir efectivamente sus responsabilidades profesionales, familiares y educativas, previendo, en particular, un cierto grado de flexibilidad en la concesión de permisos"⁸⁷. Al asignarse tales usos a sujetos individuales parece primarse el carácter libre y voluntario de las acciones realizadas, fruto de decisiones soberanas. Sin embargo, creemos que esta "elección" no es tal, sino que viene determinada y condicionada, entre otras razones, por la cultura y la coyuntura histórica, así como por su posición social de género.

Quizás, el problema comienza manifestándose en el deseo, deseo aprehendido culturalmente, y que se confunde con nuestra identidad. Atacar los procesos de socialización canalizadores de las expectativas de las mujeres, y tratar de conseguir programas educacionales que liberen a éstas del confinamiento de los estereotipos, vienen siendo medidas de actuación a largo plazo reclamadas por el discurso feminista.

Y esto es así, porque poco sentido tienen, -insisto-, los esfuerzos jurídicos al respecto, si la exclusión sigue haciéndose en silencio, camuflada, subrepticia. Inyectada ya en la cuna, los individuos -hombres y mujeres- intuyen -como si de su naturaleza se tratara- sus lugares de pertenencia. El hombre pertenece al mundo (ámbito público) y se le prepara para él; la mujer pertenece al hogar (ámbito privado) y se la educa para que permanezca en él, y sobre todo, para que *desee* permanecer. Si el punto de mira para algunos se dirige hacia el futuro; para otras, la visión se concentrará en el pasado y en el presente. Si en los primeros se fomenta la intrepidez, la innovación (mundo público); a las segundas, se les programa -como si de un ordenador se tratara- hacia la rutina, la conservación, y la repetición (mundo privado).

Lo auténticamente deplorable, en lo relativo a esta socialización diferencial, es "el hecho de que socialmente se *infravalore a uno de ellos (el privado)*, y el hecho de que se eduque a cada sexo *para desarrollarse en uno sólo de los ámbitos*"⁸⁸.

⁸⁷ Véase el artículo 4, párrafo 2^o de la Recomendación del Consejo 92/241/CEE, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas, en Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de 8 de mayo de 1992. El subrayado es mío.

⁸⁸ Vid. POAL MARCET, Glòria, *Entrar, quedarse, avanzar, Aspectos psico-sociales de la relación mujer-mundolaboral*, Siglo XXI de España Editores, S.A., Madrid, febrero de 1993, p. 71. El subrayado es mío.

Pero si el discurso feminista "avisa" de los peligros de la socialización según género; también su programa repara en lo que se ha calificado de "valor comparable" o "paga equitativa" y que busca obtener iguales salarios para las mujeres en el contexto de un mercado de trabajo ampliamente segregado por criterios sexuales. El principio del "valor comparable" "interviene sólo en aquellas diferencias donde los trabajos son funcionalmente equivalentes o comparables, si bien se retribuyen en forma desigual"⁸⁹.

Pues bien, aunque estos conceptos parecen ir dirigidos básicamente a situaciones de discriminación laboral-salarial indirecta⁹⁰; quizás, éstos reparen en aspectos claves que deberíamos tener en cuenta en la búsqueda de nuevos modelos. Tal vez, se trataría de pensar en una alternativa que no se olvidara, como en su día lo hizo el discurso moderno, de la esfera de la domesticidad. Evidenciar y calificar de "trabajo" –porque de trabajo hablamos– la dedicación y el esfuerzo empleado en el hogar: hijos, esposos, enfermos, abuelos...; consumidores de trabajo no mercantil, que requieren de un tiempo a fondo perdido.

Pero "el trabajo, como tiempo mecánico e instrumental, invade los parajes en los que vive el hombre (incluidos estratos considerados como reducto privado e inalienable de la interioridad) transformándolos en 'paisajes taller', es decir, espacios caracterizados por la aplicación de criterios pragmáticos y tecnocráticos de decisión y por pautas de funcionamiento automático"⁹¹.

Saber que según los "datos disponibles sobre el uso del tiempo parece difícil reducir la barrera de las cuatro horas diarias por persona en trabajos domésticos sin que ello implique derivar el trabajo hacia los servicios monetarizados o hacia otras personas"⁹², significa admitir y reconocer que la población –femenina, en este caso– que dedica un elevado número de horas a cubrir las necesidades sociales, se incapacita –al ser el tiempo un recurso limitado– para

⁸⁹ Vid. FISS, Owen M., "Teoría Crítica del Derecho y Feminismo", en *La crisis del Derecho y sus alternativas*, opus cit., p. 183.

⁹⁰ Nos referimos básicamente a supuestos como el encontrado en la *Sentencia del TC 145/1991, del 1 de julio (Sala 2ª)*, en donde la significativa diferencia salarial entre limpiadora y peón se justificaba según criterio de "fuerza física". La decisión del TC, fue otorgar el amparo solicitado por la parte demandante –colectivo de mujeres limpiadoras– por estimar que, en este caso, no se había tomado en consideración el trabajo efectivamente prestado y la concurrencia de circunstancias objetivamente acreditadas que no se vinculan directa o indirectamente al sexo de las personas. Tales circunstancias, en todo caso excepcionales, deben ser apreciadas de forma restrictiva, y siempre y cuando el sexo sea un elemento determinante de la aptitud profesional para el desempeño de ciertas tareas. Para terminar, sólo especificar que, en este caso, la llamada categoría "peón" correspondía a un bedel.

⁹¹ Vid. OCAÑA, Enrique, "Del reloj de arena al reloj del trabajador", en *Archipiélago*, nº 10-11, 1992, p. 104.

⁹² Vid. DURAN, María Angeles, "La conceptualización del trabajo en la sociedad contemporánea", en *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, nº 14, noviembre-diciembre de 1991, pág. 19. De esta misma autora, véanse sus distintos trabajos dedicados al "tiempo". Entre ellos, caben destacar: *La jornada interminable*, Icaria, 1986; "El tiempo de la Economía Española", *Información Comercial Española*, nº 695, julio de 1991; "Crear, descrear, crear", en VIDAL-BENEYTO, J. y otros (eds.), *España a debate. La Sociedad*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984.

alcanzar las necesidades productivas, y viceversa. Este excedente de trabajo femenino "configura una masa de tiempo enorme, equivalente a la de todo el tiempo diario asalariado. Y puesto que el tiempo —a diferencia del dinero— es un recurso irremediabilmente limitado, no renovable, ni susceptible de 'desarrollo', la adscripción de la población a uno u otro modelo de espacio-tiempo tiene un valor de definición política de primer orden"⁹³. Las mujeres están más especializadas en el trabajo doméstico —donde desempeñan el 80,5% del volumen total de horas dedicadas a esta actividad—, teniendo una penetración menor en el mercado de trabajo extradoméstico —26,8% de las horas empleadas en este sector—; mientras que los varones, por su parte, están más presentes en el trabajo profesional y desarrollan sólo la quinta parte del trabajo doméstico⁹⁴. El fenómeno que acontece se postularía como sigue: los grandes productores son a su vez grandes consumidores de necesidades sociales que otros deben cubrir, y esto tiene un coste. Por eso, yo reivindico el poner precio teórico a la empresa nada fácil de ser "ama de casa". Y digo "precio teórico", porque soy consciente de que establecer un salario fijo para todas las amas de casa —como algunos han aludido— supondría sancionar y ratificar el "statu quo" establecido, y sentenciar a la mujer a seguir viviendo sólo en la cárcel del hogar, y cumpliendo la condena de realizar, por prerrogativa estatal, determinados quehaceres, predesignados como propios de su sexo. Excesivo nos parece además calificarlo de "amor de casa", aunque efectivamente, el discurso que la relegó al hogar, disfrazó, y sigue disfrazando, las razones de afectividad y sentimientos; y ya se sabe que por amor, la realidad no se analiza, sino que se asimila y reproduce.

Ahora bien, tal vez "en el pecado esté la penitencia". ¿Qué país del mundo podría permitirse pagar un salario ajustado a todas las llamadas "amas de casa"? ¿Qué modelo macroeconómico podría soportar tal partida presupuestaria, si es que este salario conviniere a las mujeres y también a los hombres? Todo ello partiendo de la hipotética situación de que existiera un mercado flexible que permitiera entrar y salir de él con total libertad y sin penalización⁹⁵, y de una igualdad real entre las partes que posibilitara la negociación privada sin coacción. La medida, quizás, actuaría de revulsivo, y evidenciaría una realidad social y económica flagrante. El actual sistema económico⁹⁶ necesita del trabajo

⁹³ Vid. DURAN, María Angeles, "El triángulo imposible", conferencia presentada en la Universidad de las Islas Baleares. Departamento de Ciencias de la Tierra. 1992, p. 20.

⁹⁴ Sobre estos datos y para una información más completa y detallada sobre el uso del tiempo por géneros, vid. COLECTIVO IOE, *Tiempo social contra reloj. Las mujeres y la transformación en los usos del tiempo*, opus cit.

⁹⁵ Sabemos que las empresas penalizan sobremanera los vacíos curriculares y los desfases formativos.

⁹⁶ Vid. CARRASCO BENGOA, Cristina, *El trabajo doméstico. Un análisis económico*, Colección Tesis Doctorales, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

solapado, callado y anónimo de las mujeres. Calificarlo como tal significaría "la pérdida"; por eso, mejor ignorarlo, e inferirlo a través de un complejo proceso socializador⁸⁷: familia, ámbito académico, religión, lenguaje, medios de comunicación. El área de influencia de cada uno es bien diferente: la vertiente afectiva (familia); la espiritual (religión); la vertiente cognitiva (lenguaje, ámbito académico) o la social (medios de comunicación). Señalar cuál de los distintos agentes socializadores incide más en las personas, —tanto en hombres como en mujeres— ayudándolas a "interiorizar" el papel asignado, sería prácticamente imposible. Sin embargo, todos coinciden en la sutileza con la que emiten los mensajes; y en cómo se traspasan de generación en generación, perpetuando su existencia. La mujer interpreta el papel de activa y pasiva; de culpable y víctima, en la eterna película "la fábrica de identidades".

La prueba de que el trabajo "clandestino" de la mujer en el hogar sigue sin reconocerse, ni valorarse —puesto que no se remunera—, la encontramos en las irrisorias pensiones de viudedad⁸⁸, donde la mujer que nunca trabajó fuera del hogar obtendrá sólo el 40% de la pensión correspondiente al marido —que fue quien cotizó—; o en Recomendaciones comunitarias como la 92/442/CEE, donde se establece que la concesión de las prestaciones de protección social deberá respetar el principio de equidad, para que, textualmente, "los beneficiarios de las prestaciones sociales reciban la parte que les corresponde de la mejora del nivel de vida del conjunto de la población, sin dejar de tener en cuenta las prioridades fijadas a nivel nacional"⁸⁹. ¿Qué sucede, por lo tanto, con el trabajo —no remunerado, aunque del todo prescriptivo para el mantenimiento del sistema económico— realizado por las mujeres dentro del hogar? ¿Acaso se valora su incidencia en la mejora del nivel de vida? ¿O sólo se está pensando en trabajos "productivos", y por lo tanto remunerados? ¿Cuánto más productivos, más remunerados? ¿Remuneración y mejora del nivel de vida se corresponden en una relación directamente proporcional?

Los recursos de trabajo/mercancía, tal y como señala Ana Rubio, "han sido, tradicionalmente, los únicos recursos humanos aplicados para la cuantifi-

⁸⁷ La totalidad de los agentes socializadores importantes —como señalo en mi libro *Las Políticas de Igualdad en España: avances y retrocesos*, opus cit.—, continúan transmitiendo mensajes que son claramente discriminatorios para las mujeres, y que las relegan a un segundo plano.

⁸⁸ Vid. artículo 174 de la LGSS.

⁸⁹ Véase el punto 1,2,b) de la Recomendación 92/442/CEE, de 27 de julio de 1992, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social, en Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N^o L 245/49, de 28 de agosto de 1992. No olvidemos que esta Recomendación repara no sólo en los "trabajadores", sino también en "las personas que estén excluidas del mercado de trabajo, ya sea por no haber podido acceder a él, ya por no haber podido reinsertarse en el mismo, y que no dispongan de medios de subsistencia, deben poder beneficiarse de prestaciones y recursos suficientes, adaptados a su situación personal". El subrayado es mío.

cación del bienestar o de la riqueza. (Por eso) frente a esta interpretación es preciso integrar una visión global en la que trabajo productivo-reproductivo, familiar-social aparezcan, como están en realidad, interrelacionados y no segmentados. Si todas y todos estamos de acuerdo en que el trabajo debe ser repartido desde un punto de vista moral o político, hemos de repartirlo todo, el trabajo remunerado y el no remunerado. Lo contrario son trabas estructurales hacia un proyecto social igualitario¹⁰⁰.

Y esto es así, porque la mujer está excesivamente sobrecargada de trabajo con respecto al varón. Sumando el tiempo de trabajo profesional, el tiempo de trabajo doméstico, y el tiempo de estudio, las mujeres trabajan un promedio diario de 9h. 13', frente a 5h. 58' en el caso de los varones. La diferencia global –según datos facilitados por el Colectivo Ióe, y publicados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales¹⁰¹– es de 3h. 15', es decir, las mujeres trabajarían diariamente el 54,4% más que los varones. No obstante, estos datos del todo fiables contrastan con la imagen que ofrecen las estadísticas oficiales, para las que el 76% de las mujeres son inactivas o están desocupadas mientras la mayoría de los varones está trabajando. No obstante, este no reconocimiento expreso del trabajo no remunerado que tergiversa y manipula la distribución de tiempo por géneros, no es únicamente algo reprochable a España. Jonathan Gershuny haciendo referencia al ámbito europeo afirmaba: "Las estadísticas oficiales están focalizadas en la economía monetaria (empleo, renta, salarios, gastos). Pero esta 'economía' ocupa quizás una décima parte del tiempo total en las sociedades modernas. Las restantes nueve décimas partes están mucho menos descritas en las estadísticas oficiales. En la mayoría de los países se dispone de poquísima información sobre temas como el trabajo doméstico, los cuidados personales o las actividades de ocio"¹⁰².

Este tipo de análisis global permite poner encima de la mesa todas las cartas del juego tiempo/gasto. Conocer y reconocer el cómputo total de horas asignadas a cubrir necesidades sociales, hasta ahora no visibles, ni contabilizadas, faculta para una auditoría ahora sí rica y compleja. Al fin y al cabo, la no previsión de estos costes, engaña y disfraza la realidad, cargando la deuda en la cuenta del colectivo de siempre, el femenino. Y esto requiere actuar en un

¹⁰⁰ Vid. RUBIO CASTRO, Ana, *Feminismo y ciudadanía*. Instituto Andaluz de la Mujer. Consejería de la Presidencia, Sevilla-Málaga, 1997, p. 120.

¹⁰¹ Vid. COLECTIVO IOE, *Tiempo social contra reloj. Las mujeres y la transformación en los usos del tiempo*, opus cit., pp. 26-27.

¹⁰² Vid. GERSHUNY, Jonathan, "International comparison of time budget surveys: Methods and opportunities", en O'CONGHAILLE, W. y KOHLER, E. (Ed.), *The Changing Use of Time*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 1991, p. 13.

doble plano: con acciones colectivas que sean conscientes de toda la complejidad que encierra el tiempo como proyecto de vida; y con acciones individuales, trabajando la esfera de la subjetividad.

En este sentido, me parece del todo interesante señalar el proyecto de ley italiano sobre los tiempos presentado en el Parlamento, el 6 de mayo de 1995, bajo el título "Normas para regular los tiempos de vida, reducir la jornada de trabajo, y afirmar el derecho al control del tiempo elegido"¹⁰³. Consciente de que la segmentación del trabajo no es una cuestión económica, ni un simple juego de voluntades individuales libres; y que en modo alguno, las mujeres y los hombres deciden su posición en el trabajo, ya sea remunerado o no; pretende armonizar todos los niveles —el personal y el social— para que la elección de vida sea, esta vez, sí personal y no estructural, sin intervenciones camufladas, sin predeterminaciones subrepticias. Se exige la redefinición del tiempo como recurso humano y como proyecto de vida.

"A partir de la valoración del tiempo como un recurso valioso para todos, la propuesta de ley distingue tres partes esenciales: los ciclos de vida, los horarios de trabajo y los tiempos en la ciudad. Entre los puntos más relevantes merece destacarse la reducción de la jornada de trabajo a 35 horas por semana; un derecho universal al cuidado de los niños y ancianos para el conjunto de la ciudadanía, que no atiende exclusivamente a la categoría del trabajo mercantilizado y por cuenta ajena; la consideración de la maternidad como un valor social y la redistribución del trabajo familiar entre los sexos"¹⁰⁴.

Esto significa, en definitiva, no tener más tiempo libre para hacer más cosas, sino proyectar un uso más humano de la vida. En palabras de E. Méndez, "ocuparse de los otros y cuidarlos tiene que convertirse en un derecho de mujeres y hombres, una forma de enriquecimiento de la sociedad. Por eso mismo, el tiempo dedicado a las ocupaciones domésticas ha de ser considerado como un tiempo social"¹⁰⁵.

Todos estos aspectos llaman a la reflexión, y al rastreo de nuevos

¹⁰³ Proyecto de ley gestado en 1986 por la Carta *Itinerante de la mujer* —*Dalle donne la forza delle donne. Carta itinerante. Idee proposte interrogativi*. Documento a cura della sezione femminile della Direzione del Pci, Roma, 1987—, y que supuso un primer paso al Foro abierto celebrado en 1988, bajo el lema "Le donne cambiano i tempi". Años más tarde, en 1990, fue posible la presentación de un Proyecto de ley de iniciativa popular, impulsado por las diputadas del grupo parlamentario del Pci. Para una información seria y detallada del citado Proyecto de ley, remito a la investigación de Ana Rubio, por entender que no sólo aporta datos inéditos al respecto, sino que además incorpora una reflexión crítica y constructiva sobre los valores de espacio y tiempo. Vid. RUBIO CASTRO, Ana, *Feminismo y ciudadanía*, *opus cit.*, pp. 122-130.

¹⁰⁴ Vid. RUBIO CASTRO, Ana, *Feminismo y ciudadanía*, *opus cit.*, p. 126.

¹⁰⁵ Vid. MÉNDEZ, E., "L'experiencia del temps en les dones", en *El temps de les dones: de la reflexió a la pràctica*, Ayuntamiento de Barcelona, 1991, p. 9.

modelos, nuevas claves simbólicas, donde hombres y mujeres sean capaces de reconocerse como son en realidad (con sus igualdades y diferencias) y no como se les hizo pensar que eran. Yacer en actitud crítica, impasibles ante cualquier atisbo socializador resulta obligatorio para las mujeres, conscientes ahora de su enorme potencial en la formación de subjetividades individuales¹⁰⁶. Saben –o deben saber– que son ellas las que, a través de los procesos de socialización, han interiorizado un modelo de mujer hipotecado y subordinado al varón, que luego transmitirán en la propia subjetividad de mujeres y hombres. Inyectarán cargas determinantes simbólicas en su descendencia; y ésta, a su vez, lo hará en la siguiente generación. Círculo vicioso imparable que parece haber caído en la indeterminación de su infinidad.

El proyecto igualitario que encierra el paradigma democrático exige, en definitiva, redefinir la maternidad laboral y socialmente, para poder al fin adecuarla a las exigencias de la justicia.

¹⁰⁶ Por eso, investir de un nuevo contenido la función reproductiva, propia de mujeres, así como la doméstica y "socializadora", puede ser hoy una gran arma de lucha; y son "las mujeres (las que) podemos (y debemos) ser los agentes del cambio. En nuestras manos está". Vid. POAL MARCET, Glòria, *Entrar, quedarse, avanzar. Aspectos psicosociales de la relación mujer-mundo laboral*, opus cit., p. 71.

5. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DEL TRABAJADOR EXTRANJERO

MERCEDES MOYA ESCUDERO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Granada

5.1 INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social de 11 de enero de 2000¹, comprende dos cuestiones diversas y de difícil equilibrio. Por un lado, la ley proclama los derechos y libertades de los extranjeros en España y establece los límites a su ejercicio. Por otro, el grueso de sus disposiciones regulan la situación administrativa y laboral de los extranjeros, a saber, entrada, permanencia, salida y expulsión del territorio español, régimen sancionador, autorizaciones administrativas y condiciones para el acceso al mercado de trabajo. En este segundo aspecto el Ministerio del Interior tiene algo o mucho que decir, y es en este marco donde incide el régimen europeo que, independientemente de "Tampere", viene configurado esencialmente por el Acuerdo Schengen, los Reglamentos comunitarios sobre visados, y una política común para la regulación del visado que necesitan para trabajar y residir en España los extranjeros que no son nacionales de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.

Ahora bien, la fiscalización del régimen de acceso y permanencia en el territorio español no está refida con un tratamiento justo de los extranjeros residentes en nuestro país, con el reconocimiento y posibilitación del ejercicio de

¹ En adelante LOEx. (BOE de 12 de enero de 2000).

sus derechos. Entre ellos, el derecho a la vida en familia, a la reagrupación con su pareja cuando se encuentra fuera del territorio español, constituye un derecho que debe ser reconocido a toda persona humana.

No obstante, y aún reconocido por el ordenamiento jurídico, el derecho a la reagrupación familiar depende, en primer lugar, de lo que se entienda por familia y, en concreto, respecto a la pareja, de qué se entienda por tal a efectos de reagrupación: cónyuge de hecho y de derecho, sólo de hecho, parejas de hecho, solo heterosexuales o también homosexuales, más de una pareja... El legislador adopta el patrón de la familia nuclear, predominante en las sociedades occidentales sin tener en cuenta la existencia de otras culturas, otros planteamientos, otro modo de entender la familia, en los países de origen de los inmigrantes. Y más aún, utiliza caducos criterios ya desterrados para sus propios nacionales, quizás porque este legislador no acepta los cambios que la sociedad española ha exigido, y pretende imponerlos allá donde aún puede: en la normas que regulan los derechos de los extranjeros. Y así, como se estudiará *infra*, considera que la pareja del extranjero/a sólo puede ser cónyuge, es decir, ha debido celebrarse matrimonio con anterioridad a la solicitud de reagrupación.

En segundo lugar, las posibilidades de ejercitar este derecho son diferentes según se trate de nacionales de la UE o del EEE² o de nacionales de terceros Estados. Y respecto a estos últimos, también lo son en función del *status* del extranjero: que resida o pretenda residir con medios económicos suficientes desde el inicio, que sea estudiante, que goce de la condición de asilado, o que haya inmigrado por motivos laborales³. Y las dificultades se acusan cuando se trata de un trabajador y, fundamentalmente, de un trabajador por cuenta ajena procedente de un país sensible a la inmigración laboral. La exigencia de una

² La incorporación de España al 1 de enero de 1986 a la Comunidad Europea permitió la libre circulación de trabajadores nacionales de uno de los Estados miembros, ampliada por el tratado de Maastrich a la libertad de residencia. Pero, además, el Pacto con el Espacio Económico Europeo en 1994 con los países de la Efta, estableció la libre circulación de trabajadores para los nacionales de estos Estados. Para todos ellos, el derecho a entrar, residir y, en su caso trabajar, es un derecho, y los obstáculos a la reagrupación familiar se considerarían una restricción a su ejercicio. La libre circulación de personas y sus familias tiene como fin último la mejor integración de todos en el país de acogida, sin ser discriminados por su origen. Es por ello que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LOEx, exclusión que se extiende a los cónyuges de españoles nacionales de terceros Estados, si bien por lo que se refiere a estos últimos existe un proyecto para establecer una regulación diferente, totalmente discriminatoria en relación a los nacionales de la UE y del EEE, que, en la actualidad y afortunadamente, se encuentra paralizado. Respecto a todos los citados, además de no exigirse en ningún caso la autorización administrativa del permiso de residencia, no es necesario un tiempo de residencia legal del reagrupante para poder solicitar la entrada y permanencia en España de su cónyuge, sino que pueden venir simultáneamente. De todos modos, éste no goza del derecho de libre circulación por sí mismo, es titular de derechos a título derivado, su cualidad de extranjero se atenúa ante la de ser cónyuge de un súbdito español, de la UE o del EEE. En estos supuestos el Derecho español no hace más que adaptarse a las normas armonizadas del ordenamiento jurídico comunitario.

³ Los estudiantes nacionales de terceros Estados han sido hasta ahora excluidos como reagrupantes por la simple razón de que no se estima que tengan residencia legal en España, aunque permanezcan en ella cinco o diez años.

situación de residencia legal para poder traer a su familia supone un trabajo estable, medios económicos y una vivienda "normal" que muchos no poseen. Por otro lado, no puede obviarse la inmigración femenina, cada vez más numerosa, equiparándose en cifras a la masculina, y en el caso de los países latinoamericanos mayoritaria. Aunque la emigración se realiza como parte de una estrategia familiar, se puede ver que las mujeres emigrantes desarrollan dos estrategias diferentes, según que ya estén casadas en el momento de emigrar (en cuyo caso vuelven al lugar de origen, e invierten el dinero reunido en pequeñas empresas familiares), o si han emigrado solteras. En esta última situación el objetivo es casarse en España y permanecer aquí. Las mujeres inmigrantes desarrollan sus propias opciones de reagrupamiento familiar y priorizan pagar el viaje a hijas y hermanas, antes que a los miembros hombres de la familia⁴.

Pues bien, este trabajo pretende analizar el concepto de pareja existente en el ordenamiento jurídico español a efectos de reagrupación familiar, y evidenciar los problemas que se le suscitan al trabajador extranjero nacional de tercer Estado cuando pretende ejercitar su derecho.

5.2 RECONOCIMIENTO DEL DERECHO

5.2.1 Su plasmación en los tratados internacionales

Ya el art. 16 de la Declaración universal de los derechos del hombre de 1948 declara en su apart. 1 el derecho de los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, a casarse y fundar una familia, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, proclamando el apart. 3 de dicho art. que: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". De ello se deriva, a nuestros efectos, que los esposos han de estar autorizados a vivir juntos en todos los países de los cuales no pueden ser legalmente expulsados. Ahora bien, el hecho de que el art. 16 declare el derecho a casarse no significa la exclusión de protección para las familias que no estén fundadas en un matrimonio. Esta concepción de

⁴ Vid. GREGORIO GIL, C.: *Sistemas de género y migración internacional: la emigración dominicana en la Comunidad de Madrid*, Univ. Autónoma de Madrid, 1996.

la familia como célula fundamental de la sociedad se expresa también en el art. 16 de la Carta social europea de 18 de octubre de 1961⁵, el art. 23.2 del Pacto de derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966⁶, el art. 17 del Pacto internacional de derechos sociales, económicos y culturales, de 10 de diciembre de 1966 y, fundamentalmente, el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos de 4 de noviembre de 1950, que proclama el derecho al matrimonio y a la vida privada y familiar⁷. La exaltación del matrimonio no excluye la protección de las familias que no estén basadas en el matrimonio, y la reiterada proclamación de la familia como célula fundamental de la sociedad es una afirmación, nunca una definición⁸. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la noción de familia restringida, limitada a los padres y a los hijos menores, es la base de la protección acordada por el convenio. No plantea diferencias entre familia legítima y familia natural. La vida familiar resultante debe, en todo caso, ser preexistente y efectiva, y debe caracterizarse por relaciones suficientemente estrechas y reales entre sus miembros. Estas relaciones pueden tomar la forma de vida en común, de una dependencia financiera (en el caso de los hijos menores), de un derecho de visita ejercido regularmente, o aún de relaciones continuas entre un padre y sus hijos legítimos. Recientemente, el convenio de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, reconoce el derecho de todos los hijos menores a relacionarse con ambos padres, incluso cuando estos no conviven y residen en países diferentes (arts. 9 y 10)⁹.

No obstante, el citado art. 8 del Convenio europeo, si bien proclama en el apart. 1 que toda persona tiene derecho a su vida privada y familiar, admite en su apart. 2 la injerencia de la autoridad pública siempre que esté prevista por la ley, y constituya una medida que, en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la infracción de sanciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de otro. Se trata de un cúmulo de conceptos jurídicos indeterminados que proporcionan, naturalmente, un amplio margen de libertad a los Estados, pero que, en todo caso, han de ser interpretados de acuerdo con las pautas establecidas por el Tribunal Europeo de derechos humanos (TEDH). Evidentemente, las cláusulas

⁵ BOE de 26 de junio de 1960.

⁶ "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tiene edad para ello".

⁷ BOE de 10 de octubre de 1975.

⁸ Acerca de la evolución de la familia y su reflejo en los textos internacionales, COTS MONER, J. "Artículo 16", La Declaración universal de derechos humanos. Comentario artículo por artículo, Barcelona, 1998, pp. 238-295.

⁹ BOE de 1 de noviembre de 1990.

de restricción al ejercicio de un derecho han de ser interpretadas estrictamente. Pero una reglamentación autorizada por el propio convenio no es una injerencia, afirma el TEDH. Y en esta línea ha considerado que la obligación de someterse al control en la frontera cuando se trata de un extranjero, obligación prescrita por la ley a tenor del art. 5 del propio tratado, no es una injerencia¹⁰. La existencia de la injerencia es pedida no por el título de la reglamentación sino por sus efectos sobre un derecho garantizado. La jurisprudencia relativa a la vida familiar de los extranjeros afectada por la reglamentación de la inmigración, por las normas que regulan la entrada y permanencia, es un claro ejemplo de lo afirmado. Ahora bien, hay un vínculo estrecho entre la noción de injerencia y la parte de libertad conservada por el particular. La injerencia no existe si la reglamentación litigiosa deja a cada uno posibilidades de ejercer su derecho. Es necesario que estas posibilidades sean reales y no ilusorias¹¹, mientras que sí hay injerencia cuando el resto de la familia continua en el Estado del territorio del que tiene la nacionalidad¹².

Del análisis de la jurisprudencia del TEDH, el prof. Vicent Coussirat-Coustere considera que dicho órgano jurisdiccional estima que la injerencia estatal en el derecho a la vida familiar:

- A. ha de estar en la ley estatal
- B. ha de tener legitimidad convencional
- C. la injerencia ha de responder a una necesidad social imperiosa y ser proporcionada al fin legítimo perseguido. En el caso concreto ha de responder a justos motivos, a la vez pertinentes y suficientes. La necesidad ha de apreciarse concretamente, no con un carácter de uniformidad absoluta¹³.

Por su parte, el convenio relativo al Estatuto jurídico del trabajador migrante, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977¹⁴, dispone en su art. 12.º1. El cónyuge del trabajador migrante, empleado legalmente en el territorio de una parte contratante....., están autorizados, en condiciones análogas a las estipuladas en el convenio para la admisión del trabajador, a unirse con el

¹⁰ Vid. Mc Veigh O'Neill et Evans c. Royaume-Uni, Rapport Commission, 18 de marzo de 1981, DR 25, p.5.

¹¹ El TEDH ha estimado que la expulsión de los padres y del niño no afecta su derecho al respeto a la vida familiar cuando no existe ningún obstáculo para que vivan juntos en su país de origen. Sent. TEDH de 28 de marzo de 1991, A n.º 201, § 88-89.

¹² Sent. de 21 de junio de 1988 (Berehab c. Países Bajos), A n.º 138.

¹³ COUSSIRAT-COUSTERE, V: "Art. 8", La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, L. E. Pettit; E. Decaux; P. H. Imbert (dir.), Paris 1985, pp. 328-343.

¹⁴ Ratificado por España el 6 de mayo de 1980, BOE de 18 de junio de 1983.

trabajador migrante en el territorio de una parte contratante, siempre que este disponga para su familia de una vivienda considerada como normal para los trabajadores nacionales en la región en que esté empleado. Cada parte contratante podrá supeditar la autorización mencionada a un plazo de espera que no podrá exceder de doce meses. 2. Cada Estado puede, en cualquier momento, en una Declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, que tendrá efecto un mes después de su recepción, supeditar, además, la reagrupación familiar mencionada en el párrafo primero, a la condición de que el trabajador migrante disponga de recursos estables suficientes para subvenir las necesidades de su familia." De este modo, el reconocimiento del derecho a la reagrupación se supedita a la situación de legalidad del trabajador migrante y del cónyuge, es decir, a la obtención del permiso de residencia (art. 9, apts. 1 y 2), y se permite al Estado de acogida que establezca un determinado plazo para la reagrupación e, incluso, que supedite su ejercicio no sólo a la disposición de una vivienda "normal", sino a recursos estables suficientes. Si se tiene en cuenta que los requisitos para la concesión de las autorizaciones administrativas son competencia del Estado, que la obtención de una vivienda normal suele ser tarea harto difícil para el trabajador migrante en los primeros años¹⁵, y que el Estado puede limitar la reagrupación a que disponga de recursos estables suficientes, ambos conceptos jurídicos indeterminados, se llegará a la conclusión de que el derecho, aún siendo loable su reconocimiento, puede quedar vacío de contenido en más de una ocasión.

Igualmente, el Convenio de las Naciones Unidas sobre la protección de los trabajadores migrantes y sus familias de 1990, todavía no en vigor¹⁶ recoge el derecho a la reagrupación familiar en la Parte IV, dedicada a "Otros derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular". El art. 44.2 dispone: "Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio...". En consecuencia, el reconocimiento del derecho se supedita a la situación de legalidad del trabajador migrante, a la concesión por

¹⁵ El art. 13 de este tratado se ocupa precisamente de la vivienda, en el convencimiento de que no basta un tratamiento que no sea menos favorable que el otorgado a los propios súbditos en lo que se refiere al acceso a la vivienda y a los alquileres, sino que es necesario una vigilancia a efectos de evitar la explotación del migrante.

¹⁶ DE LUCAS: "Las razones de la exclusión: ¿Qué derechos para los extranjeros?", *Jueces para la democracia*, 1993, enero, pp. 35-43.

parte del Estado de acogida de las autorizaciones administrativas necesarias, admitiéndose la reunificación de las parejas de hecho si, según el Derecho aplicable, la relación produce efectos equivalentes al matrimonio. Ello supone, si el Tratado entrara en vigor para España, determinar cuál es el derecho aplicable en función de las normas de Derecho internacional privado, y naturalmente a la admisión en su caso de las parejas de hecho si tal Derecho les reconoce efectos equivalentes al matrimonio¹⁷.

5.2.2 Regulación en el Derecho comunitario

Los Estados miembros de la UE no han querido confiar en un principio a la Comunidad el poder de regir la situación de los súbditos de terceros Estados. Se consideró que el estatuto de estas personas en el interior del espacio común solo debía encontrar respuesta fuera del orden jurídico comunitario, en el Derecho de cada Estado miembro. En principio, la problemática de derechos de los extranjeros sobre el territorio de la Comunidad es la de falta o exclusión de derechos¹⁸. Las cuestiones relativas a la libre circulación de aquellos sólo han sido objeto de una cooperación intergubernamental, que se desarrollaba a través del llamado tercer pilar del Tratado de la Unión Europea (Título VI, arts. K a K9). Ello ha llevado al Parlamento europeo a dictar una dura resolución en la que estima que las "resoluciones", "recomendaciones", y otras decisiones de carácter general del Consejo relativas a las políticas de inmigración y asilo, eluden injustamente el control parlamentario y de la Justicia, lo que las hace inaceptables como modalidades de reglamentación de la Unión..., e insta a la Comisión, entre otras muchos aspectos, a sustituir la resolución existente sobre reunificación familiar por una Directiva¹⁹. Esa resolución es la relativa a la armonización de políticas nacionales en materia de reagrupación familiar, de 1 de junio de 1993²⁰. Y, aunque resulte una ironía, uno de los argumentos esgrimidos

¹⁷ La regulación de las uniones de hecho no existe de manera específica en la actualidad en Derecho internacional privado español. Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S.: "Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado", *Revista española de Derecho internacional*, vol. XLI, 1989, 2, pp. 487-531; LÁZARO GONZÁLEZ, I.: *Las uniones de hecho en el Derecho internacional privado español*, Madrid, 1989, pp. 289-378.

¹⁸ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "La condición jurídica de los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea", *Alternativas a una política de inmigración*, Madrid, 1996, ed. CESJ "Ramón Carande", pp. 51-88.

¹⁹ Resolución sobre la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la política de inmigración y derecho de asilo, D.O.C.E., núm. C 269, de 16-10-1995, pp. 156-163.

²⁰ Vid. la pregunta escrita nº 2567/92 del sr. Pierre Lalonde a la Comisión de las Comunidades Europeas, DOCE, nº C99, de 7 de abril de 1993, p. 13.

en defensa de Schengen fundamenta su necesidad en la tradición europea de justicia social, que hace necesario y debe guiar una unificación de reglamentaciones en la Europa del mañana²¹. En este espíritu, el reagrupamiento familiar es presentado, a título de ejemplo, como uno de los elementos de la política de inmigración que se presta a la armonización, en función especialmente de los principios suministrados por el art. 8 del Convenio europeo para la salvaguarda de los derechos del hombre, relativo al derecho a la vida familiar. La mayoría de las iniciativas que se contemplan se dirigen al rechazo de flujos migratorios. Pero no se ha abordado el reconocimiento de derechos a los extranjeros de terceros Estados que residen en la UE, a conferirles derechos y garantizarles su ejercicio²². El Parlamento europeo ha realizado diversas propuestas para extender progresivamente los derechos a los migrantes de terceros Estados, pero han quedado en propuestas²³.

Si son de fundamental importancia las resoluciones del Consejo de 20 de junio y 30 de noviembre de 1994, sobre las limitaciones a la admisión de nacionales de países no comunitarios para realizar una actividad asalariada —la primera—, o ejercer una actividad profesional por cuenta propia —la segunda—, en el territorio de los Estados miembros²⁴. La resolución de 20 de junio, es decir, la referente al trabajo por cuenta ajena, dispone, dentro de las consideraciones generales sobre la política que ha de seguirse que: "Los Estados miembros se reservan el derecho a permitir, con arreglo a sus respectivas legislaciones nacionales, que el cónyuge y los hijos a cargo de las personas admitidas ..., las acompañen" (A.v). De nuevo, se proclama la competencia del Estado sin ningún tipo de límites, considerando de manera lacónica que la familia está integrada por el cónyuge y los hijos a su cargo. En cuanto a los trabajadores por cuenta propia, el punto 9 de la Resolución de 30 de noviembre de 1994 establece de manera imperativa el derecho a la reagrupación familiar, al proclamar: "El cón-

²¹ Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República francesa, relativo a la supresión gradual de las fronteras comunes, y convenio de aplicación de 19 de junio de 1990, BOE de 5 de abril de 1994. La influencia del régimen de extranjería de Schengen se expresa claramente en el proceso de integración del "acervo de Schengen" en el marco de la UE, que se produce con el Tratado de Amsterdam (Protocolo núm. 2 del Tratado, Declaraciones anexas 15, 44, 45, 46 y 47).

²² Vid. BORRAS RODRÍGUEZ, A.: "Los ciudadanos no europeos en la Unión Europea", *Sistema*, núms. 114-115, 1993, pp. 223-234; PÉREZ VERA, E.: "La protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea", *Sistema*, núms. 114-115, 1993, pp. 138-151.

²³ El Consejo ha adoptado una Resolución destinada a avanzar en la integración de los residentes de larga duración en el territorio del Estado en que residen (Resolución de 4 de marzo de 1996, DOCE C 80 de 18.03.96). Estos residentes no deberán tener un trato menos favorable que los propios nacionales en las condiciones laborales, el acceso a la vivienda y a la enseñanza. Vid. PÉREZ VERA, E.: "Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et condition des étrangers", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tom. 261, 1996, pp. 394-426.

²⁴ D.O.C.E., núm. C 274, pp. 3-13.

yuge de un trabajador por cuenta propia y sus hijos solteros menores de una edad comprendida, según los Estados miembros, entre los 16 y los 18 años, recibirán, en principio, autorización para reunirse con este, con sujeción a las condiciones enunciadas en la resolución relativa a la reagrupación familiar de 1 de junio de 1993 por los Ministros de la Comunidad Europea encargados de las cuestiones de inmigración". Por tanto, se establece una graduación significativa según que el trabajo que vaya a realizarse en el Estado miembro sea por cuenta propia o ajena.

En la actualidad, el art. 73 K, 3) a) del Tratado de Amsterdam implica un giro radical respecto a la competencia de los Estados en materia de entrada y permanencia de extranjeros. Tal precepto establece que el Consejo deberá adoptar medidas sobre políticas de inmigración en los siguientes ámbitos: "a) condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar". Ahora bien, estas medidas no se someten al plazo general de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado, al que se someten el resto de las medidas enunciadas. E, incluso cuando se adopten por el Consejo, no impedirán a los Estados miembros mantener e introducir en los ámbitos de que se trate disposiciones nacionales que sean compatibles con el Tratado y con los acuerdos internacionales (art. 73, k, últimos párrafos). Mientras tanto, el Consejo ha considerado entre las prioridades en el ámbito de la cooperación de Justicia y Asuntos de Interior: el estudio de los problemas relativos a la reagrupación familiar²⁵. En definitiva, el tratado ni siquiera ha reconocido de modo pleno los derechos de los ciudadanos de terceros países para los que residen legalmente en el territorio de la UE²⁶. Todo lo cual no obsta para que se reconozca la aparición de un emergente régimen de extranjería en la Unión, íntimamente vinculado con la libre circulación de personas y el proceso de supresión técnica de las fronteras interiores. Pero cuál sea su significado en el futuro es imprevisible²⁷.

²⁵ Resolución del Consejo de 18 de diciembre de 1997 sobre el establecimiento de las prioridades de la cooperación en materia de Justicia y Asuntos de Interior para el período comprendido entre el 1 de enero de 1998 y la fecha de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, (punto 6.1). DO, núm. C 011, de 15-1-1998, pp. 0001-0004.

²⁶ MARIÑO MENÉNDEZ, F.: "Práctica española en materia de asilo e inmigración", *Extranjería e Inmigración en España y en la Unión Europea*, colecc. de la Escuela Diplomática, núm. 3, 1998, p. 75.

²⁷ Un análisis del tema, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: "Extranjería y ciudadanía de la Unión Europea", *Extranjería e Inmigración en España y en la Unión Europea*, colecc. de la Escuela Diplomática, núm. 3, 1998, pp. 102-126.

5.2.3 Reconocimiento expreso en la LOEx

La CE recoge en el art. 32 el derecho a celebrar matrimonio y en el art. 39 la necesidad de que el Estado proteja la familia, debiéndose entender que este último precepto, aunque se encuentre en el título dedicado a los principios rectores de la política social y económica, reconoce el derecho a la vida familiar.

Pero ha debido esperarse a la LOEx de derechos y libertades de los extranjeros y su integración social de 11 de enero de 2000 para que se recoja de manera expresa este derecho por parte del legislador estatal. Bajo el título Reagrupación familiar, el capítulo II de la reciente LOEx regula el derecho a la "intimidad" familiar (art. 16), y establece los familiares reagrupables (art. 17). Preceptúa el art. 16: "

1. Los extranjeros residentes legales 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.
2. Los familiares de los extranjeros que residan en España a quienes se refiere el artículo siguiente, tienen derecho a la situación de residencia en España para reagruparse con el residente.
3. El cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares, conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición".

Por su parte, el apart. a) del art. 17 recoge como familiar reagrupable al cónyuge del residente, siendo innegable, por tanto, el derecho a la reunificación de ambos en territorio español.

De este modo, el derecho se reconoce tanto al extranjero reagrupante como a los familiares reagrupables, figurando entre estos en primer lugar el cónyuge, pero tanto el término utilizado como las condiciones impuestas en el art. 17 obligan a analizar este concepto.

Especial mención merecen los asilados, por cuanto la extensión del asilo a la pareja de quienes se les ha reconocido la condición de refugiado tiene una

regulación específica en la Ley 5/1984, de 26 de marzo²⁸. El art. 10 recoge la extensión familiar del asilo bajo los términos, "se concederá asilo", y dicho precepto y el art. 34 del Reglamento que lo desarrolla establecen las personas a quienes se extiende y las excepciones al mismo²⁹.

5.3 CONCEPTO DE CÓNYUGE A EFECTOS DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR

5.3.1 Pareja matrimonial

El art. 17 a) LOEx dispone que el extranjero residente tiene derecho a que se conceda permiso de residencia en España para reagruparse con él: " a) El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas nupcias, sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y a sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes."

En primer lugar, el derecho a que se le conceda permiso de residencia para reagruparse con el residente significa que el matrimonio ha debido celebrarse antes de la solicitud del visado para residir, requisito imprescindible para la obtención del permiso de residencia. Por tanto, no se puede venir a España con un visado de estancia a efectos de la celebración del matrimonio, y pretender después, sin volver al país de origen, la concesión del permiso de residencia y la subsiguiente tarjeta de residente por reagrupación familiar. Precisamente la política seguida pretende luchar contra este tipo de actuaciones, el visado de residencia constituye requisito *sine qua non*. La exención de visado no podrá obtenerse,

²⁸ Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y la condición del refugiado, modificada por ley 9/1994, de 19 de mayo (BOE de 2 de marzo de 1995).

²⁹ Real Decreto 203/1985, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reg. de aplicación de la Ley 5/1984.

como se verá, hasta pasado un tiempo desde la celebración del matrimonio, y siempre que no se encuentren separados de hecho o de derecho si se trata de un nacional de tercer Estado, y de derecho si el reagrupante es un nacional de la UE, el EEE o español. En la misma línea, y por lo que se refiere a los asilados, el art. 34 del Reglamento de aplicación de la Ley reguladora del derecho de asilo establece como excepción a la extensión familiar del asilo el hecho de que el matrimonio o la convivencia estable se constituyan con posterioridad al reconocimiento de la condición de refugiado, en cuyo caso sólo podrá solicitarse el trato más favorable para sus familiares con arreglo a la normativa vigente de extranjería.

En segundo lugar, mientras que para los cónyuges de nacionales de la UE, del EEE, y de españoles, aunque sean nacionales de terceros Estados, basta serlo de derecho, los cónyuges de los nacionales de terceros Estados han de serlo de hecho y de derecho. Esta convivencia de hecho no será posible en el último año como mínimo según la Orden Ministerial hasta hoy en vigor de 8 de enero de 1999 que establece las normas generales y de tramitación de los expedientes de visado y de los permisos de residencia por reagrupación familiar³⁰, ya que al reagrupante se le exige permanecer en España durante más de un año para poder traer a su familia y, por tanto, no podrá convivir de hecho con su cónyuge durante este periodo. Hoy la LOEx establece en el art. 29.1 la situación de residencia temporal que autoriza a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años, lo que podría hacer pensar que puede ejercitarse el derecho a la reagrupación desde el momento en que se obtiene dicha situación. No obstante, nada impide que la Administración, al desarrollar la LOEx, establezca un determinado periodo que, como se ha visto, está permitido por los propios convenios internacionales. Además, si se trata de trabajadores por cuenta ajena, habrá que conectar esa situación de residente con el periodo para el que se halla concedido el permiso de trabajo (art. 35), con lo cual no parece que este aspecto varíe demasiado en función de la reciente LOEx.

Por su parte, los cónyuges de los asilados tendrán derecho siempre que no haya separación legal, separación de hecho o divorcio; aún si la hubiere, "se valorará la situación de cada miembro de la familia" (art. 10).

³⁰ BOE de 13 de enero de 1999.

5.3.2 Pareja de hecho

En principio, las normas de extranjería, y la autoridad administrativa al aplicarlas, no equiparan al cónyuge la pareja de hecho heterosexual, y mucho menos homosexual, a excepción de los asilados. Para los nacionales de la UE (y por extensión del EEE) el TJCE ha considerado que, a tenor del principio de no discriminación, la pareja de hecho que ejerce su derecho de libre circulación hacia un Estado de la UE que reconoce efectos jurídicos en su derecho interno a tal relación, han de gozar de tales derechos³¹. En nuestro ordenamiento, la equiparación de ciertos efectos del matrimonio a la convivencia *more uxorio* debe llevar a la admisión de las parejas de hecho de un nacional de la UE, del EEE o de un español, independientemente de que no se recoja en el RD 766/1992³². Por su parte, la Ley de asilo concede este por extensión familiar, "a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia" (art. 10). Y, en cambio, para los nacionales de terceros Estados el Reg. LOEx y la OM son terminantes: sólo cónyuge de hecho y de derecho. Hay, por tanto, una desigualdad sustancial que expresa, en definitiva, la defensa de la institución del matrimonio puramente formal en el seno de la UE, frente a una concepción real de la familia. Se obvia, por tanto, el importante papel que la familia, y en particular la mujer, pueden jugar en la integración de las personas inmigrantes, transformando realidades individuales, verdaderamente vulnerables, en unidades familiares que evitarán problemas de adaptación y marginalidad, y contribuirán a la integración social de los inmigrantes.

Según el Tribunal europeo de derechos humanos, la vida familiar debe ser preexistente y efectiva, y debe caracterizarse por relaciones suficientemente estrechas y reales. El permitir a los nacionales de la UE, EEE y españoles utilizar la reagrupación por un vínculo puramente formal, y negar la reagrupación de parejas de hecho con una vida familiar efectiva a quienes no tienen tal nacionalidad, supone dos raseros de medir, y obliga a celebrar matrimonio a quien libremente había optado por otro modo de familia. Y, lo que es más grave, habrá ocasiones en que dicho matrimonio no pueda celebrarse³³. El matrimonio constituye la familia, pero no sólo el matrimonio constituye la familia. La jurisprudencia

³¹ El TJCE en sent. de 17 de abril de 1986 asimila la condición de pareja estable a la unida por un vínculo legal.

³² Basta recordar algunas normas de nuestro ordenamiento que tienen una finalidad próxima a la reagrupación familiar, aunque no se recojan en las normas de extranjería. Así, el art. 40.3 del Estatuto de los Trabajadores, o el art. 29.3 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

³³ Piénsese en personas ya casadas que no quieren, no pueden o aún no han obtenido una sentencia firme de divorcio, que les permita celebrar un nuevo matrimonio. Y, por supuesto, en parejas homosexuales cuya unión, aún reconociéndosele ciertos efectos jurídicos en muchos ordenamientos, no pueden celebrar matrimonio.

dencia del TEDH señala que la noción de vida familiar del art. 8 debe ser interpretada a la luz de las concepciones que prevalecen en nuestros días en las sociedades democráticas, caracterizadas por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura. Considera que el término vida familiar engloba no sólo la relación de todo tipo que pueda surgir en el seno de una familia matrimonial, sino también aquellas que resulten de una unión no matrimonial³⁴. Y la doctrina del Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que la voz "cónyuge" comprende también a las uniones de hecho o *more uxorio*, y que la Constitución no identifica la familia que manda proteger en el art. 39.1 con la familia tradicional, con la que tiene su origen en el matrimonio, permitiendo atender a la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la realidad se expresen³⁵. El problema se agrava si se tienen hijos/as porque, estos o estas sí podrán reagruparse con el residente extranjero, pero el progenitor que quedó fuera no podrá entrar y residir en España por la vía de la reagrupación. Y ello frente al mandato del art. 9 y 10.1 del convenio sobre los derechos del niño, hecho en Nueva York el 20 de noviembre de 1989. Este último precepto, referente a la reagrupación familiar, no se refiere al cónyuge, al matrimonio, sino a la solicitud hecha por un niño o por sus *padres*. No se entiende, o se entiende demasiado bien, por qué no se han seguido las pautas establecidas en la Ley de asilo. Máxime cuando el matrimonio celebrado en el extranjero entre nacionales extranjeros no tiene por qué ser válido en España. Las autoridades consulares no se inmiscuyen en el tipo de matrimonio, ni de qué esposa se trate. Es cierto que se exigen certificaciones que permitan establecer al día la solicitud el parentesco, y que, cuando se trata de documentos extranjeros acreditativos del estado civil, sólo surtirán efectos cuando hayan sido legalizados (art. 4, 2, c) de la OM de 8 de enero de 1999), pero también lo es, y no podría ser de otro modo, que los cónsules se limitan a informar, cuando no existe certificado del Registro civil del país de celebración, que aquel se ha celebrado de acuerdo a determinados ritos tribales o religiosos del país de origen. La Orden Ministerial mencionada refleja un hipócrita planteamiento del problema, acusado al admitir la poligamia al establecer como requisito para la reagrupación del cónyuge: "que no resida con el extranjero otro cónyuge". Hoy se reproduce el planteamiento en la LOEx del siguiente modo: "En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial". Es simplemente una cuestión de número, no de valores fundamentales.

³⁴ Sent. TEDH de 13 de junio de 1979 (Asunto Marckx), serie A, núm. 31, p. 15. En esta sentencia el Tribunal elaboró una concepción del respeto a la vida privada, que le permite considerar como violación de este derecho toda norma incompatible con una "vida familiar normal" en la familia legítima o natural.

³⁵ Sent. TC 222/1992, 237/1992, 47/1993.

La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales debe llevar a los órganos jurisdiccionales españoles a conclusiones como la del TSJ de Cataluña en su sent. de 4 de julio de 1996:

"...El silencio del legislador en regular de modo general el régimen jurídico de las uniones civiles y de las uniones sociales de hecho no autoriza a la Administración a desconocer, en el ejercicio de sus potestades discrecionales actuables en la concesión de visados el derecho de los ciudadanos españoles y extranjeros a no ser discriminados sin justificación objetiva y razonable por razón de vínculos de convivencia estable acreditado que les ligue, al encontrarse vinculadas directa e inmediatamente las autoridades administrativas a garantizar los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la CE, entre los que cabe mencionar el derecho a la igualdad y el derecho a la intimidad(derecho a la vida privada y familiar en la expresión del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)..."³⁶.

Ahora bien, la posible admisión de las parejas de hecho a efectos de reagrupación familiar, lleva irremisiblemente a determinar cuándo debe estimarse qué constituyen una familia, de acuerdo con qué criterios se procede a su determinación, cuáles son los límites y lo que es fundamental, cuáles los medios de prueba que lo demuestren.

En los textos legales que se han analizado que admiten a la pareja de hecho como reagrupable se utiliza como punto de referencia el matrimonio, que produzca efectos equivalentes, persona a la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia...Y ciertamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia de la mayoría de los Estados, refieren la eficacia de las uniones de hecho al matrimonio, aunque sea para negar la equivalencia entre la institución matrimonial y las uniones de hecho. Aunque no es el foro para analizar el tema, sí pueden reflejarse algunas pautas a efectos del reconocimiento del derecho de reagrupación familiar sobre la base de uniones de hecho. En primer lugar, hay dos supuestos que no deben plantear dudas: la existencia de hijos/as comunes y la constancia en un Registro del país de procedencia de dicha unión³⁷. Si no existe ninguna de estas circunstancias, la prueba de tal unión podrá ser sólo fáctica, con las dificultades que ello entraña a efectos de la solicitud y posible concesión del visado para residir. En tal caso, entiendo que

³⁶ Su texto en Revista General de Derecho, 1997, pp. 10533-10538. Vid. comentario a esta decisión: QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIX, 1997-2, pp. 221-227.

³⁷ Piénsese que ello supone, no sólo publicidad de la misma, sino admisión de las parejas de hecho en el país de procedencia.

deberá demostrarse que existe una convivencia estable, relaciones suficientemente estrechas y reales, y notoriedad de la vida en pareja. Los compañeros deben cohabitar bajo el mismo techo, lo que permite presentar certificado del padrón municipal³⁸, pero ha de tratarse de una convivencia *more uxorio*. Junto a ello, debe exigirse que la unión haya tenido una cierta estabilidad y permanencia con anterioridad a la venida del extranjero al territorio español. Ello no supone negar que una pareja de hecho constituya una familia, tan solo que se demuestre que realmente lo es³⁹.

5.3.3 Parejas divorciadas

Al extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas nupcias se le suscitarán complejos problemas, por cuanto el art. 17,a) LOEx establece como requisito *sine que non* para la posible reagrupación del nuevo cónyuge: "...acreditar que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes". Si se tiene en cuenta que muchos ordenamientos jurídicos no tienen un planteamiento equivalente al nuestro, no puede estimarse correcto la rigidez con la que se reflejan en las normas de extranjería nuestros propios conceptos que, aún justos y lógicos, no tienen por qué ser compartidos por otras culturas.

5.3.4 El fraude como límite al ejercicio del derecho

En cuarto lugar, se exige que el matrimonio no se haya concertado en fraude de ley, pero debía de haberse especificado más: en fraude de la ley de extranjería, en concreto, el matrimonio de españoles o españolas con extranjeros o extranjeras nacionales de terceros Estados, y fundamentalmente el cele-

³⁸ Así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo, al definir la unión de hecho como un régimen vivencial de coexistencia diaria..., en el núcleo de un mismo hogar. Sent. TS de 18 de mayo de 1992 (RAJ 1992, R. 4907).

³⁹ Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado de las uniones de hecho, LÁZARO GONZÁLEZ, I.: Las uniones..., cit., pp. 61-166.

brado fuera de España. Para ellos, al registrarse por el RD 766/1992, no se exige tiempo de residencia del reagrupante, que entre otras cosas es español, pero deben ser cónyuges. El nacional de tercer Estado que casa con español necesita visado de residencia por reagrupación familiar expedido por el cónsul español de su país de origen o de residencia. Para ello el matrimonio ha de inscribirse en el Registro civil consular, y para inscribirse ha de ser válido. La validez del consentimiento sólo se fiscaliza para comprobar si lo que se pretende es conseguir la residencia en España por reagrupación familiar. Dicha fiscalización corresponde a los cónsules en cuanto Encargados de los Registros civiles españoles, competentes para proceder a la inscripción del matrimonio, celebrado ante la autoridad y conforme a la ley extranjera. Las entrevistas realizadas a los cónyuges por separado a efectos de verificar, no el consentimiento, sino el conocimiento de los gustos, número de familiares, actividad laboral, e incluso la inclinación al tabaco (siempre preguntan si el otro fuma), de los contrayentes, actividad casi policiaca, pueden llevar a la restricción insostenible de un derecho fundamental, justificada en la lucha contra la utilización de una institución jurídica –el matrimonio– como medio para lograr una inmigración legal, que la actual dureza de las normas de extranjería impiden. Si el cónsul considera que el consentimiento no es válido, no inscribe el matrimonio y, por tanto, no concede el visado. La multitud de recursos ante la DGRN evidencian que nos encontramos ante un problema al que debe buscarse solución. El *ius connubi* es reconocido a toda persona humana y, desde luego, parece no ponerse en entredicho cuando ambos contrayentes son de nacionalidad española. El matrimonio no puede ser utilizado como un instrumento de control frente a la posible entrada fraudulenta de extranjeros. Ello puede ser contrario a lo establecido en el art. 32 de la CE, por virtud del cual los efectos del matrimonio sólo pueden ser regulados, y por tanto limitados, mediante ley ordinaria, y no a través de órdenes ministeriales⁴⁰.

Los mismos problemas se suscitan en territorio español donde los extranjeros/as ilegales celebran matrimonio con españoles/as por resultar, aparentemente, la vía más fácil para regularizar su situación. Pero debe tenerse en cuenta que, para obtener la tarjeta de residente, necesitan inevitablemente visado para residir expedido por el cónsul español de su país de origen o última residencia antes de entrar en España, es decir, habrán de retornar al país de

⁴⁰ Vid. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española", *Actualidad civil*, núm. 6, 1998, pp.130-134; GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: "La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios", *Actualidad civil*, núm. 18, 3-9 de mayo de 1999, pp. 447-462.

origen, lo que no hacen. La otra opción es obtener exención de visado, que, como se verá *infra*, queda supeditada a condiciones temporales.

Esta situación se agravaría si viera la luz el proyecto de Real Decreto mencionado *supra* que supone la exclusión de los familiares de españoles nacionales de terceros Estados del ámbito de aplicación del RD 766/1992, y que establece un régimen para estos familiares a partir de la presunción de que los matrimonios son simulados, y mantiene el existente para el resto de los nacionales de los Estados de la Unión Europea a partir de la presunción contraria. Se pretende crear una tercera vía que coloca bajo sospecha de simulación el matrimonio de los españoles con extranjeros y no el de los ciudadanos de los demás Estados miembros. Y esta vía se justifica en el acatamiento de la resolución del Consejo de la UE de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, lo que no es del todo cierto⁴¹. Y ello porque la citada resolución rechaza introducir controles sistemáticos para todos, y sostiene que dichos controles se efectuarán sólo cuando existan presunciones fundadas, debiéndose adoptar medidas concretas únicamente tras la comprobación de dicho carácter fraudulento. Una solución en vía administrativa sería suspender la entrega de la tarjeta de residente de forma preventiva en aquellos casos en que existan indicios de fraude, e interesar al fiscal y al juez para que se pruebe la relación de parentesco.

5.4 REQUISITOS EXIGIDOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO

5.4.1 Trabajador/a extranjero y ejercicio del derecho

El art. 17 de la LOEx dispone: "El extranjero residente tiene derecho a que se conceda un permiso de residencia en España para reagruparse con él..." La solicitud de reagrupación, es decir la voluntad de traer a su cónyuge, constituye requisito imprescindible junto a la posesión de un permiso de residencia. Su derecho está supeditado a su condición de residente en nuestro territorio. Ello supone el no reconocimiento del derecho ni a los que se encuentren en situación irregular, ni a los que simplemente figuren inscritos en el padrón municipal,

⁴¹ Resolución de 4 de diciembre de 1997, 97/C 382/01.

pero aún no han cumplido los requisitos establecidos en el art. 29.3 LOEx para poder solicitar y, en su caso se les conceda, el permiso de residencia. Tampoco podrán pedir reagrupación los trabajadores/as de temporada, los trabajadores/as fronterizos o aquellos o aquellas que obtengan la residencia a través de una oferta de empleo por tiempo limitado, por ejemplo por seis meses. La política migratoria de la Unión Europea va destinada, fundamentalmente, a admitir, en caso necesario, y en ciertas circunstancias, *temporalmente* y por un período determinado, a ciertos trabajadores/as; a trabajadores/as temporeros siempre que no existan motivos para pensar que las personas interesadas van a intentar quedarse de forma permanente; a trabajadores/as en prácticas; a trabajadores/as fronterizos; a ciertas personas que sean trasladadas temporalmente por sus empresas como personal clave, y viajes de negocios.

Cuando se pretende entrar en España a efectos de realizar una actividad laboral, el visado para residir constituye requisito *sine qua non* para todos los nacionales de terceros Estados, incluidos los familiares de nacionales de la UE y del EEE, y aquellos que estén exceptuados de obtener un permiso de trabajo⁴². La solicitud ha de presentarse en la Oficina Diplomática o Consular española en cuya demarcación resida el extranjero. Sin embargo, dicha Oficina ha de solicitar autorización del Ministerio de Asuntos Exteriores a efectos de la posible concesión del visado. Y este, a su vez, requerirá el correspondiente informe de la autoridad laboral. Evacuados tales informes, la Oficina Diplomática o Consular resolverá valorando la documentación y los informes incorporados al expediente en un plazo no superior a tres meses (art. 25.4 LOEx). Si se deniega podrá interponerse recurso contencioso-administrativo⁴³. La obtención del visado se entiende sin perjuicio de la competencia de las autoridades dependientes del Ministerio de Justicia e Interior para autorizar la entrada y otorgar, cuando proceda, el permiso de residencia. Debe tenerse en cuenta que, a efectos de su concesión, la autoridad competente ha de atender al interés del Estado español y sus nacionales, y a los compromisos internacionales asumidos por España en el marco de Acuerdos de régimen común de visados (art. 25. 2 LOEx). Y no se concederá cuando la venida del extranjero/a a España suponga peligro para el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las relaciones internacionales de España. Todo ello supone la introducción de conceptos jurídicos indeterminados cuya interpretación, en un primer momento y en la mayoría de las ocasiones en todo momento, corresponde a la Administración.

⁴² Los numerosos convenios de supresión de visados concluidos por España permiten permanecer en territorio español hasta tres meses, y en ningún caso habilitan para realizar una actividad laboral.

⁴³ Lo que, como es obvio, no estará exento de dificultades.

Pero, aún reuniendo los requisitos exigidos con carácter general y aportando la documentación pertinente para la solicitud de visado, cuando se pide para residir a efectos de realizar una actividad laboral, han de cumplirse perentoriamente unas condiciones específicas. Si es por cuenta ajena ha de presentarse copia de la oferta de trabajo, cumplimentada en el modelo oficial que establezca la Dirección General de Migraciones, registrada por la autoridad competente que ha de informar dicha solicitud de visado. Lo que implica que la oferta de empleo ha de estar registrada en la Dirección Provincial de Trabajo española correspondiente antes de ser enviada al presunto trabajador extranjero. ¿Cómo se obtendrá dicha oferta de empleo? ¿Es posible que se contrate sin conocer la calidad profesional? ¿Podrá obtener un visado de estancia para venir a España para contactar con el empresario? ¿Suponiendo que fuese así, cumplirá las condiciones establecidas para esta entrada: medios económicos suficientes, billete de ida y vuelta...? ¿Me autorizarán la entrada? Teniendo en cuenta que se encuentra fuera de España, que la resolución de la solicitud de visado puede tardar hasta tres meses, ¿esperará el empresario?

Por lo que se refiere al visado de residencia para realizar una actividad lucrativa por cuenta propia, el extranjero deberá presentar el proyecto de la explotación o actividad económica que desea realizar con una evaluación de la inversión, rentabilidad y creación de puestos de trabajo. Si la actividad económica requiere especial titulación el extranjero deberá estar en posesión del título español correspondiente o haber obtenido homologación, convalidación o reconocimiento de su título extranjero por el Ministerio de Educación y Ciencia (art. 28.3 Reg. LOEx). Se recabará el informe de la autoridad competente, y la obtención de dicho visado dependerá de que la inversión cree riqueza o suponga puestos de trabajo para los españoles, lo que indiscutiblemente no proporciona una pequeña inversión.

Además del visado, para entrar en territorio español han de cumplirse las condiciones recogidas en el art. 23 de la LOEx y que deberán ser desarrolladas profusamente en el Reglamento de ejecución de la Ley. Estas condiciones son: acceder por los puestos fronterizos establecidos a tal fin; poseer pasaporte o cualquier otro título de viaje válido (con las excepciones de aquellos que solicitan asilo o refugio); no tener prohibida la entrada por alguna de las causas establecidas en el art. 24 LOEx; exigencias sanitarias; medios económicos suficientes, y justificación de los motivos de entrada. Y, si bien estos dos últimos

requisitos se tipifican con carácter facultativo, van a constituir los mayores obstáculos para la entrada del inmigrante en territorio español. Lo cierto es que España se ha dotado de una legislación orientada a participar en la realización de objetivos de libre circulación y de control de flujos migratorios. La entrada en el espacio Schengen implica para el extranjero/a la necesidad de poseer un documento que les permita franquear la frontera, justificar un visado de entrada, presentar documentos relativos al objeto y a las condiciones de estancia y disponer de medios de subsistencia, no estar señalados a los fines de no admisión y, en fin, que no se considere que pueden comprometer el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de una de las Partes contratantes.

Una vez que se realiza la entrada legal en España, la persona extranjera que no se rige por el régimen comunitario y que viene a realizar una actividad laboral, deberá proveerse de un permiso de residencia y de un permiso de trabajo, salvo que se encuentre en las excepciones del art. 39 LOEx⁴⁴.

La simultaneidad en la concesión, denegación o caducidad de los permisos de residencia y trabajo, no puede predicarse con carácter general, aunque sí es la norma para quienes desean fijar su residencia en España para realizar cualquier actividad lucrativa. En tal caso, ambos permisos deberán solicitarse simultáneamente, y la autoridad laboral competente no resolverá a efectos de otorgar o denegar el permiso de trabajo, hasta que no se haya obtenido el informe favorable de la autoridad gubernativa correspondiente en relación a la posible concesión del permiso de residencia, informe que no emitirá hasta tener constancia, si la persona extranjera no es residente legal en nuestro territorio, de que se ha solicitado el visado ante la Oficina Consular o Misión Diplomática española en el país de origen o residencia anterior. La autoridad laboral, una vez instruido el expediente y dictada resolución favorable sobre la solicitud del permiso de trabajo, remitirá copia con la documentación relativa a la residencia a la autoridad gubernativa, a efectos de que decida acerca del permiso de residencia. Si aquel no se concede, no se concederá este, sin perjuicio de que pueda solicitarse posteriormente un permiso de residencia por motivos

⁴⁴ Junto al permiso de trabajo y el reconocimiento de estar exexceptuado del mismo, constituyen autorizaciones para trabajar en España el documento de identidad de los refugiados, la tarjeta de estudiante y el permiso de residencia por circunstancias excepcionales. Los requisitos y el procedimiento sobre la concesión de autorizaciones para trabajar en estos supuestos se regulan en la Orden de 25 de febrero de 1998 del Min. de Trabajo y Asuntos sociales (BOE de 7 de marzo de 1998). Respecto a los efectos como autorización para trabajar de la tarjeta estadística de Ceuta y Melilla, PÉREZ ALONSO, F.: Régimen jurídico del extranjero en España, 2ª edic., Madrid, 1997, pp. 199-200.

diferentes. La resolución que recaiga sobre el permiso de residencia será comunicada inmediatamente a la autoridad laboral, y se le entregará al extranjero una tarjeta individual acreditativa del permiso de residencia y del permiso de trabajo. Si se deniegan, mediante resolución motivada, se le notificará al extranjero, advirtiéndole de la obligación que tiene de abandonar el territorio español en un plazo máximo de quince días, salvo circunstancias especiales. La Administración dispone de un plazo de 3 meses para resolver y, mientras tanto, no puede comenzar la actividad laboral.

Ahora bien, como se dijo al abordar el estudio del visado para residir y trabajar, la obtención de aquel, sobre todo en lo que se refiere al ejercicio de una actividad laboral por cuenta ajena, está intrínsecamente relacionada con la presentación de un contrato de trabajo o compromiso formal del empresario o empresaria, y con el inicio de los trámites ante la autoridad competente española para obtener el preceptivo permiso. ¿Va a preparar el empresario/a toda la documentación?. ¿Esperará al trabajador/a durante su tramitación, ya que en ningún caso se puede comenzar la actividad laboral hasta su concesión?. Si el permiso se obtiene, el empresario o empresaria debe garantizar las mismas condiciones que a los trabajadores o trabajadoras españoles y, a tenor del art. 50 f) de la LOEx, se considera infracción muy grave, "la contratación o utilización habitual de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización para contratarlos", sancionada con multa de uno a diez millones de pesetas (art. 51,c) LOEx), amén de los diferentes delitos contra los ciudadanos extranjeros recogidos en el Código Penal. Los trabajos de temporada, y la posible contratación por otro paisano o "amigo", son los supuestos más plausibles para los nacionales de países sensibles a la emigración que, en la mayoría de las ocasiones, son mano de obra no cualificada. Y, aún así, tienen pocas posibilidades de obtener ese permiso.

Los tipos de permiso de trabajo recogidos en el ordenamiento jurídico español, los requisitos que han de cumplirse para su posible obtención, las preferencias por razón de determinadas circunstancias, las causas de denegación y de extinción, la autoridad competente y el procedimiento para su tramitación, están profusamente recogidos en los arts. 75-96 del Reg. LOEx de 2 de febrero de 1996, y deberán recogerse en el futuro Reg. de ejecución de la LOEx de 11 de enero de 2000.

Aunque no es el lugar para analizar el régimen jurídico del permiso de trabajo, sí debe tenerse en cuenta para determinar cuándo el trabajador o trabajadora extranjero/a nacional de tercer Estado tiene derecho a la reagrupación, que no existe un único tipo de permiso de trabajo. La diferenciación ha de establecerse fundamentalmente entre permisos de trabajo de temporada o para realizar actividades de duración limitada, y permiso de trabajo por cuenta ajena, por cuenta propia y por cuenta ajena y propia para trabajador fronterizo, cuando se trate de concesión inicial. Y ello porque el sistema arbitrado en nuestro ordenamiento jurídico actúa progresivamente hacia la integración del extranjero cuando ya ha gozado del primer permiso de trabajo hasta tener la posibilidad de obtener un permiso de trabajo permanente.

El permiso inicial se concede en la mayoría de las ocasiones para una concreta zona geográfica, para un determinado sector de actividad, por un tiempo concreto, e incluso la Administración podrá limitarlo a una empresa determinada. Y, sobre todo, cuando se solicita un permiso para realizar una actividad laboral por cuenta ajena, ha de presentarse un contrato de trabajo o un compromiso formal del empresario. Además, si se exige especial titulación, la concesión del permiso se condiciona a la tenencia y, en su caso, homologación del título. El trabajador o trabajadora extranjera, necesariamente tendrá que ir renovando su permiso hasta obtener un permiso permanente. Los permisos han de solicitarse periódicamente y finalizan cuando finalice el contrato. Su renovación debe producirse si se dan las mismas condiciones que en la primera o subsiguiente concesión, o cuando se cuente con una nueva oferta de trabajo en los términos que se fijen reglamentariamente (art. 35.4 LOEx), y en caso de denegación, es la Administración quien deberá demostrar que ha habido un cambio de circunstancias⁴⁵.

Aún presentada la solicitud por el sujeto legitimado en tiempo y forma, aún presentada toda la documentación requerida⁴⁶, la Administración habrá de tener en cuenta causas externas al trabajador o trabajadora y al cumplimiento de las condiciones exigidas. Entre ellas, y a efectos del trabajo por cuenta ajena es

⁴⁵ Vid. sent. TS de 6 de junio de 1995, RAJ 1995, núm. 4638; sent. TS de 3 de febrero de 1998, AL, núm. 26, pp. 2393-2395.

⁴⁶ Si se trata de un permiso de trabajo por cuenta ajena, es requisito imprescindible el contrato u oferta de empleo, no pudiendo estimarse bastante poseer permiso de residencia y cobrar el subsidio por desempleo (sent. TS de 29 de abril de 1997, RAJ 1997, núm. 3191); igualmente solvencia del empresario, memoria descriptiva del puesto de trabajo, acreditación por la empresa de la experiencia del trabajador (sent. TS de 8 de enero de 1997, RAJ 1997, núm. 379).... Por lo que se refiere al trabajo por cuenta propia: proyecto de la actividad, solicitud de las autorizaciones o licencias exigidas para la misma... Debe tenerse en cuenta que si la Administración requiere una concreta documentación de los requisitos exigidos en el Reg. LOEx y el solicitante del permiso de trabajo no la presenta, se estima que ello impide a la autoridad laboral la valoración de la solicitud formulada y se procede a desestimar la petición. Para una interpretación de esta materia, vid. sent. TS de 18 de noviembre de 1997 (AL, núm. 16, 1998, pp. 1375-1378).

esencial que exista: insuficiencia o escasez de mano de obra en el sector y la profesión de que se trate (art. 35.2 LOEx)⁴⁷, lo que a contrario constituye causa de denegación –situación nacional de empleo–⁴⁸. Respecto al trabajo por cuenta propia se tiene especialmente en consideración la incidencia de la actividad a realizar en la creación de empleo o inversión⁴⁹, cualificación profesional exigible y pagos fiscales y a la Ss⁵⁰.

5.4.2 Informe favorable de la situación del trabajador/a

Junto con la voluntad del extranjero o extranjera de querer reagruparse con su cónyuge, y de que posee un permiso de residencia, la OM de 8 de enero de 1999 exige un informe favorable de la autoridad administrativa. Las circunstancias que han de constar en él y su compleja tramitación, obstaculizan y distorsionan la posible reagrupación. Se trata de un informe previo de la autoridad gubernativa (medios de vida, vivienda, asistencia sanitaria suficiente...) que debe incorporarse al expediente de solicitud de visado y que tendrá carácter vinculante (arts. 7 y 8 de la OM). Se genera un alto grado de inseguridad jurídica en el solicitante, que no puede saber a priori si los medios de que dispone serán suficientes a juicio de la Administración. Uno de los principales problemas lo constituye la exigencia de una vivienda suficiente, por las discriminaciones con las que se siguen encontrando los extranjeros en este marco, y por la realización en muchas ocasiones de trabajos itinerantes. El carácter itinerante, inestable y con frecuencia irregular de los empleos que suelen ocupar, sobre todo los magrebíes, contribuye decisivamente a alimentar la segregación y exclusión sociales que, con frecuencia, padece este colectivo⁵¹. De hecho, estos inmigrantes encuentran gravísimas dificultades en la búsqueda de viviendas, por lo que en muchas ocasiones se ven obligados a habitar en infraviviendas, lo que a

⁴⁷ Se concederán ante la insuficiencia o escasez de mano de obra en el sector; pero en la mayoría de las ocasiones, serán permisos de trabajo A que no puedan exceder de nueve meses.

⁴⁸ Situación nacional de empleo de los españoles, nacionales de Estados de la UE y del EEE y residentes legales en España inscritos como demandantes de empleo.

⁴⁹ Sents, TS de 14 de mayo de 1992 (RAJ); de 31 de mayo de 1995 (RAJ 1995, núm. 4238); de 8 de octubre de 1996; de 27 de mayo de 1997 (RAJ 1997, núm. 4088).

⁵⁰ Vid. un estudio sobre el régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España, MOYA ESCUDERO, M.: Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España, Granada, 1998.

⁵¹ Recientemente el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y las Consejerías de Asuntos Sociales de las Comunidades autónomas han concertado convenios de colaboración para el desarrollo de actuaciones conjuntas en materia de atención a inmigrantes, refugiados, solicitantes de asilo y desplazados. Así, la Resolución de 8 de marzo de 1999 de la Secretaría General Técnica por la que se da publicidad a la concertada entre dicho Ministerio y la Comunidad autónoma andaluza, BOE de 31 de marzo de 1999.

su vez dificulta gravemente las posibilidades de integración social y, por supuesto, de reagrupación familiar⁵².

5.4.3 Visado y exención de visado de residencia del "cónyuge" reagrupable

En el marco de la normativa comunitaria, junto al documento identificativo y la demostración del vínculo de parentesco, se exige el visado cuando el cónyuge reagrupable es nacional de tercer Estado. La Directiva 68/360/CEE (art. 3, apart. 2) y la Dir. 73/148/CEE (art. 3, apar. 2), establecen que los Estados miembros deben acordar todas las facilidades para la obtención del visado. El RD 766/1992 dispone que su expedición será gratuita (art. 5,2).

Por lo que se refiere al cónyuge del trabajador o trabajadora nacional de tercer Estado, la LOEx establece en su art. 23 los requisitos exigidos para su entrada y residencia en nuestro territorio, y entre ellos, el visado constituye condición *sine qua non* para residir en España. A estos efectos el art. 25. 2 dispone que la concesión del visado se regulará reglamentariamente y, mientras el Reglamento de ejecución de la nueva ley se elabore, se seguirán aplicando las normas procedimentales existentes en todo aquello que no contradigan los preceptos de la Ley. El procedimiento a seguir se determina en la actualidad los arts. 4 a 10 de la OM de 8 de enero de 1999. La tramitación se realiza simultáneamente por el reagrupante en España y por el reagrupable ante el Consulado español en el país extranjero. La solicitud del informe gubernativo debidamente sellado se envía a la familia para que lo presente junto con toda la documentación exigida para la obtención del visado. Pero el cónsul, o más exactamente, la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Consulares, no pide el informe a la autoridad gubernativa hasta decidir la viabilidad de la concesión del visado.

La desinformación que sufren las personas que inician un procedimiento de reagrupación familiar provoca graves problemas. Con la entrega del resguardo del informe de la solicitud al reagrupante y la advertencia de que debe remitir este documento al familiar reagrupable, aquel pasará a una situación en que desconocerá, en caso de denegación del visado, los motivos por los que no

⁵² Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, V., "La percepción del Mediterráneo a través de la inmigración: las actitudes de los españoles hacia los magrebíes", *Investigaciones geográficas, Anales de la Universidad de Alicante, Instituto universitario de Geografía*, núm. 20, julio-diciembre 1998, pp. 5-17.

ha sido admitido, no pudiendo recurrir contra dicha denegación⁵³. Las notificaciones de las resoluciones denegatorias se hacen, generalmente, en un modelo en el que se motivan las causas de denegación de manera insuficiente, lo que dificulta los posibles recursos. Ello parece paliarse a tenor del art. 25.3 de la LOEx que exige que la denegación sea expresa y motivada, debiendo indicarse los recursos que procedan. La no concesión del visado supone una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho a la vida familiar. Tal injerencia, como se ha indicado anteriormente, está permitida en el art. 8.2 del convenio europeo para la salvaguarda de los derechos humanos y libertades fundamentales en determinadas circunstancias.

Por último, es de todos conocido la entrada de personas que, bien con un visado de estancia, bien sin ninguno por ser nacionales de países con los que España ha suscrito Acuerdos de supresión de visados, permanecen en situación ilegal en nuestro territorio al no retornar, por razones obvias, a su país de origen, a solicitar ante el Cónsul español su visado de residencia. En numerosas ocasiones, ante las dificultades burocráticas para la obtención del visado, el cónyuge –o la pareja de hecho–, aprovecha una breve estancia en España para continuar dentro del territorio, naturalmente en situación irregular. El único modo de regularizar su situación es solicitar exención de visado cuando cumpla los demás requisitos establecidos en la legislación vigente para poder residir en España.

Los supuestos de matrimonio celebrado en España entre español/a y extranjero/a, y en el que el cónyuge extranjero precisa para que le sea concedida la tarjeta de residente (RD 766/1992, de 28 de junio sobre entrada, permanencia y trabajo en España de los nacionales de Estados miembros de la UE y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el EEE) la previa obtención de un visado, que exige un desplazamiento a su país de origen que, en la mayoría de las ocasiones no está en condiciones económicas o de otro tipo de realizar, deben calificarse, según reiterada jurisprudencia, "como razón excepcional a efectos de conceder la dispensa de visado de residencia, ya que la necesidad de proteger la familia, mantener su unión y evitar la imprescindible salida del territorio nacional para obtener visado consular (que podría dilatarse o denegarse), son motivos que exceden de los que comúnmente pueden afectar a extranjeros o extranjeras que entran en nuestro país"⁵⁴.

⁵³ Máximo si se tiene en cuenta que en un importante número de casos la denegación se produce de palabra.

⁵⁴ Sent. 4 y 10 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7411 y 7412), 24 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1541), 25 de mayo de 1998 (RJ 1998, 5610).

En el deseo incontrolable del Poder Ejecutivo de concretar la LOEx de 1 de julio de 1985 y el Reg. LOEx de 2 de febrero de 1996, surge la OM de 11 de abril de 1996 que, si bien considera como supuesto posible de exención de visado el hallarse casado con español/a, nacional comunitario/a o extranjero/a residente legal, exige, para proceder a su solicitud, tres años de matrimonio de hecho y de derecho cuando ambos cónyuges sean extranjeros, y de derecho cuando sean nacionales de la UE, del EEE, o españoles.

En la actualidad, el art. 25.1 de la LOEx de 11 de enero de 1999 se refiere a esta última posibilidad, mencionando expresamente al cónyuge del residente al que se le exige cumplir las circunstancias de art. 17, y acreditar la convivencia al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año. Ciertamente, y a tenor del art. 1.2 de la LOEx, quedan excluidos del ámbito de aplicación de este precepto aquellos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario. Pero la necesidad de visado para residir, o de la exención en su caso, se exige a los familiares de nacionales de la UE, EEE, y de españoles, contemplados en la OM de 1996. ¿Se les reducirá el plazo a un año?. La respuesta debe ser afirmativa, puesto que dicho precepto considera que si será de aplicación la presente Ley en lo que les sea más favorable.

5.5 VALORACIÓN

Para España, la travesía de la inmigración supone navegar entre dos aguas. Por una parte, no podemos olvidar nuestra historia como país que padeció la emigración. Por otra, no podemos prescindir de los compromisos adquiridos como un Estado de la Unión Europea. Pero conviene no desorbitar la realidad. A menudo, nuestra idea de extranjero/a es parcial y errónea. Tendemos a identificar al inmigrante como "ilegal", de otra raza, inculto, pobre y, a veces, hasta peligroso o peligrosa. Experimentamos un sentimiento de solidaridad consecuente con la patética imagen que nos suelen ofrecer los medios de comunicación, o presentimos que se les proporciona un trato de favor injustificado, cuando su intención es privarnos de nuestros puestos de trabajo. La realidad, sin embargo, es más prosaica: el nacional de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo compite en igualdad de condiciones que los españoles; en

contrapartida, los extranjeros a los que se refiere la LOEx precisan de un permiso de trabajo; cuando dicha actividad laboral debe desempeñarse por cuenta ajena, su obtención no va a tener lugar si un español o un extranjero sujeto al régimen comunitario está en condiciones de ocupar ese puesto de trabajo.

En los últimos diez años se está produciendo en nuestro país un importante fenómeno de asentamiento, de reunificación y de creación de familias inmigrantes. El papel de la mujer inmigrante en este proceso es fundamental, hasta el punto de que en la actualidad se puede hablar de una verdadera feminización de los flujos migratorios. Las mujeres que vienen a reagruparse con su esposo o compañero, como las pioneras que fundan por sí mismas un proceso migratorio, reagrupando posteriormente al resto de su familia, son mayoritariamente quienes organizan, gestionan y cohesionan, la vida familiar, constituyéndose en punto de conexión privilegiado para el deseado arraigo social del núcleo familiar⁵⁵.

El permitir a los nacionales de la UE, EEE y españoles utilizar la reagrupación por un vínculo puramente formal, y negar la reagrupación de parejas de hecho con una vida familiar efectiva a quienes no tienen tal nacionalidad, supone dos raseros de medir, y obliga a celebrar matrimonio a quien libremente había optado por otro modo de familia, o incluso a quien no ha podido celebrarlo. Se tipifican caducos criterios en las normas de extranjería que ya han desaparecido para los propios nacionales. El matrimonio constituye la familia, pero no sólo el matrimonio constituye la familia. Los principios constitucionales y los textos internacionales, menos coyunturales que las normas de extranjería, ofrecen garantías y han de servir para la corrección de prácticas regresivas. La pareja de hecho configura una familia y ha de reconocérsele el derecho a la reagrupación familiar, siempre que exista una vida familiar. Aún cuando la LOEx sólo recoja la institución matrimonial, la Constitución y el Convenio Europeo de derechos humanos exigen que se reconozca el derecho a los compañeros. Pero deberá exigirse que demuestren que existe una vida familiar en la línea apuntada a lo largo de este trabajo. Será el único modo de impedir que se abra una amplia vía al fraude a las normas de extranjería. Ahora bien, tanto en los que se refiere a las uniones de hecho como a la celebración del matrimonio en el extranjero, no se debe legislar bajo la sospecha de fraude a la ley, porque se lesionan los derechos de la mayoría. Las medidas legítimas que pueden adoptarse deben limitarse a actuar en el caso concreto, y han de ser las autoridades competentes las que se pronuncien al respecto.

⁵⁵ Vid. Andalucía Acoge: Propuestas para una Política Alternativa sobre Inmigración, Málaga, 1999, pp. 28-31.

La LOEx de 11 de enero de 1999 reconoce el derecho a la reagrupación familiar, pero su ejercicio puede obstaculizarse y, en ocasiones llegar a impedirse por los dificultosos trámites burocráticos a que se somete. La flexibilidad por parte de las autoridades encargadas de la concesión del visado de residencia, la motivación clara de las decisiones denegatorias, la transparencia en la tramitación y la suficiente información de los requisitos a cumplir a las personas que se encuentran en el extranjero y que, muchas veces, ni siquiera conocen nuestro idioma, deben constituir las bases de la actividad administrativa tendente a conceder o denegar, en definitiva, un derecho humano. Si bien la injerencia del Estado en la vida familiar está permitida a través de la política de extranjería, la interpretación de tales límites habrá de realizarse de manera absolutamente restrictiva y acorde con los convenios internacionales de derechos humanos.

6. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE ANDALUCÍA EN MATERIA DE SEPARACIÓN

MARÍA DURÁN I FEBRER

Presidenta, Asociación de Mujeres Juristas THEMIS

MARGALIDA CAPÓ I PICORNEL

Abogada

6.1 INTRODUCCIÓN

El objeto del presente estudio es la Jurisprudencia de las ocho Audiencias Provinciales de Andalucía referida a separaciones contenciosas resueltas desde el 1 de Julio de 1997 hasta el 30 de Septiembre de 1999.

Se han estudiado un total de 147 Sentencias:

Almería	14
Cádiz	41
Córdoba	9
Granada	18
Huelva	18
Jaén	7
Málaga	26
Sevilla	14

El hecho de que los procedimientos estudiados sean contenciosos pone de manifiesto la dificultad de comunicación entre los cónyuges en aras a

alcanzar un mutuo acuerdo, todo ello presumiblemente como consecuencia de profundas crisis matrimoniales.

Los fines del presente estudio comparativo son:

Análisis de la interpretación que hace la Jurisprudencia Menor de las normas contenidas en el Código Civil en materia de filiación, separación y divorcio, para ello estudia:

- La causalidad en las separaciones
- La guarda y custodia, comunicación y visitas
- Pensiones alimenticias
- Pensiones compensatorias

La variante de género es también analizada en las resoluciones judiciales referidas a violencia doméstica.

6.2 LA CAUSALIDAD EN LAS SEPARACIONES

El artículo 82 del Código Civil establece como causas de separación:

1.º El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales. No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.

2.º Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.

3.º La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.

4.º El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.

5.^º *El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en Derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.*

6.^ª *El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años.*

7.^ª *Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3.^º, 4.^º y 5.^º del artículo 86.^º.*

Establece el artículo 3 del Código Civil:

1. *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.*

2. *La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ellas cuando la ley expresamente lo permita.*

6.2.1 Planteamiento general

Desde el año 1981 de publicación de la Ley 13/1981 de modificación del Código Civil en materia de matrimonio, separación y divorcio, ha evolucionado la interpretación jurisprudencial desde un concepción culpabilística hasta la consideración como causa de separación "la desaparición del afecto conyugal"

Respecto a la causalidad, la jurisprudencia de las Audiencias de Andalucía mantiene distintos criterios:

I. No es necesario determinar la causa de separación siendo suficiente constatar la desaparición del afecto conyugal.

II. Se tiene que probar la causa de separación siendo residual la desapa-

rición del afecto conyugal cuando no se ha probado la concurrencia de ninguna de las causas establecidas en el artículo 82 C.C.

III. La desaparición del afecto conyugal está subsumido en el apartado 1º del artículo 82 del Código Civil.

IV. Es suficiente constatar la desaparición del afecto conyugal si ambas partes solicitan la separación.

V. Es suficiente constatar la desaparición del afecto conyugal cuando sólo se solicita la separación, siendo necesario determinar la concurrencia de alguna de las causas legalmente prevista cuando además se solicitan medidas complementarias.

VI. Es necesario probar la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 82, en caso contrario no cabe acordar la separación en el procedimiento contencioso.

Indicamos a continuación algunos ejemplos que nos han permitido apreciar los diferentes criterios con que los/as Magistrados/as de las Audiencias Provinciales han interpretado y aplicado la causalidad en la separación.

I. No es necesario determinar la causa de separación siendo suficiente constatar la desaparición del afecto conyugal.

Sentencia de la A. P. de Granada Sec. 4ª de fecha 15 de octubre de 1997:

"Segundo. Se opone el demandado a la separación matrimonial acordada en la instancia para considerar que no existe causa para las mismas mas ello no puede estimar así en tanto que por ambas partes se ha reconocido la existencia de profundas desavenencias entre ambos, así como la mera convivencia en el mismo domicilio desde hace varios años, lo cual es demostrativo de la real existencia de una situación de incumplimiento de los deberes de respeto, socorro y ayuda mutua (arts. 67 y 68 del Código Civil), que legitima a cualquiera de los cónyuges para solicitar y obtener la separación matrimonial aun cuando no se demuestre cuál de ellos es el responsable de ese deterioro de la relación".

Sentencia de la A. P. de Málaga Sec. 6ª de fecha 16 de febrero de 1998:

"Segundo. (...) de ahí que tanto la jurisprudencia como la doctrina admitan como motivo de la separación matrimonial el genérico constituido por la quiebra de la convivencia conyugal, la vida en común demasiado difícil y, en fin, la desaparición de la "affectio conyugal" básico en el matrimonio, sin necesidad de imputar a la parte demandada hechos o conductas concretas constitutivas de separación, bastando simplemente, por tanto, para acceder a la pretensión formalizada en la demanda judicial, con que se constate una situación de falta de afecto marital, con quiebra del respeto mutuo, pues ello, sin más, por sí mismo acredita la existencia de ruptura matrimonial y de violación grave de los deberes conyugales y así el propio Tribunal Supremo al resolver recurso de casación en interés de ley en sentencia de 21 de octubre de 1994..."

Sentencia de la A. P. de Málaga Sec. 6ª de fecha 21 de abril de 1998:

"Segundo. (...) actualmente, la interpretación de los preceptos legales citados debe hacerse de manera flexible y amplia, teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que han de aplicarse, conforme al artículo 3.1 del Cuerpo legal citado, de ahí que tanto la Jurisprudencia como la doctrina admitan como motivo de separación matrimonial el genérico constituido por la quiebra de la convivencia conyugal, la vida en común demasiado difícil y en fin, la desaparición de la "affectio conyugal", básico en el matrimonio, sin necesidad de imputar a la parte demandada hechos o conductas concretas constitutivas de separación, bastando simplemente, por tanto, para acceder a la pretensión formalizada en demanda judicial, con que constate una situación de falta de afecto marital, con quiebra del respeto mutuo, pues ello por sí mismo acredita la existencia de ruptura matrimonial y de violación grave de los deberes conyugales... Así las cosas, en el caso que nos ocupa, por tanto, queda claro que o teniendo en cuenta las razones expuestas por este órgano enjuiciador de alzada o la doctrina jurisprudencial expuesta y de directa aplicación al supuesto litigioso, se llegaría a un mismo resultado, cual es que las relaciones conyugales entre D. Antonio y Dª María José llegaron a un punto de desafecto mutuo en el que la ruptura matrimonial se hizo inevitable, por lo que lejos de marcar como "culpable" a uno y otro cónyuge queda patente la irreversible situación a la que han llegado y que debe

desembocar, por tanto, en un pronunciamiento judicial confirmatorio del emitido en la anterior instancia con rechazo y pronunciamiento de los motivos defendidos por los recurrentes en contra de la sentencia apelada".

II. Se tiene que probar la causa de separación siendo residual la desaparición del afecto conyugal cuando no se ha probado la concurrencia de ninguna de las causas establecidas en el artículo 82 C.C.

Sentencia de la A.P. Almería Sec. 1ª de fecha 15 de Noviembre de 1997:

"Segundo (...) En efecto la actora en su demanda no concreta en qué han consistido los tratos injuriosos o vejatorios del esposo, pero es que además de no concretarlos, en el periodo probatorio no se ha practicado una prueba sólida que venga a demostrar una conducta reiterada vejatoria por parte del demandado.

No obstante ello consta acreditado por ser un hecho que ha venido flotando en todo el pleito, que ha desaparecido la "affectio conyugal", que es esencial al matrimonio, causa ésta genérica que viene siendo admitida por este Tribunal como motivo de separación sin necesidad de imputar a ninguno de los esposos hechos o conductas concretas constitutivas de causas de separación, puesto que si del pleito se desprende que las relaciones entre los esposos han degenerado en una convivencia difícil, de profunda discordia y de total desafección con vulneración de los deberes de respeto y ayuda mutua, debe estimarse que existe causa bastante para acordar la separación (...)".

III. La desaparición del afecto conyugal está subsumido en el apartado 1º del artículo 82 del Código Civil,

Sentencia de la A. P. de Huelva Sec. 2ª de fecha 24 de enero de 1998:

"Primero. (...) La pérdida de la "affectio conyugali" considerada como ruptura definitiva del matrimonio según las circunstancias de cada caso, que es en definitiva lo que la sentencia declara probado, tiene en realidad su encaje en la

causa primera de las enumeradas en el artículo 82, pues significa una infracción consentida por ambos de las obligaciones de convivencia y socorro mutuos que el artículo 68 establece, y por tanto una "violación grave y reiterada de los deberes conyugales", independientemente de cual de los cónyuges haya iniciado la separación de hecho, pues, desaparecida la antigua idea de culpabilidad, lo que se exige actualmente es que objetivamente exista alguno de los supuestos legalmente previstos".

Sentencia de la A.P. Almería Sec. 1ª de fecha 9 de Mayo de 1998:

"Segundo. Como establece la Sentencia del T.S. de 11.02.85 que recoge otra de 14.07.82, las causas de separación no son tasadas en el sentido de que no puedan aplicarse por analogía cuando falta la denominada "affectio maritalis". Así la sentencia primeramente citada dice que "entendiendo que la situación de falta de afecto hace intolerable la convivencia (vitam communem nimis duram reddat) la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, según acontece cuando se origina un permanente estado de tirantez desafección o profunda discordia entre los esposos, con flagrante y persistente vulneración de los deberes de respeto, ayuda mutua y socorro (art. 66 y 68 CC), y sin de los morales que impone la unidad corporal y espiritual de la pareja es equiparable y subsumible en la causa primera del art. 82 C.C. puesto que dicha situación aboca a un menoscabo de los fines del consorcio al dejar de ser una ayuda del otro, constituyendo base legal".

Sentencia de la A.P. de Granada Sec. 3ª de fecha 24 de Junio de 1998:

"Tercero. Que para la efectividad de la causa 1ª del art. 82 CC, es necesario acreditar que la convivencia es intolerable debido a la violación grave o reiterada de los deberes conyugales según acontece cuando se origina un permanente estado de tirantez, desafección y profunda discordia entre los esposos, con flagrante y persistente vulneración de los deberes de respeto, ayuda mutua y socorro (art. 67 y 68 CC), y aún de los que impone la unidad corporal y espiritual de la pareja, y por tanto no es suficiente la mera invocación de tensiones o desavenencias entre el matrimonio en tanto no se traduzca en las conductas o situaciones a que hace referencia el citado artículo. la conducta injuriosa o vejatoria requiere como presupuesto básico la necesidad de que la violación de los deberes reci-

procos de los cónyuges, que tal proceder comporta, habrá de ser grave y reiterada, e intolerable la convivencia, circunstancias sin las cuales no es permitido imponer la separación por culpa cuando para alcanzarle se invoca ese incumplimiento de obligaciones en las relaciones conyugales, bien entendido que si la jurisprudencia anterior a la actual redacción del art. 82 había declarado que no basta alguna leve agresión o pequeña violencia que responde a momentáneos arrebatos surgidos por incidentes vulgares de la vida matrimonial o como reacción natural de un cónyuge ante la conducta o las ofensas del otro, sin que tenga entidad un simple acto del maltratamiento de obra no reiterado y tampoco es suficiente que no reine la mejor armonía en el hogar conyugal, no cabe desconocer que la vigente normativa requiere la nota de gravedad, o si se trata de un ilícito leve, la de reiteración. Se constata la imposibilidad de llevar a cabo una vida en común, así como una evidente pérdida de la afección matrimonial⁷.

IV. Es suficiente constatar la desaparición del afecto conyugal si ambas partes solicitan la separación.

Sentencia de la A. P. de Granada Sec. 3ª de fecha 21 de octubre de 1997:

Primero. Que ambas partes, la actora mediante la demanda principal, y la demandada a través de la reconvenición, solicitaron en definitiva se decretara la separación en base a las causas 1ª y 2ª del artículo 82 del Código Civil y pedida por los dos esposos, en interés de la familia, se procedió a decretar la separación ante la imposibilidad de llevar a cabo una vida en común, y ante la evidente pérdida de la afección matrimonial (en esta línea SSTS de 14-7-2, 15-7-82, 11-10-82, 10-2-82, 10-2-83, 19-5-83, 13-10-83, 28-5-84, 11-2-85, 4-10-85, etc.), sin estimar la culpabilidad de uno de los cónyuges⁷.

V. Es suficiente constatar la desaparición del afecto conyugal cuando sólo se solicita la separación, siendo necesario determinar la concurrencia de alguna de las causas legalmente prevista cuando además se solicitan medidas complementarias.

Sentencia de la A. P. de Sevilla Sec. 5ª de fecha 31 de octubre de 1997:

“Segundo. Es algo comúnmente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que, a pesar de las dudas que pueda plantear alguna de las causas recogidas en los artículos 82 y 86 del Código Civil, el sistema establecido en dicho texto legal, cuando no hay mutuo acuerdo, no requiere que se acredite que la crisis matrimonial es culpa de uno de los cónyuges, sino que basta la mera constatación de que la convivencia se desarrolla en circunstancias de extrema dificultad dando lugar a continuas situaciones conflictivas cuyo único remedio es el cese de esa convivencia y ellos con independencia de quien sea responsable de haber llegado a esa situación, debiendo interpretarse las causas de separación con la amplitud y generosidad precisas para conceder este estado legal a los matrimonios cuya vida conyugal y de convivencia ha cesado o en los casos que existe un serio quebrantamiento de los deberes conyugales.

Esta amplitud y generosidad alcanza su máxima expresión en aquellos supuestos en los que ambos cónyuges, aún cuando no sigan el procedimiento de mutuo acuerdo, coinciden en la procedencia de la separación y en aquellos otros en que la única medida a adoptar es el cese efectivo de la convivencia conyugal. Ahora bien ello no releva a las partes en general y especialmente cuando la separación implica la adopción de medidas de cierta gravedad, cuales son la expulsión de uno de los cónyuges del domicilio conyugal, la imposición de cargas económicas y la privación de la guarda y custodia de los hijos menores, de tener que demostrar al Juez la concurrencia de una de las causas de separación que enumera el artículo 82 del Código Civil, debiendo aportarse algún hecho o elemento de prueba del que derive racionalmente la existencia de la causa, por que en otro caso el artículo 81 sería no sólo superfluo, sino infringido de forma directa, al permitirse una separación legal fundada en el simple deseo manifestado de unos de los cónyuges con el consentimiento del otro”.

Sentencia de la A. P. de Cádiz Sec. 1ª de fecha 12 de marzo de 1998:

“Primero. (...) se ha procedido a dictar sentencia en la que se acoge la solicitud decidida haciendo referencia sólo a la desaparición del afecto mutuo sin entrar a considerar la procedencia o no de la estimación de las

causas referidas. Debe notarse que, aun cuando nuestro sistema actual en orden a la interrupción o cese de la vida en común de los cónyuges no exige la condena de uno u otro de los mismos como autores de determinada acción reiterada en el tiempo en desdoro de la fidelidad, convivencia o mutuo respeto entre los esposos para que pueda constituirse la separación, si es verdad que tales causas legalmente establecidas, cuando existen y han sido hechas valer por las partes, deben ser objeto de consideración en la sentencia y han de servir para fundamentar las consecuencias de orden familiar de la separación misma. Lo contrario, en un caso como el presente, lleva además a la denegación de justicia, ya que en atención a la clase de la causa de separación invocada solicitaba un régimen de ejercicio de la guarda del menor distinto del acordado, que ha sido impuesto sin justificar por que no se ha tenido en cuanto se solicitaba en la demanda por el actor'.

VI. Es necesario probar la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 82, en caso contrario no cabe acordar la separación en el procedimiento contenciosos.

Sentencia de la A. P. de Cádiz Sec. 2ª de fecha 16 de Octubre de 1998:

"Primero. La preceptiva del Código civil –art.81.1 y 2– no deja lugar a dudas acerca de que la separación matrimonial únicamente puede decretarse por voluntad de ambos cónyuges, manifestada conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando lleven al menos un año de matrimonio o a petición de uno de los consortes, aún en contra de la voluntad del otro, siempre que este objeto se halle incurso en alguna de las causas legalmente previstas y enumeradas en el artículo 82 del Código Sustantivo, de donde se desprende que en ausencia de alguno de estos motivos, la voluntad unilateral de uno de los esposos es ineficaz en orden a obtener dicho pronunciamiento.

Por lo demás el propio T.S. ha tenido ocasión de pronunciarse en tal sentido, subrayando que siempre será menester, ora la anuencia de ambos cónyuges en los términos previstos en el núm. 1 del art. 81, bien a petición de uno de los casados cuando el otro esté incurso en causa

legal de separación (núm. 2 del mismo precepto) a tenor del elenco contenido en el art. 82, lo que significa que de no mediar acuerdo de los interesados, será insuficiente la invocación de tensiones o desavenencias entre ambos en tanto que no se traduzca en las conductas o situaciones a que hace referencia dicho precepto (Sent. T.S. 10.05.83), puntualizando en concreto el Alto Tribunal que alegándose como causa de la separación el incumplimiento de los deberes conyugales, la carga de la prueba incumbe a quien postula la separación, ya que así lo imponen las reglas generales sobre la distribución del "onus probandi" (art. 1214 C.C.) y la necesidad de enervar la presunción de inocencia acorde al principio proclamado en el art. 24.2 del la Constitución, aplicable con mayor motivo a las relaciones familiares según entiende la doctrina, pues ese derecho no opera solamente en el ámbito procesal penal, como ha declarado el Tribunal Constitucional en Sent. de 1 de abril de 1982".

Sentencia de la A. P. de Málaga Sec. 5ª de fecha 25 de febrero de 1999:

Segundo (...) Además partiendo de que las causas de separación, fuera del mutuo acuerdo que contempla el artículo 81, número 1 del referido texto legal, son de carácter imperativo, en cuanto que no queda al arbitrio de las partes la invocación de otras que no sean las que el artículo 82 recoge, la alegada desaffectio conyugal, no es causa contemplada en la Ley para sustentar sin más el fallo interesado. Lo que conduce obligatoriamente a la desestimación de la demanda interpuesta, tal y como acertadamente lo ha sido en la instancia, y consiguientemente del recurso planteado".

6.2.2 La causalidad en supuestos de violencia doméstica

SENTENCIAS EN LAS QUE A PESAR DE HABER CONSTANCIA DE LA EXISTENCIA DE VIOLENCIA, MALOS TRATOS O VEJACIONES, SE ESTIMA "DESPARICIÓN DEL AFECTO CONYUGAL" COMO CAUSA DE SEPARACIÓN.

Sentencia de la Sec. 1ª de la A.P. de Huelva de fecha 5 de noviembre de 1997:

"Primero. (...) De la prueba practicada en las actuaciones de

Primera Instancia resulta la existencia de una sentencia condenatoria de fecha 16 de enero de 1996 dictada en juicio de faltas, que declara probada la existencia de una agresión efectuada a D^a Catalina por el apelado el día 7 de julio de 1995. También obra en autos un parte de lesiones del día 25 de marzo de 1996 en el que se hace constar por la propia apelante que su "ex marido" le ha agredido y se constata efectivamente la existencia de una agresión leve; sin embargo tal y como se desprende del Acta Notarial aportada por el demandante de la separación y que lleva fecha de 6 de septiembre de 1995, en dicha fecha ya estaban los cónyuges separados de hecho, la agresión fue por tanto posterior a su convivencia. Hemos de dar por acreditado por tanto que el único hecho de malos tratos que ha existido por parte del esposo, es el declarado probado en la sentencia de fecha 16 de enero de 1996 y que aconteció en julio de 1995. Aplicando a estos hechos la doctrina sentada tanto por la jurisprudencia menor como por la de nuestro Alto Tribunal en su sentencia de 10 de febrero de 1983, la violación de deberes recíprocos de los esposos que tal proceder comporta, habrá de ser grave y reiterada; actualmente la doctrina jurisprudencial exige únicamente que si se trata de un solo acto de agresión, éste sea grave sin necesidad de que exista reiteración, pero una sola agresión de carácter leve no puede ser subsu- mida en esta causa de separación para ello habrán de ser ese tipo de agresiones efectuadas de manera reiterada... En definitiva la juzgadora actúa correctamente cuando declara que la separación se produce porque falta en ambos cónyuges el llamado afecto marital lo cual supone una violación por parte de ambos de sus deberes conyugales y no puede decretarse la culpabilidad de ninguno de ellos en la separación".

Sentencia de la Sec. 3^a de la A.P. de Cádiz, de fecha 12 de enero de 1998, Fundamento de Derecho Segundo:

" (...) De suerte que patente la violación del deber de respeto que el artículo 67 del propio Código señala respecto de ambos cónyuges, en cualquier conducta agresiva, que más allá de un vulgar incidente de la vida matrimonial merezca el calificativo de seriamente considerada para con el cónyuge que la sufre, no ofrece duda de que tal proceder, manifiesto en la violencia de la agresión física, que en el caso presente tuvo incluso relevancia penal, configura la grave violación del deber de respeto

para con el cónyuge que la padece, cuya vejación por sí sola ya es reputada por el mismo precepto del número 1º del artículo 82 del Código como causa de separación.... El empeño en mantener la situación matrimonial después de la agresión física de un cónyuge sobre el otro olvida que, con ello, no sólo no se previene el riesgo de disolución matrimonial que dice evitar, sino que inventa artificialmente otros nuevos, nacidos de una forzada convivencia que, normalmente, habría de desarrollarse ya en un clima erizado de tensiones, hasta tal punto evidentes que ahorran todo análisis detallado, pero cuya presencia sería ingenuo olvidar. Por otra parte es evidente que en el presente caso en que no se comparte lecho conyugal existe un grave deterioro o desaparición de la affectio conyugal, no pudiendo imponerse una convivencia matrimonial no deseada. En este sentido son varias las Sentencias de Audiencias, tales como las de 14-X-87, y 4-XI-88, de Bilbao y 13-VII-85 y 18-VII-86 de Barcelona, que se han pronunciado en el sentido de que la desaparición de aquella affectio es bastante causa de separación sin necesidad "de imputar a la parte demandada hechos o conductas constitutivas de causa de separación al amparo de lo dispuesto en los artículos 67, 68 y 82-1º y 2º del Código Civil".

Sentencia de la Sec. 1ª de la A.P. de Córdoba de fecha 20 de enero de 1998, Fundamento de Derecho Tercero:

"Entrando en el análisis del caso concreto sometido a debate, resulta evidente, y con ello será prácticamente suficiente, la declaración de la hija de ambos cónyuges (folio 87) en la que reconoce los insultos y malos tratos del padre a la madre, declaración que unida a la del resto de los testigos (folios 48 a 51) ponen de manifiesto de forma clara aunque indiciaria (puesto que es evidente, como más arriba se dijo la dificultad que entraña la demostración de hechos, como los que sirven de cauce a la separación instada, surgidos normalmente en el seno de la intimidad familiar, no pudiéndose por ello someter a la apreciación probatoria a un excesivo rigorismo, ante la habitual necesidad de acudir a pruebas indirectas o de presunciones) la desaparición en la relación conyugal de la "affectio maritalis", y por tanto es suficiente tal constatación, derivada, como se dice, de una valoración de la actividad probatoria de la parte que tenía la obligación de aportarla, a fin de acreditar los hechos base de su preten-

sión, para decretar la separación instada, pues como afirma la Sentencia de la A.P. de Guadalajara de 30 de octubre de 1996 "en la demanda se alegaba como causa de separación la conducta injuriosa y vejatoria por parte del demandado, y la violación grave y reiterada de sus deberes conyugales y familiares; causa ésta prevista en el artículo 82.1 C.C. dentro de la cual tienen cabida todas aquellas situaciones de crisis matrimonial y de quiebra de la convivencia conyugal, tal y como así se ha venido interpretando jurisprudencialmente". Ello es así por cuanto que a lo largo del procedimiento lo que sí ha quedado probado, es que la convivencia conyugal está rota, residiendo los cónyuges en distintos domicilios, situación esta que pone de manifiesto la existencia de una profunda quiebra del afecto conyugal, y un incumplimiento reiterado de los deberes conyugales, bastante por sí mismo para constituirse en causa legal de separación al amparo del artículo 82.1 C.C. En el mismo sentido la Sentencia de la A.P. de Teruel de 17 de julio de 1997 afirma que "cosa distinta es y así lo estima la Sala, que constatada la quiebra de la convivencia conyugal y la desaparición, por ende, del denominado "affectio maritalis" o de la "affectio conyugal", ello conlleve, necesariamente, la violación reiterada de los deberes conyugales, las más de las veces por ambas partes, lo cual se debe elevar y acoger como la causa o el motivo que contemple el número 1 del artículo 82 C.C. o, en el caso que nos ocupa, las vejaciones e injurias denunciadas.

Sentencia de la Sec. 1ª de la A.P. de Almería de fecha 3 de marzo de 1998, Fundamento de Derecho Segundo:

"(...) En el presente caso enjuiciado las pruebas practicadas ponen de manifiesto que la convivencia entre los cónyuges litigantes es del todo punto imposible, habiendo sido continuas las disputas entre ambos, y así lo han puesto de manifiesto las hijas del matrimonio, que en prueba practicada en esta segunda instancia, han manifestado que han presenciado las continuas peleas entre sus padres, no obstante haber intentado la madre evitar que fueran testigos directos de dichas disputas, afirmando las dos mayores, que esa situación de tirantez se ha traducido en más de una ocasión en malos tratos de palabra y obra, situación que llegó a ser inaguantable y que motivó que las hijas plantearan a su madre a instar la separación. De dichas informaciones testimoniales, se desprende que incluso alguna vez la madre presentaba lesiones después de alguna de esas disputas.

De lo expuesto se desprende que, ante esa falta de mutuo respeto, ayuda y socorro, sea aconsejable poner fin a dicha situación, que en caso contrario podría ser aún más perjudicial para la convivencia familiar.*

Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 21 de abril de 1998:

"Segundo. (...) debiendo seguir idéntico resultado el opuesto por la parte apelante principal, quien oponiéndose frontalmente a la separación matrimonial solicitada de adverso, consideraba no concurrían en el caso ninguna de las causas alegadas por la actora –conducta injuriosa y vejatoria reiterada del marido hacia la esposa y violación grave de los deberes conyugales–, ya que, independientemente de que el Tribunal tras exhaustivo análisis de las actuaciones entiende que la convivencia conyugal entre D. Antonio y Dª Mª José llegó al extremo de ser considerado insostenible, imposibilitando la vida en común, según propias palabras del marido expresadas en la confesión judicial practicada en la pieza de medidas provisionales –posición 63–, hecho que quedó corroborado por los testimonios prestados por Dª Carmen y Dª Catalina, señalándose por la primera como a consecuencia de las discusiones y enfrentamientos conyugales la esposa llegó a dormir en varias ocasiones en su casa y por la segunda, hermana de la actora, pero sin que quedara inhabilitada para ser oída por lo dispuesto en el artículo 1.247 del Código Civil a virtud del apartado h) de la Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1981 de 7 de julio, que en las relaciones matrimoniales siempre habían existido desavenencias entre los cónyuges mostrando el marido hacia su esposa un comportamiento agresivo, siendo buena muestra de ello las actuaciones penales que se instruyeron por denuncia de la esposa contra el ahora apelante en las que al ser oído el 13 de enero de 1997 volvió a reconocer que existían diferencias y algunos problemas en el matrimonio, extremos probatorios que consolidan la conclusión definitiva contenida en la sentencia de instancia, ya que, en manera alguna pueden considerarse desvirtuadas las pruebas expuestas por el hecho de que en sentido adverso testimoniase D. Jesús a instancia del demandado que el matrimonio litigante mantuviera una convivencia normal y feliz, dado que su desconocimiento de la situación familiar se hizo evidente al indicar como no mantenía ninguna relación de vecindad o amistad con la esposa y que desconocía cualquier tipo de convivencia

entre los esposos, pues su conocimiento de los hechos había sido adquirido a través de terceros (familia del marido) –repregunta 2ª– lo que de por sí, produciría como efecto inmediato y directo subsumir el comportamiento del marido demandado en las causas comprendidas en el número primero del artículo 82 del Código Civil, pero, es más, no puede llegarse a resultado diferente si tenemos en cuenta que la expresada norma sustantiva sufrió importantes cambios interpretativos en los últimos años, (...), de ahí que tanto la Jurisprudencia como la doctrina admitan como motivo de separación matrimonial el genérico constituido por la quiebra de la convivencia conyugal, la vida en común demasiado difícil, y, en fin, la desaparición de la "affectio conyugal", básico en el matrimonio, sin necesidad de imputar a la parte demandada hechos o conductas concretas constitutivas de separación, bastando simplemente, por tanto, para acceder a la pretensión formalizada en demanda judicial, con que se constate una situación de falta de afecto marital, con quiebra del respeto mutuo, pues ello por sí mismo acredita la existencia de ruptura matrimonial y de violación grave de los deberes conyugales (...). De suerte que patente la violación del deber de respeto que el artículo 67 del propio Código señala respecto de ambos cónyuges, en cualquier conducta agresiva que, más allá de un vulgar incidente de la vida matrimonial, merezca el calificativo de seriamente desconsiderada para con el cónyuge que la sufre, no ofreciendo duda que tal proceder configura una grave violación del deber de respeto para el otro cónyuge, cuya vejación, por sí sola, ya es reputada por el mismo precepto del número 1º del artículo 82 del Código como causa de separación, añadiéndose en la resolución mencionada como "así ha de proclamarse por los tribunales superando si es menester, los criterios de tolerancia basados sobre la interpretación que no son de tener en cuenta ante la realidad presente, a la que la interpretación de la ley ha de acomodarse (artículo 3 del Código Civil) que considera a la persona inseparable de la dignidad elevándola el artículo 12 de la Constitución a fundamento de orden político y de la paz social... Así las cosas en el caso que nos ocupa, por tanto, queda claro que o teniendo en cuenta las consideraciones primeras expuestas por este órgano enjuicador de alzada o la doctrina jurisprudencial expuesta y de directa aplicación al supuesto litigioso, se llegaría a un mismo resultado, cual es que las relaciones conyugales entre D.

Antonio y D^a María José llegaron a un punto de desafecho mutuo en el que la ruptura matrimonial se hizo inevitable, por lo que lejos de marcar como "culpable" a uno u otro cónyuge queda patente la irreversible situación a la que han llegado y que debe desembocar, por tanto, en un pronunciamiento judicial confirmatorio del emitido en la anterior instancia con rechazo y perecimiento de los motivos defendidos por los recurrentes contra la sentencia apelada".

Sentencia de la Sec. 1^a de la A.P. de Cádiz de fecha 24 de abril de 1998, Fundamento de Derecho Primero:

"Suprimido en la Reforma legislativa de 1981 el requisito de culpabilidad presente hasta entonces en los procesos matrimoniales, estos no pueden concebirse hoy como un comportamiento conyugal repudiable, sino que arbitran como procedimiento para poner fin a una situación familiar que no admite otra solución que la cesación. Ello comporta el abandono del antiguo principio de mantenimiento a ultranza de la convivencia, y obliga a reinterpretar el artículo 81 del Código Civil en el sentido de que cuando la crisis afectiva es manifiesta e irreversible, resulta violenta y prematural la imposición de vida común, a dos personas que recíprocamente no se soportan.

En el caso que ahora se juzga, la esposa D^a Caridad reprocha a su marido D. Manuel que la trata con desprecio y que se inhibe de los deberes que le incumben como esposo y padre; el Sr. C. manifiesta en el acto de su confesión, que tiene serios problemas de convivencia y en el plano afectivo y que "no puede aguantar más" y la hija del matrimonio, Yolanda, confirma su testimonio, que la vida entres sus progenitores se ha hecho imposible, y que su padre menosprecia y humilla a su madre frecuentemente.

Se plantea pues en este juicio un problema conyugal que, como hemos visto, tiene su encaje en el artículo 81 del Código Civil, ya que la separación no se solicita frívolamente y como respuesta desproporcionada a una desavenencia pasajera, sino que se fundamenta en una ruptura efectiva que se exterioriza en malos tratos verbales y constantes enfrentamientos incompatibles con la vida en común y el respeto mutuo, que los artículos 66 y 67 del Código Civil definen como obligaciones

básicas de los cónyuges. Lo que es determinante que el pronunciamiento separatorio del fallo de primera instancia haya de ser confirmado”.

Sentencia de la Sec. 4ª de la Audiencia Provincial de Granada de fecha 20 de octubre de 1998:

“Primero. Lo que expresa toda la prueba practicada es, sencillamente, una situación, entre los esposos, de profunda (plena) tirantez, desafecto, y continua discordia, que ha llevado al incumplimiento, por ambos, de los deberes de respeto, ayuda mutua y socorro (artículos 67 y 68 del Código Civil). Tales posturas, que no se han de reprochar (como se hace) a uno solo de los consortes producen (como dice la Sentencia del T.S. de 13 de febrero de 1982), un grave y (gran) menoscabo en los del consorcio, dejando de ser una ayuda (auditarium) para el otro, dando lugar, por sí solos a la separación matrimonial por ambos deseada (...) Uso que no ha de ser compartido como pretende el Sr. apelante, ya que la situación violenta y penosa, existente entre los consortes, podría desembocar en algo irreparable, que no se ha de propiciar”.

6.3 GUARDA Y CUSTODIA, COMUNICACIÓN Y VISITAS

Establece el Código Civil respecto al régimen de Guarda y custodia, Comunicación y visitas respecto a los hijos menores de edad:

Artículo 92. La separación, nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.

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

Podrá También acordarse cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos.

El Juez de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas.

Artículo 159. Si los padres vivieren separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de que progenitor quedarán los hijos menores de edad. el Juez oirá antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieren suficiente juicio y en todo caso a los que fueran mayores de doce años.

Artículo 94. El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapaces gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El juez determinará el tiempo modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

El estudio de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en relación con la guarda y custodia, comunicación y visitas del progenitor no custodio, se centrarán en los siguientes temas:

- I. Concesión de la guarda y custodia a la madre.
- II. Concesión de la guarda y custodia al padre.
- III. Concesión de la guarda y custodia de un hijo al padre y otro a la madre.
- IV. Guarda y custodia compartida en procedimientos contenciosos.
- V. Diagnostico de equipos multidisciplinares y seguimiento del criterio de éstos por los Tribunales.
- VI. Manifestación de voluntad de los hijos.
- VII. Patria potestad compartida.
- VIII. Régimen de visitas y comunicación.

I. Concesión de la guarda y custodia a la madre

Sentencia 1ª de la A. P. de Jaén Sec. 1ª de fecha 20 de febrero de 1997,
Fundamento de Derecho Primero:

**... De la prueba que consta practicada en los autos al respecto, no podemos sino, deducir que la conclusión del juzgador es acertada, lógica y parece la más aconsejable precisamente para atender los propios deseos del incapaz, que insistentemente ha expresado que es su deseo el vivir y pemoctar siempre con su madre, si bien le gusta ver, incluso a diario, a su padre, pero no dormir con él. Y de la pericial practicada en los autos, desde luego no parece recomendable por ahora, forzar al hijo a que durante seis meses al año permanezca en la compañía de su padre, para otros seis meses, permanecer con su madre. Quizás esa solución fuera la mejor para compaginar los lógicos y comprensibles deseos y derechos de ambos progenitores, pero la situación afectiva del hijo y su estabilidad emocional que precisa de seguridad, hábitos y costumbres que no se alteren, debe llevarnos a considerar que por ahora es mejor para él, que la guarda y custodia se confiera a la madre, persona que física y emocionalmente le ha cuidado más directamente que el padre*.*

Sentencia de la Sec. 2ª de la A. P. de Sevilla de fecha 30 de diciembre de 1998,
Fundamento de Derecho Único:

**... el Juzgado ha atribuido la guarda y custodia a la madre y esa declaración se encuentra fundada y justificada por lo que no cabe en esta alzada su modificación; resultaría totalmente contrario a lo que en esta materia es el principio básico el beneficio del menor, fijar la guarda y custodia compartida como el apelante refiere en su reconvencción en el sentido de que cada 15 días la tuviera uno de los progenitores ya que sin necesidad de que lo manifieste un experto en psicología o personalidad humana, a cualquiera merece un juicio desfavorable esa medida, que no facilitaría ni la educación ni la formación integral de que habla el artículo 154 del Código Civil*.*

Sentencia de la Sec. 2ª de la A. P. de Huelva de fecha 25 de febrero de 1999,
Fundamento de Derecho Tercero:

**... Estando la niña escolarizada, no es incompatible el trabajo con la custodia de la hija y la madre del recurrente en su declaración testifical ha admitido que la madre de la menor también la recoge en el colegio, tal como ella ha alegado. El alcoholismo de la abuela materna, con quien se queda*

la niña, no se ha acreditado que sea actual, pues sólo consta que tiene antecedentes, sin concretar fechas, pero también los tiene el padre por drogodependencia anterior. Es suma, lo que no se ha probado es que sea más beneficioso para la menor quedarse con el padre que con la madre; su corta edad ha motivado que no haya sido oída, a su vez justifica la regla general de experiencia de que es más favorable para su educación en estos momentos la atención materna –antes plasmada legislativamente– y en todo caso la medida es revisable si en definitiva no se cumpliera lo acordado en cuanto a la residencia o resultare desatención de la menor”.

II. Concesión de la guarda y custodia al padre.

Sentencia de la Sec. 4ª de la A.P. de Granada de fecha 9 de Marzo de 1998.
Fundamento Jurídico Primero:

“Como extremo esencial de la modificación de medias solicitada consta el de la situación de la menor, hija de los litigantes, lo que ha de ser determinante de la resolución que se adopte atendido el texto del art. 92 del Código Civil y el de la L.O. 1/96 de 10 de Enero de Protección Jurídica del Menor. Desde la prioridad que significa los intereses del menor se ha de examinar la modificación solicitada. Y en este contexto se advierte fácilmente, por las manifestaciones de la menor, entonces de 14 años, a la juzgadora “a quo” y al equipo psico-social, su preferencia a seguir viviendo en Churriana de la Vega con el padre. Así se desprende de la prueba que consta en Autos y así ha de mantenerse, pero con la matización de que vivir con el padre no es hacerlo con la abuela paterna, independientemente de la fluidez de relaciones que con ésta mantenga”.

Sentencia de la Sec. 4ª de la A.P. de Cádiz de fecha 26 de Marzo de 1998.
Fundamento Jurídico Primero:

“La pretensión primera de la apelante consistente en que se le otorgue a ella la custodia de la hija menor del matrimonio no se estima procedente pues de la prueba practicada (folio 15) resulta que ya en 1990 Dª Mª de los Ángeles sufría un padecimiento mental consistente en un trastorno delirante crónico tipo celotípico-paranoide-grandioso, que según

resulta del informe clínico del citado folio en caso de abandonarse la terapéutica o reactivarse el cuadro plantearía nueva hospitalización, y si bien estos datos clínicos son de 1990 no consta que la apelante se haya curado de ese padecimiento, habiéndose negado incluso (en el procedimiento de medidas provisionales) a ser reconocida por el médico, con lo que ella misma ha obstaculizado la determinación de su actual estado, no permitiendo saber que ya éste en su caso bien, por lo que, pudiendo persistir su enfermedad, se estima más conveniente al interés de la menor que se atribuya al padre la guarda y custodia, dado que la naturaleza de la enfermedad dicha justifica no considerar a la madre el progenitor más adecuado para tal guarda y custodia de la niña”.

Sentencia de la Sec. 1ª de la A.P. de Jaén de fecha 6 de noviembre de 1998, Fundamento de Derecho Primero:

“.... Igualmente pretende la parte apelante la revocación de la Sentencia y que se acuerde conceder la guarda y custodia de los dos hijos habidos en el matrimonio, Yolanda y José, a la madre hoy apelante, y para valorar sobre la procedencia de dicha pretensión es preciso en primer lugar tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil, conforme al cual, las medidas judiciales sobre cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, en el caso concreto sometido a esta alzada se trata de dos menores, los cuales gozan en la actualidad de 16 y 9 años de edad los cuales, el mayor, Yolanda, consta la comparecencia efectuada al folio 100 de las actuaciones, la que manifiesta, que prefiere seguir viviendo con su padre, cuya guarda y custodia ha sido ya concedida en la sentencia de instancia al padre, convivencia que se ajusta a sus preferencias tal y como queda documentado en autos.....”.

III. Concesión de la guarda y custodia de un hijo al padre y otro a la madre.

Sentencia de la Sec. 1ª de la A.P. de Almería de fecha 16 de Julio de 1998, Fundamento Jurídico Segundo:

“En el caso enjuiciado debe tenerse en cuenta los siguientes presupuestos que van a ser decisivos para adoptar la resolución procedente

en el tema de la guarda y custodia de los dos hijos menores de los litigantes y que constituye el único objeto de la presente apelación.

El matrimonio formado por los litigantes se separó de hecho en julio de 1996, quedando los hijos menores Antonio Salvador nacido el 1.12.87 y Cristina de los Remedios nacida el 17.05.94, en compañía de la madre; con posterioridad a ello los hijos pasaron a estar con el padre hasta llegar a la situación actual en la que el hijo permanece en compañía del padre y la hija en la de la madre.

El hijo menor muestra claramente sus preferencias al permanecer con el padre y la familia de éste, en la que cumple un papel fundamental en el desarrollo emocional del menor la abuela paterna. El informe técnico psico-social practicado en esta instancia como diligencia para mejor proveer destaca estos extremos, y concluye afirmando como más beneficioso para el mismo que permanezca bajo la guarda y custodia del padre (...). El problema reside en la otra hija del matrimonio Cristina de los Remedios, que por su corta edad no ha sido conveniente su exploración y que en la actualidad se encuentra bajo la guarda y custodia de la madre. El informe psico-social al que anteriormente hemos hecho referencia ofrece dos soluciones, una atribuir la guarda al padre a fin de que ambos hermanos permanezcan juntos, la otra que sea la madre la que ostente dicha guarda y custodia.

Este Tribunal ante el dilema planteado, valorando toda la prueba practicada en especial el informe técnico solicitado en esta alzada llega al convencimiento de que, pese a la indicación contenida en el art. 92 del CC en orden a la conveniencia de no separar a los hermanos, atendiendo a la excepcionalidad del caso que nos ocupa la más aconsejable en el momento actual para la estabilidad y desarrollo psicológico de la menor, y con el objetivo apuntado por el equipo técnico de los juzgado de esta capital, de no desestabilizar aún más el sistema familiar y la organización actual del mismo, es que la hija menor quede bajo la guarda y custodia de la madre, respecto a la cual ninguna razón existe que desaconseje atribuirle dicha guarda, para cuyo ejercicio no consta que se halle incapacitada, cuando desde el nacimiento de sus hijos se ha dedicado al directo cuidado y atención de los mismos. Todo ello sin perjuicio de que los padres puedan acordar otra cosa en cuanto pueda ser más beneficiosa para los menores".

IV. Guarda y custodia compartida en procedimientos contenciosos.

Sentencia de la Sec. 6ª de la A.P. de Sevilla de fecha 1 de Junio de 1998,
Fundamento Jurídico Segundo:

"(...) Cuando el cuidado y protección de los hijos del matrimonio incluso la especial circunstancia de separación de hecho de los cónyuges, se ejercía por ambos padres, con una perfecta relación de sus hijos adecuadamente atendidos por los dos; cumpliendo, con esta correcta conducta familiar, la función regulada por los artículos 90.a), 92 y 103.1º CC (relacionados con el Convenio Europeo de 20.05.1980 ratificado el 9.05.1984 y la vigente y actual Ley de Protección del Menor), que es una proyección de la patria potestad –art. 154 y ss CC y STS 22.05.1983–. Con esta base fáctica y Fundamento Jurídico relacionada la documental obrante en el proceso con la testifical, (que, en definitiva, no desmerece a favor del padre o de la madre) y de confesión de los mismos, se manifiesta un resultado justo y correcto de una realidad familiar estable en la que los menores han convivido con sus padres, y, según se ha referido, bajo la protección y atención inmediata de ellos, con independencia de que, al igual que ocurre respecto de tantos matrimonios modernos, cada uno de ellos esté dedicado a sus propias actividades profesionales, que permitía a los menores una vida normal en un ambiente familiar y social importante, sus estudios y diversiones (siempre bajo el control y cuidado del padre o de la madre) sin afectar a su estabilidad emocional ni al desarrollo de su personalidad, forma de vida y relación paterno filial, que aconseja y además requiere su continuidad, con la ayuda, protección, dialogo familiar, ejercido por los padres, por lo que, conforme a una interpretación y aplicación adecuada de la normativa citada, procede distribuir equitativamente entre ambos esta función imperante en interés de los menores, para ejercer cada uno la guarda y custodia de los dos menores durante seis meses naturales del año..."

Sentencia de la Sec. 2ª de la A.P. de Sevilla de fecha 30 de Diciembre de 1998,
Fundamento de Derecho Único:

"(...) resultaría totalmente contrario a lo que en esta materia, es el principio básico, el beneficio del menor, fijar la guarda y custodia compar-

tida como el apelante refiere en su reconvencción en el sentido de que cada quince días la tuviera uno de los progenitores, ya que sin necesidad de que lo manifieste un experto en psicología o personalidad humana, a cualquier le merece un juicio desfavorable esta medida, que no facilitaría ni la educación ni la formación integral de que habla el artículo 154 del C.C."

Sentencia de la Sec. 3ª de la A.P. de Granada de fecha 11 de Marzo de 1999, Fundamento Jurídico Primero:

"Es criterio de esta Sala, salvo supuesto puntuales, que pudieran presentarse, que pudieran aconsejarla, la no concesión a los padres en situación de separación o divorcio de la guarda y custodia compartida de los hijos, tal y como se acuerda en la resolución aquí impugnada, en la que se otorga alternativamente los años pares al padre y los impares a la madre, criterio antedicho coincidente con el de la generalidad de las otras Audiencias Provinciales, cabiendo citar a título de ejemplo, la SAP de Madrid de 31.10.95 que considera "Se plantea por la parte recurrente una solución de guarda compartida, medida que dentro del Derecho de Familia español podría calificarse de excepcional; tanto que es así que el propio legislador, sin prohibirla expresamente, no ha contemplado tal posibilidad, y así el art. 92 CC, concretamente en su párrafo tercero, alude a la decisión que tomará el Juez acerca de cuál de los progenitores tendrá a su cuidado los hijos menores, sin que ello sea óbice para que el ejercicio de la patria potestad sea compartida en orden a tomar decisiones de cierta trascendencia que afectando a los hijos puedan adoptarse de común acuerdo, sin que el progenitor que no convive con los hijos se vea privado del conocimiento de aquéllas, debiendo valorarse en igual medida sus opiniones que la de aquel que les tenga en su compañía. Mas la guarda y custodia no tiene su contenido en la adopción de medidas de tanta trascendencia sin que ello suponga restarle valor a tan importante función, sino que la misma se desenvuelve en un quehacer más cotidiano y doméstico, que sin lugar a dudas también contribuye a la formación integral del hijo y que difícilmente podría compartirse por quienes no viven juntos, lo que supondría de admitirse otra tesis, una invasión en la esfera privada de un progenitor en la del otro, o en otro caso un continuo peregrinaje de los hijos de un hogar a otro, siendo entonces, más correctamente denominarla en este supuesto, custodia periódicamente alternativa." (...) Consideramos a la vista del informe psico-social valorado en relación con la restante prueba practicada, debe otor-

garse la guarda y custodia a la madre, estableciendo un amplio régimen de visitas para con el padre...."

V. Diagnostico de equipos multidisciplinarios y seguimiento del criterio de éstos por los Tribunales.

Sentencia de la Sec. 5ª de la A. P. de Sevilla de fecha 14 de Octubre de 1997, Fundamento de Derecho Segundo:

".... y a tal respecto hace la Juzgadora de instancia oportuna referencia al informe emitido el 5 de diciembre de 1995 por el equipo de atención familiar e infantil del centro de servicios sociales comunitarios del Ayuntamiento de Coria del Río, que permite apreciar en las demandadas pautas educativas adecuadas para los menores, así como unas convenientes condiciones de apoyo familiar y profesional para la atención de los mismos, acusándose la idoneidad de la madre para hacerse cargo de la custodia de los hijos, pese a sus limitaciones.

Tal aptitud queda ratificada por el informe que con aquella fecha emitiera también el Médico Psiquiatra que atiende a la demandada, en el que se hace referencia a la remisión clínica de los síntomas de desequilibrio mental que padece.

Y en el mismo sentido se pronuncia el informe del Equipo Psico-social emitido con fecha 13 de noviembre de 1996, que hace referencia a la estabilidad social que acusan ambos progenitores, debido en gran parte a la seguridad y apoyo que les ofrecen sus respectivas parejas sentimentales. Aunque ninguno de ellos –sigue valorando el informe– reúne las condiciones idóneas para hacerse cargo del cuidado de los menores, en esta situación ambos podrían cubrir los aspectos básicos de cuidados y educación de los mismos, si bien uno y otro se encuentra sujeto a la dependencia de terceras personas, que sería más eficaz en supuestos de crisis respecto de Dª Pilar, siendo el actor más reacto a aceptar orientaciones o ayudas externas en caso de necesidad.

Por todas las circunstancias que el Equipo Psico-social valora, incluye en su informe la importante conclusión de que "en este momento sería más

conveniente para los menores continuar bajo la guarda y custodia materna”, sin perjuicio de que el padre se pudiera hacer cargo de ellos en caso de que se repitiera la crisis de la demandada. Tal hipótesis, sin embargo, debe descartarse por el momento, ya que los estados de descontrol de esta última van desapareciendo, ya que D^ª Pilar ha logrado alcanzar una estabilidad personal que puede ser encuadrada dentro de la normalidad.

Es de destacar el parecer de la psicóloga y trabajadora social informantes orientando en el sentido de que los menores se encuentran más cercanos afectivamente a la madre, aunque mantienen buena relación con ambos progenitores, gozando en poder de ella de una vida ordenada en lo que se refiere a atenciones diversas, horarios, higiene y escolaridad”.

Sentencia de la Sec. 4^a de la A.P. de Granada de fecha 9 de Marzo de 1998 (ver apartado II)

Sentencia de la Sec. 4^a de la A.P. de Cádiz de fecha 9 de Marzo de 1998 (ver apartado VI).

Sentencia de la Sec. 6^a de la A. P. de Málaga de fecha 18 de mayo de 1998, Fundamento de Derecho Cuarto:

“Conforme a lo anterior procede señalar que la determinación del ejercicio de visitas reclamado, en cuanto a tiempo, modo y lugar, queda relegado al trámite de ejecución de esta sentencia y supeditado a lo que informen tres psicólogas respecto de la que sea beneficioso para el menor, pudiendo establecerse un régimen de visitas progresivo de adaptación del menor a la compañía de su padre adoptándose las medidas cautelares y tuitivas necesarias para que se vayan resolviendo los problemas que el estado emocional del niño y las circunstancias exijan...”.

Sentencia de la Sec. 1^a de la A.P. de Almería de fecha 16 de Julio de 1998 (Ver apartado III)

Sentencia de la Sec. 1^a de la A. P. de Jaén de fecha 6 de noviembre de 1998, Fundamento de Derecho Primero:

“..... al igual que la de conceder la guarda y custodia del otro menor al padre, encuentra su principal soporte en el informe emitido por el perito, del que se desprende que el ambiente familiar es el adecuado, al igual que la convivencia en el núcleo familiar formado por su padre, en

la que además convive con su hermana, cuyo contacto lo considera dicho perito en su informe emitido, necesario para proporcionar la mayor estabilidad emocional”.

Sentencia de la Sec. 3ª de la A.P. de Granada de fecha 11 de Marzo de 1999
(Ver apartado IV)

VI. Manifestación de voluntad de los hijos.

Sentencia de la Sec. 5ª de la A.P. de Sevilla de fecha 14 de Octubre de 1997,
Fundamento de Derecho Segundo:

“(…) Tales apreciaciones coinciden, en esencia, con las reflejadas en la diligencia de exploración judicial, en la que se hace ver que los menores manifiestan sentirse bien atendidos por la madre, con la que prefieren seguir viviendo”.

Sentencia de la Sec. 4ª de la A.P. de Cádiz de fecha 9 de Marzo de 1998,
Fundamento Jurídico Primero:

“(…) en el supuesto enjuiciado y coincidiendo con el criterio mantenido por la Juzgadora de instancia, muy suficientemente razonado en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida -fundamentación íntegramente aceptada por esta Sala y que ha de tenerse por íntegramente reproducida- se estima lo más conveniente para las hijas del matrimonio la continuación de la convivencia con su madre, pues si éste es el inequívoco deseo de las tres menores -de 14, 12 y 8 años de edad en la actualidad- reiteradamente manifestado a lo largo del procedimiento y constatado en las sucesivas exploraciones practicadas por dicha Juzgadora de instancia bajo régimen de inmediatez absoluta ese criterio resulta también respaldado por la opinión de profesionales que han dictaminado en autos en orden a dicha cuestión dictámenes también minuciosamente reseñados en la fundamentación de la sentencia recurrida y es también por último, el criterio del Ministerio Fiscal manifestado en el acto de la vista de este recurso”.

Sentencia de la Sec. 4ª de la A.P. de Granada de fecha 9 de Marzo de 1998 (ver apartado II)

Sentencia de la Sec. 1ª de la A.P. de Almería de fecha 16 de Julio de 1998 (Ver apartado III)

VII. Patria Potestad Compartida.

Sentencia de la Sec. 1ª de la A.P. de Cádiz de fecha 12 de Febrero de 1998

"4. La hija menor de edad, Macarena quedará bajo la custodia y la patria potestad ordinaria de la madre, teniendo compartida la patria potestad con el otro progenitor, que deberá ser consultado en cuantos asuntos de interés se presenten en la vida de la hija, resolviendo el juez en caso de discrepancia entre ambos padres" (ver fundamentación jurídica de esta sentencia en le apartado VIII)

Sentencia de la Sec. 2º de la A.P. de Córdoba de fecha 15 de Abril de 1999:

"... El hijo del matrimonio queda sometido a la patria potestad de ambos progenitores pero bajo la guarda y custodia de la madre, fijándose como régimen de visitas los domingos de 10 horas a 13 horas, realizándose éstas en presencia de la madre o persona de confianza en que ésta delegue.

.... en el caso que nos ocupa el recurrente no cuestiona su condición de heroinómano reconocida por el propio D. R.A.B. en su confesión judicial y acreditada por la testifical de sus propios padres..."

VIII. Régimen de visitas y comunicación.

Sentencia de la Sec. 3ª de la A.P. de Granada de fecha 6 de Octubre de 1997
Fundamento Jurídico Segundo:

"El derecho de visitas es un derecho que se concede al progenitor que no tenga consigo a sus hijos menores como establece expresamente el artículo 94 del CC. Este mismo precepto faculta al Juez determinar el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este Derecho. En principio, cualquier enfermedad mental no es por sí sola causa de supresión del derecho de visitas. Es una de las medidas que puede adoptar el Juez, sin que sea

necesario recurrir a la privación de la patria potestad como inicialmente fue solicitado por el actor, aunque en el curso del pleito renunció a esta petición, suplicando en su lugar un régimen de visitas que garantice los derechos de los menores. Ante todo se debe encontrar una solución que permita preservar la relación entre el progenitor y el hijo, debiendo evitar al mismo tiempo, cualquier peligro para éste. En la actualidad los hijos tienen 17, 15 y 14 años respectivamente.

Aunque puede ser aconsejable que no permocten con la madre, teniendo en cuenta la enfermedad de la madre, parece lógico, como propone el Ministerio Fiscal, que al menos durante un día de la semana pueda estar en compañía de sus hijos, siempre que sea compatible con el horario escolar y demás actividades propias de su edad. Ese día corresponde a las semana en que la esposa no puede tener en su compañía sus hijos los fines de semana tal como viene establecido en la Sentencia de instancia. Igualmente la madre recogerá a los hijos en el domicilio paterno y los reintegrará al mismo lugar una vez finalizada la jornada de visita. Esta ampliación del régimen de visitas esta justificada no ya sólo por la particular naturaleza de este derecho, sino por las propias manifestaciones de los menores en estos Autos”.

Sentencia de la Sec. 1ª de la A.P. de Cádiz de fecha 12 de Febrero de 1998, Fundamento Jurídico Segundo:

“(…) El amplio sistema de visitas que diseña la sentencia del Juzgado es tan recomendable en estado de normalidad, como inaceptable en el supuesto que enjuiciamos.

Si D. Vicente no contribuye al sustento de su hija por carecer de medios para ello, no podrá dispensar a la niña los cuidados y atenciones indispensables durante los prolongados períodos vacacionales que según la Sentencia puede tenerla en su compañía.

Además D. Vicente es adicto al consumo de opiáceos sin que hasta el momento se haya rehabilitado, por más que tras alguna recaída se haya experimentado mejoría en la evolución del tratamiento de deshabituación a que está sujeto. Y es elemental que esta grave circunstancia reclama la aplicación de las limitaciones que la ley autoriza, pues de otra suerte pudiera peligrar la seguridad de la niña, expuesta a las conse-

cuencias de un estado carencial o de intoxicación de su padre, coincidente con el periodo de convivencia con el mismo.

Por lo tanto y mientras esta situación subsista, los contactos entre padre e hija tendrán lugar en Sevilla, ciudad en que vive Macarena felizmente integrada en el medio escolar y social y solícitamente atendida por su madre y por sus abuelos y tíos maternos según el pomenorizado informe de la asistente social D^o Pilar; la duración de estos contactos será, por el momento breve; y en todo caso se garantizará la seguridad de la hija y el estricto cumplimiento de lo resuelto con la medida de acompañamiento de personas designado por los progenitores, o en defecto de acuerdo por el Juez^o.

Sentencia de la Sec. 1^o de la A.P. de Almería de fecha 9 de marzo de 1998, Fundamento de Derecho Segundo:

"La fijación de un régimen de estancia, visitas y comunicaciones en favor del cónyuge con el que no conviva la progenitura, tiene como función y finalidad fomentar un vínculo de confianza y amistad entre dicho progenitor y los hijos. Desde luego, indubitado que la presencia del padre y de la madre es fundamental para el crecimiento del hijo al ser soporte de las respectivas identidades, ello no implica que se olvide que el plan o régimen de visitas debe proteger los derechos del niño y del padre no custodio (configurándose como un derecho-deber) y tender a fomentar los vínculos afectivos con él para procurar así la formación integral que es el espíritu y guía del ejercicio de la patria potestad (...)

Son muchos los estudios de orden psicológico sobre la forma y duración del mentado régimen estando generalmente admitido –y sólo, insistimos, como parámetros generales– que en bebés hasta seis meses de edad es recomendable que las visitas sean frecuentes, de corta duración y en lugares cotidianos para el menor, no siendo recomendable por contra la estancia con el progenitor no custodio por la necesidad de mantener con la máxima estabilidad los hábitos de comida y sueño del niño.

Cuando se trata de hijos en los primeros años de vida (hasta dos años de edad) es imprescindible la proximidad y estabilidad afectuosa de uno de los progenitores (de ordinario la madre), pero el padre aparece como imprescindible para fomentar, entre otras cosas, la autonomía

infantil, por lo que las visitas deben ser también constantes, de algo más de duración, pero procurando no romper la unidad del espacio hogareño del menor; lo que se consigue con la fijación de un tiempo no excesivamente amplio de estancia pero suficiente para que se produzca la identificación de la figura del padre (que es normalmente el que no tiene la custodia) y del círculo especial donde éste desarrolla su propia vida independientemente de la del otro progenitor.

Entre los dos y siete años debe irse ampliando el régimen con el matiz de procurar una programación de antemano de las estancias y visitas. Aquí aparece ya como admisible la estancia con el progenitor no custodio pero de forma gradual y siempre que el menor lo tolere, estancias que deberán incrementarse de forma significativa en este tiempo (incluyendo periodos ininterrumpidos de una semana o más, singularmente en tiempo vacacional).

Por último, llegada la adolescencia, dada la independencia y movilidad propia de dicha edad, el régimen debe volver a flexibilizarse atendiendo de manera muy especial a los deseos del hijo”.

Sentencia de la Sec. 2ª de la A.P. de Córdoba de fecha 15 de Abril de 1999, Fundamento de Derecho Tercero:

“(…) Como ya señaló esta misma Sección Segunda, ss 10.04.97, 2.10.97 y 22.7.98, el llamado derecho de visita regulado en el art. 94 CC en concordancia con el art. 161 del propio cuerpo legal no es un propio y verdadero derecho, sino un complejo de derechos-deber cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores sino también cubrir las necesidades afectivas y educativas de los hijos en aras de un desarrollo armónico y equilibrado.

Por ello el derecho de visitas es un derecho de contenido puramente afectivo que autoriza a su titular a expresar o manifestar hacia otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin, derecho que puede encuadrarse entre los de la personalidad y que se fundamenta principal, aunque no exclusivamente en una previa relación familiar entre visitante y visitado.

Se trata de derecho claramente subordinado al interés del menor, y así está recogido en las declaraciones pragmáticas de algunos docu-

mentos supranacionales de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 1959; resolución de 29.05.67 del Consejo Económico y Social de la Naciones Unidas; y Convención del Consejo de Europa de 1980 sobre Reconocimiento y Ejecución de decisiones en materia de Guarda de Niños, por ser el más valioso y necesitado de protección y debe ser cancelado al margen y por encima de los motivos que dieron lugar a la separación entre el visitador y el titular de la guarda del menor. Y es que el "ius visitandi" cumple una evidente función familiar pues quiere la ley que aunque la familia atravesase una crisis o ruptura, incluso definitiva, se cumplan en la medida de lo posible, los fines asegurados al núcleo familiar, entre ellos, el del pleno desarrollo de la personalidad de los mismos.

Ahora bien el art. 94 CC admite la posibilidad de limitar o suspender el derecho del progenitor a visitar un hijo que no tenga consigo en caso de que incumpliese grave o reiteradamente los deberes impuestos por una resolución, pero como el derecho de visitas no viene establecido exclusivamente a favor del progenitor sino también en beneficio de los hijos al constituir, dice la SAP Castellón de 25.2.93 la continuación o reanudación de la relación paterno filial, evitando la ruptura, por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos, ello conlleva ciertamente que la limitación o suspensión del mismo debe verse con disfavor y sentido restrictivo, justificándose sólo cuando exista un peligro concreto y real para la salud psíquica, física o moral del hijo, no resultando procedente condicionarlo exclusivamente a la obligación de pago de alimentos..."

Sentencia de la Sec. 3ª de la A.P. de Córdoba de fecha 24 de Mayo de 1999, Fundamento de Derecho Primero:

"En modo alguno es de recibo tildar de incongruente a una sentencia en materia de divorcio o separación por el hecho de que el Juez, aunque no haya una petición expresa al respecto, determine un régimen de visitas respecto a los hijos, pues no es sólo en favor de aquéllos cuando así se hace sino en el de los menores.

Desde esta perspectiva, y tratándose de una materia en el que el Juzgador no está tan encorsetado por las peticiones de las partes como

cuando decide cuestiones puramente de derecho privado, el régimen de visitas acordado, al no existir impedimento en contra, no puede ser más usual, lógico y aconsejable para que el padre y el hijo vayan progresivamente entablando una relación paternofilial que llegue a niveles óptimos y aconsejables”.

6.4 PENSIONES DE ALIMENTOS

Establece el artículo 93 del Código Civil:

“El Juez en todo caso determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Si convivieren en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez en la misma resolución fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”

El análisis de las resoluciones de las A.P. respecto a las pensiones alimenticias contemplará los siguientes aspectos:

- I. Cuantificación de las pensiones alimenticias
- II. Pensiones alimenticias para los hijos mayores de edad.
- III. Pensión alimenticia para el cónyuge
- IV. Compatibilidad de pensión alimenticia a favor del cónyuge y pensión compensatoria.

I. Cuantificación de las pensiones alimenticias.

Sentencia de la Sec. 4ª de la A.P. de Cádiz de fecha 24 de Enero de 1998, Fundamento Jurídico Segundo:

"(...) el apelante interesa que se modifique el fallo apelado en lo relativo a su contribución a las cargas familiares por los alimentos a los tres hijos comunes y que dicha contribución se establezca en 30.000.- ptas mensuales, en vez de un porcentaje de sus posibles ingresos. (...) En el caso de autos la sentencia de primera instancia ha fijado como contribución del esposo el 50% de los ingresos que perciba en su caso. No consta por las pruebas practicadas qué ingresos pueda tener D. Juan y éste en su recurso mantiene que ahora está en paro y que cuando trabajaba ganaba 89.000 ptas : El 50% de 89.000 ptas son 44.500 ptas, suma que puede considerarse elevada si se tiene en cuenta que con otro tanto el demandado habría de atender sus necesidades personales y que además no es el único obligado a alimentar a los hijos, pues la madre también tiene este deber y por más que lo cumpla en gran medida teniendo consigo a los hijos (de 13, 9 y 5 años de edad), si trabaja también podrá contribuir, si sus ingresos se lo permiten, con dinero y no sólo con su atención personal a la alimentación de los hijos (...). Se fija la suma de 30.000. ptas "

Sentencia de la Sec. 4ª de la A.P. de Cádiz de fecha 7 de Marzo de 1998,
Fundamento Jurídico Primero:

"(...) En definitiva la súplica formulada en el acto de vista de este recurso puede ser admitida como pretensión de reducción de la pensión alimenticia de referencia, establecida en la sentencia recurrida en un 15% de los ingresos íntegros del esposo recurrente, pretensión que se estima debe prosperar, puesto que dicha cuantía del 15% de los ingresos netos del esposo implicaría una pensión del orden de las 34.500 ptas mensuales y como quiera que por exigencia legal, ambos progenitores han de contribuir a tales alimentos, la esposa habría de contribuir en la misma proporción, lo que habida cuenta de sus ingresos como ATS, significaría algo más de otras 25.000 ptas mensuales, por más que al menos en parte, puede ser compensada con sus prestaciones en favor de la hija, y así resultaría que dicha hija percibiría una pensión alimenticia mensual total valorable en 60.000 ptas. mensuales, que se entiende rebasan las necesidades de la hija y que en consecuencia, se estima debe ser reducida, fijándose la suma a deducir por tal concepto de los ingresos líquidos del recurrente en el 10%".

Sentencia de la Sec. 6ª de la A.P. de Málaga de fecha 21 de julio de 1998,
Fundamento Jurídico Sexto:

"(...) que la separación matrimonial no exime a los padres de la obligación para con los hijos (art. 92 C.C.), debiendo cada progenitor contribuir a satisfacer los alimentos de éstos, incluso cuando se trate de mayores de edad que, conviviendo en el domicilio familiar carecieran de ingresos propios, en cuyo caso el órgano judicial, en la misma resolución, fijará los débitos según las reglas que previenen los artículos 142 y ss. del CC (art. 93 conforme a la Ley 11/1990 de 15 de octubre). La razón se hace más indiscutible tratándose de menores, a cuyo amparo debe velar el órgano judicial con carácter preeminente señalando en orden de prioridad sobre cualquier otra la obligación de satisfacer alimentos, siendo su cuantificación materia reservada al arbitrio judicial sin más límite que la infracción legal derivada de la falta de proporcionalidad entre el caudal o medios de quien los ha de cumplir y las necesidades de quien o quienes sean beneficiarios (art. 142 y 143 y SSTTS 24 de marzo de 1976, 16 de marzo de 1978, 5 de octubre de 1993, etc...) y de acuerdo con todo ello es por lo que esta Sala considera que la cuantificación alimenticia establecida en la sentencia impugnada¹ ha respetado la proporcionalidad de acuerdo a los actuales ingresos del padre y a las inmediatas necesidades de los hijos, con criterio que si bien al presente parece extremadamente riguroso se ha previsto, no obstante, sea mejorado a resultas del pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda que figura como domicilio familiar".

Sentencia de la Sec. 6ª de la A.P. de Málaga de fecha 30 de octubre de 1998,
Fundamento de Derecho Tercero:

"(...) la prestación exigida ha de concretarse en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los percibe y es en base a este principio legal por lo que el Tribunal de segundo grado considera que la cuantificación alimenticia establecida en la sentencia de 40.000 ptas. para los dos hijos no ha tenido en cuenta la proporcionalidad que debe regir la cuestión, en cuanto que la edad de los hijos suponen un aumento también de sus necesidades y en cuanto que, si bien no ha quedado acreditado cuál sea la cantidad que percibe el padre periódicamente como salario o sueldo, el préstamo recibido por el mismo concedido por

¹ La sentencia de instancia estableció la pensión alimenticia para los hijos en la cantidad de 20.000 ptas. mensuales, bien una vez haya sido abonado en su totalidad por el esposo el préstamo hipotecario que grava la vivienda se aumentará la pensión en la cantidad de 60.000 ptas.

el Banco P.S.A. ascendente a 12.000.000 pts. entregadas el 20 de enero de 1996, aun cuando se encuentre su devolución garantizada mediante la constitución de hipoteca sobre una finca propiedad de terceros, significa un nivel económico adquirido del que se deduce que, en justicia, parezca conveniente aumentar el "quantum" concedido a la suma de 30.000 ptas al mes para cada uno de los hijos".

Sentencia de la Sec. 1ª de la A.P. de Jaén de fecha 6 de noviembre de 1998, Fundamento de Derecho Primero:

"(...) En este sentido consideramos adecuadas a estos parámetros las cantidades señaladas en la sentencia. Consta que la esposa recurrente cuenta con un empleo por el que percibe ingresos suficientes, según la certificación obrante en las actuaciones y además de los ingresos que le proporciona su habilidad y profesión de coser, aunque no consten los beneficios concretos que le puede suponer; debemos concluir que no es excesiva la cantidad de 15.000 ptas. mensuales en concepto de alimentos para cada hijo del matrimonio".

Sentencia de la Sec. 2ª de la A.P. de Jaén, de fecha 11 de diciembre de 1998, Fundamento de Derecho Tercero:

"Por lo que hace referencia a la pensión alimenticia a favor de los hijos menores de 75.000 ptas. para cada uno de ellos, en total 225.000 ptas. mensuales, con el incremento del I.P.C., se considera por la Sala totalmente adecuado en aplicación de lo dispuesto en los artículos 93, 142, 143 y 146 del Código Civil al entenderse proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe. Dicha obligación alimenticia conforme dispone el artículo 142 comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica y también la educación y la instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. De la prueba obrante en autos tanto de los ingresos por la consulta médica libre del obligado, la suma establecida anteriormente se estima correcta. Sin perjuicio de que posteriormente puedan ser modificadas cuando se incrementen las necesidades de los alimentistas o mejora de fortuna del alimentante".

II. Pensiones alimenticias para los hijos mayores de edad.

Sentencia de la Sec. 3ª de la A.P. de Granada de fecha 1 de Octubre de 1997, Fundamento de Derecho Primero.

"A) La Juzgadora de instancia rechaza las excepciones aducidas en la instancia, con certero criterio, toda vez que este Tribunal desde la reforma del artículo 93 del CC, por l 11/1990 de 15 de Octubre viene manteniendo la necesidad de la intervención de los hijos mayores de edad en el proceso matrimonial bajo los auspicios de una intervención adhesiva o coadyuvante con el cónyuge con el cual conviven para recibir los alimentos regulados en el apartado segundo de dicho precepto, ya que la legitimación por sustitución del propio cónyuge es impensable en una materia donde existen intereses contradictorios (...)".

Sentencia de la Sec. 1ª de la A.P. de Córdoba de fecha 20 de Noviembre de 1997, Fundamento Jurídico Segundo:

"(...) tanto la falta de acreditación real y efectiva por parte de la recurrente sobre la necesidad de que se continúe la instrucción y formación del hijo (mayor de edad) como por el contrario, la voluntad del padre de dar una verdadera y real alternativa a la situación actual, mediante el ofrecimiento de un puesto de trabajo, que como se afirma en la sentencia recurrida, el alimentista ha rechazado.

Desde tal premisa, esta Sala comparte los razonamientos de la sentencia, y ello puesto que si bien es evidente el contenido ético de la obligación que se exige en este recurso, derivada de la relación paterno-filial, dado que el mínimo ético que el derecho representa, se exterioriza con especial fuerza en esta clase de pretensiones; no es menos cierto que la prueba objetiva evidencia con la misma fuerza que bajo su concreta apariencia igualmente se ocultan otros intereses, en la mayoría de los supuestos, egoístas, de los cónyuges, que no pueden ser atendidos, por ir en contra de ese superior principio de solidaridad familiar, incompatible con la injustificada actitud de F. de negarse a aceptar el trabajo que su padre le ofrece; sino que además en la mayoría de los supuestos no representan sino pretensiones, en las que se traslucen otros intereses encubiertos y el Juzgador de instancia desde su privilegiada situación,

merced al principio de inmediación, de forma inteligente los señala en el último inciso del párrafo primero del F.J. 2º al afirmar "es dudoso que la pensión no revierta en beneficio de la madre...".

En definitiva resulta evidente que pese a la dificultad del art. 93 del CC la situación familiar, por lo que a las cargas se refiere, en el caso concreto, debe ser modificada en el sentido solicitado por el actor de la demanda (suprimir la pensión alimenticia del 15% de los ingresos del padre) y hoy apelado, sin que sea óbice para ello que el hijo se encuentre en el Servicio Militar o que momentáneamente carezca de trabajo, (...)"

Sentencia de la Sec. 6ª de la A.P. de Málaga de fecha 20 de marzo de 1998, Fundamento de Derecho Cuarto:

"Pasando ya al examen del fondo de la cuestión, el artículo 90 del Código Civil contempla la modificación de las medidas adoptadas por el Juez en defecto de acuerdo, pero esta excepción al principio de estabilidad de las medidas acordadas con carácter definitivo en la sentencia sólo podrá tener lugar cuando se alteren las circunstancias de tal manera que supongan un grave perjuicio para alguno de los cónyuges siendo un reflejo de la doctrina general de la cláusula rebus sic stantibus, sustancialidad en la alteración de las circunstancias que no se puede atribuir a las causas invocadas, matrimonio de uno y otro cónyuge, que contrajeron a sabiendas de las obligaciones anteriormente asumidas, y pequeñas anécdotas en el devenir de su vida estudiantil de los hijos del matrimonio, actividad formativa en la que continuarán, sin que hayan encontrado un trabajo estable, pudiéndose considerar los hechos aducidos en apoyo de su pretensión simples vicisitudes ordinarias y lógicas en el devenir ordinario de las relaciones patrimoniales entre los ex cónyuges en función de sus obligaciones respecto a sus hijos".

Sentencia de la Sec. 5ª de la A.P. de Málaga de fecha 27 de mayo de 1998, Fundamento de Derecho Tercero.

"Problema que sin embargo no se plantea desde la vertiente de la legitimación de la madre en cuyo domicilio conviven los hijos mayores de edad para reclamar y defender el derecho a los alimentos a que alude el artículo 93.2 del Código Civil. Pues sin necesidad de acudir a una situación litisconsorcial activa ha de reconocerse al progenitor en cuya com-

pañía viven los hijos mayores que carezcan de recursos propios, legitimación para defender y reclamar del otro progenitor los alimentos debidos a aquéllos, solución que parece más acorde con el espíritu de la reforma del Código Civil, toda vez que el artículo citado en su actual redacción dada por la Ley 11/1990 de 15 de octubre legitima activamente y con carácter sustantivo a la madre para interesar dentro de la litis, como en este pleito hace en vía reconvenicional, una modificación a la alza de la cantidad fijada como alimentos a favor de aquéllos.

Petición de la demandada reconviniendo, que al hilo de lo expuesto procede ahora analizar, debiéndose adelantar su desestimación tras un nuevo examen de la prueba articulada en autos. En este sentido, no consta que se haya producido una variación sustancial de las circunstancias que justifiquen una elevación de la contribución del padre en los alimentos de los hijos –lo que no acredita–, quienes estudian y no tienen trabajo así como los graves padecimientos del hijo mayor, circunstancias que ya acontecían, cuando fue dictada la sentencia de divorcio, y por ende tenidas en cuenta, al igual que el delicado estado de salud de la Sra. F. "

III. Pensión alimenticia para el cónyuge.

Sentencia de la Sec. 1ª de la A.P. de Cádiz de fecha 12 de Marzo de 1998, Fundamento de Derecho Primero:

"En concreto con dicha medida se establece una contribución económica en concepto de alimentos, tanto para la esposa como para los hijos menores (4) que en la actualidad no tienen ingresos propios del 48% de los ingresos líquidos de aquél; cantidad que esta Sala considera adecuada para dicha cantidad. Por otra parte es equitativa la distribución que el Juez "a quo" realiza en orden a distribuir dicha contribución no sólo entre los hijos, fijando el porcentaje a favor de cada uno de ellos del 7%, estableciendo un 20% de dichos ingresos en concepto de alimentos para la esposa, y no en concepto de pensión compensatoria ya que la misma no puede ser fijada toda vez que no se solicitó en la demanda rectora del procedimiento, lo que impide no sólo que no se pueda fijar la misma en la

Sentencia sino tampoco, como se pretende, en ejecución de sentencia y, mucho menos como una expectativa de futuro para el supuesto de que pierda la pensión no contributiva (24.935 ptas) que en la actualidad cobra la Sra.G."

Sentencia de la Sec. 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 24 de noviembre de 1998, Fundamento de Derecho Tercero:

(...) En otro orden de cosas, según determinan los artículos 143 y 144 del Código Civil, la prestación alimenticia exigida ha de concretarse en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, cuantía a determinar que, conforme determina la doctrina jurisprudencial –T.S. 1ª SS de 24 de marzo de 1976, 16 de marzo de 1978 y 5 de octubre de 1983, entre otras muchas–, compete al prudente arbitrio judicial, cuyo criterio no pueden sustituir las partes eficazmente por el suyo propio y personal mientras no se demuestre infracción legal, lo que en absoluto se observa en el caso que nos ocupa en el que el juzgador teniendo en cuenta el equilibrio y proporcionalidad que debe imperar entre los cónyuges resolvió adecuadamente fijando a favor de la esposa, carente de recursos económicos fijos o periódicos, la cantidad de cuarenta mil pesetas para subsistir, lo que conlleva, igualmente a confirmar lo resuelto".

Sentencia de la Sec. 4ª de la A.P. de Málaga de fecha 18 de marzo de 1999, Fundamento de Derecho Segundo:

"(...) De la misma forma no cabe confundir la pensión compensatoria con la pensión por alimentos, en cuanto que son instituciones que responden a presupuestos y fundamentos diferentes, pues la segunda de ellas, regulada en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, obedece a criterios de necesidad, naciendo con la finalidad de proveer lo necesario para atender las exigencias vitales, tomando como base de su otorgamiento la necesidad de quien lo solicita y los recursos del obligado a prestarla, y por lo tanto, distinta a la finalidad de superación del desequilibrio económico que conlleva la pensión compensatoria, desequilibrio que supone un presupuesto más amplio a la necesidad en cuanto que va destinado a cubrir, no sólo las necesidades vitales, sino también, fundamentalmente a restablecer el perjuicio económico derivado de la ruptura de la

vida conyugal. Consecuencia de lo anterior es que la deuda alimenticia tiene una duración indefinida, en tanto se mantenga la necesidad de recibir alimentos y la posibilidad de prestarlos, y, por supuesto, mientras se mantenga el vínculo familiar pues la disolución del vínculo matrimonial que se derivaría de una sentencia de divorcio privaría a los divorciados de la condición de alimentistas que el artículo 143 otorga a los cónyuges. Procediendo, por ello estimar el recurso en cuanto que la cantidad que viene obligado el recurrente a abonar a la esposa lo es en concepto de pensión por alimentos y no por compensación, no obstante, en cuanto a la cuantía de 45.000 ptas. fijadas en la sentencia recurrida, por el recurrente no se aporta razón alguna que justifiquen su solicitud de rebajarla a la de 35.000 ptas., y, teniendo en cuenta las circunstancias de lo que percibe el demandado y que el uso de la vivienda familiar le ha sido a él adjudicada, se considera que la cuantía fijada por la Juzgadora a quo ha tenido en cuenta la proporcionalidad que debe regir la cuestión.*

IV. Compatibilidad de pensión alimenticia a favor del cónyuge y pensión compensatoria.

Sentencia de la Sec. 5ª de la A.P. de Málaga de fecha 15 de junio de 1998, Fundamento de Derecho primero:

"(...) pues el razonamiento que el Juzgador de instancia expone en la sentencia, para negar la pensión alimenticia, y que no es otro que entenderla incompatible con la pensión compensatoria, siendo éste un concepto más amplio que engloba a aquella, no puede ser acogido pues ni por la causa que les sirve de fundamento ni por su naturaleza jurídica se puede concluir dicha refundición, o por mejor decir absorción, siendo así que mientras que la pensión alimenticia responde a la finalidad de que el que tiene derecho a ella pueda hacer frente a sus necesidades más primarias, como son las relativas a la subsistencia, no pudiendo catalogarse como una obligación patrimonial, aun cuando su contenido sí lo sea, la pensión compensatoria por su finalidad indemnizatoria responde a la necesidad de mantener un cierto equilibrio económico entre la situación anterior en el matrimonio y la que se produce cuando éste se separa o se

disuelve de manera que mientras que la deuda alimenticia perdura mientras continúe la relación de parentesco, cesando ésta cuando se extingue, la pensión compensatoria perdura aun cuando el parentesco no exista, como así lo refleja el artículo 101 del Código Civil, en que al regular la causa de extinción de las mismas lejos de remitirse a lo dispuesto en el artículo 152 específicamente establece que se extinguirá cuando cese la causa que la motivó, llegando incluso a disponer en su párrafo segundo que el simple fallecimiento del cónyuge que la debe no es causa de extinción, diferencia que incluso el propio legislador reconoce al regularlas en el artículo 90 en párrafos separados, como son el C y el E, lo que obliga a concluir que al no suponer la separación matrimonial la extinción del vínculo nada obsta a que se pueda conceder la pensión por alimentos, por todo lo cual procede acceder al recurso y en consecuencia haber lugar a la pensión alimenticia interesada por la recurrente, en la cuantía por ella solicitada en la demanda, sin que haya que modificar la interesada a favor de los hijos pues vistas las facturas y las necesidades del demandante así como la cuantía señalada por los gastos ordinarios se entiende ajustada a derecho”.

6.5 PENSIONES COMPENSATORIAS

Establece el artículo 97 del Código Civil:

El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento de su situación anterior en el matrimonio tiene derecho a una pensión compensatoria que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta entre otras, las siguientes circunstancias:

- 1.º Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.*
- 2.º La edad y estado de salud.*
- 3.º La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*
- 4.º La dedicación pasada y futura a la familia.*

5.ª *La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*

6.ª *La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.*

7.ª *La pérdida eventual de un derecho de pensión.*

8.ª *El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

El análisis de las Sentencias de las Audiencias Provinciales respecto a las pensiones compensatorias contemplarán las siguientes cuestiones:

- I. Criterios para el otorgamiento de la pensión compensatoria.
- II. Criterios para la denegación de la pensión compensatoria.
- III. Cuantificación de la pensión compensatoria.
- IV. Temporalidad de la pensión compensatoria

I. Criterios para el otorgamiento de la pensión compensatoria.

Sentencia de la Sec. 4ª de la A.P. de Granada de fecha 14 de Octubre de 1997, Fundamento Jurídico Primero:

" (...) La cuestión nuclear radica en ese documento mediante el que los hoy litigantes acordaron su separación provisional y el alcance y significado que ha de otorgarse al pacto tercero del mismo, que contiene la renuncia de Dª Rosario a cualquier tipo de pensión, puesto que los demás pactos que en aquél se reunían, son aceptados por ambas partes.

Y para resolver tal problema hay que partir de una premisa fundamental: la eficacia normativa de los pactos verificados por los cónyuges se halla legalmente condicionada a su aprobación judicial (art. 90 CC); esto es sin perjuicio de que aquellos acuerdos a que lleguen los cónyuges sean aprobados judicialmente por considerarse adecuados, lo que resulta patente es que con la suscripción del Convenio Regulador no se deja en manos de éstos los efectos de la situación del matrimonio que se halla en

crisis. Y, en consecuencia los pactos acordados extrajudicialmente no vinculan al Juzgador, el cual podrá denegar su aprobación, por estimarlos lesivos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, si bien ello no significa que estos pactos de mutuo acuerdo, aun cuando no sean vinculantes carezcan de valor alguno, en cuanto que son expresivos de la voluntad como de aquello en orden a regular las consecuencias de su separación de hecho.

Sentando lo anterior en el supuesto de autos, ha de confirmarse la medida de concesión de pensión compensatoria a la actora, y ello por las siguientes razones: En primer lugar y como ya se recoge en la resolución recurrida, porque no puede concedérsele el carácter indubitado que el demandado pretende a la renuncia efectuada por su esposa a la percepción de pensión, si se tiene en cuenta que, como ésta ha manifestado y sus hijos confirmado, creía que tal acuerdo era provisional, pues confiaba con la reconciliación con su esposo, provisionalidad que además se desprende del pacto primero del Convenio Regulador. En segundo lugar, porque, como ya se ha hecho constar anteriormente, la aprobación judicial del convenio está supeditada a que su contenido no sea gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, y en el presente caso la renuncia a pensión compensatoria ostenta tal calificación en tanto en cuanto demostrado está en los Autos, que D^a Rosario no desempeña actividad laboral de ninguna clase, teniendo como ingresos, únicamente los que le pueda producir el pedazo de tierra que le correspondió en la liquidación de la sociedad de gananciales, y dada su edad y falta de preparación difícilmente se puede considerar que pueda acceder al desempeño de una actividad remunerada.

Por ello y teniendo en cuenta la duración del matrimonio (30 años) y la dedicación de la esposa a la familia así como del comercio que explotaba el marido es patente el desequilibrio económico que la separación le produce estimándose ajustada a derecho la concesión a aquélla de pensión compensatoria (25.000. ptas)."

Sentencia de la Sec. 6^a de la A.P. de Málaga de fecha 21 de julio de 1998, Fundamento de Derecho Séptimo:

"Respecto a la pensión compensatoria, se ha de recordar igualmente que arreglada, a las circunstancias 1^a a 8^a del art. 97, viene origi-

nada en el desequilibrio económico de uno de los cónyuges con relación al otro y subsiguiente a producirse la separación o divorcio de lo que implique un empeoramiento en la situación anterior. Para la modificación o extinción de esa estimación caben sólo, y respectivamente, la acreditación de alguno de los supuestos contemplados en los arts. 100 y 101, en todo ajenos a la circunstancia concurrente de que la esposa haya desarrollado una actividad laboral de la que la Sala, independientemente de ignorar su continuidad por renovación contractual, es lo cierto que si conoce el carácter esporádico, estacional o a su tiempo parcial y en todo caso de naturaleza tan básica que no alcanza los niveles de salario mínimo interprofesional”.

Sentencia de la Sec. 6ª de la A.P. de Málaga de fecha 21 de octubre de 1998,
Fundamento de Derecho Tercero:

“Respecto a la pensión compensatoria que la esposa solicitara, no puede confundirse dicha pensión, regulada en el artículo 97 del Código Civil, con los alimentos del artículo 142 del mismo texto legal, pues estos últimos tiene un carácter necesario de auxilio indispensable en los casos extremos en que el interesado no pueda hacer frente a los mismos y se precisan para subsistir, y comprenden sólo lo que sea indispensable para sustento, habitación, vestido y asistencia médica, mientras que los primeros, a los que se refiere el presente pleito no precisan de ninguna circunstancia extrema, pudiendo tener el cónyuge solicitante cubiertas sus necesidades esenciales, bastando con que se produzca un desequilibrio respecto al otro cónyuge, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio; lo que resulta evidente en el presente caso en el que la solicitante, como esposa del Director, vivía en el hotel y aprovechaba los servicios de éste, limpieza, lavandería, restaurante, quedando exonerada de cualquier trabajo doméstico y viviendo con un nivel de vida merced al status de su esposo, lo que actualmente ha perdido, habiéndose visto obligada a reanudar su vida laboral como empleada de hostelería, lo que, aunque le cubra sus necesidades esenciales, no hay duda que implica un empeoramiento en su situación anterior, aunque la cantidad solicitada se habrá de atemperar atendidas las circunstancias de la duración del matrimonio no muy extensa, la edad joven de la esposa y su adecuado estado de salud, y la demostrada posibilidad de acceder a un

nuevo empleo, todo ello en tanto se produzca lo previsto en el artículo 101 del Código Civil y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 100 del mismo código².

Sentencia de la Sec. 6ª de la A.P. de Málaga de fecha 30 de octubre de 1998, Fundamento de Derecho Segundo:

"(...) habiéndose mantenido el matrimonio durante 15 años, la esposa carece de cualificación profesional y de empleo habiendo tenido durante esos años plena dedicación a la familia, quedando por ello la actora, después de la separación, en posición económica peor que la que tenía durante el matrimonio, pasando de una situación económica estable, por los ingresos que aportaba su marido, a una situación precaria, abocando estas circunstancias a la procedencia de fijar la pensión compensatoria solicitada a favor de la actora apelante y a cargo del demandado de 15.000 ptas. mensuales, sin que pueda significar obstáculo para ello el hecho de que durante 180 días en el año 1995 la actora haya percibido como subsidio por desempleo el 75% del salario mínimo interprofesional puesto que, en primer lugar, ello sólo corrobora que, aun cuando la actora haya podido desempeñar algún trabajo esporádico, en la actualidad está desempleada y en segundo lugar, que el hecho de que el cónyuge que sufre el desequilibrio económico después de una crisis matrimonial intente mejorar el nivel de vida que le puede proporcionar sólo la pensión compensatoria, en el presente caso insuficiente a todas luces para cubrir sus elementales necesidades, no significa que cualquier empleo o trabajo que pudiera desempeñar elimine el desequilibrio económico ya producido, y en consecuencia, por ese hecho no queda extinguida la obligación de compensar a la otra parte, y todo ello sin perjuicio de las acciones que corresponden en el supuesto de cambio de circunstancias previsto en el art. 91 "in fine" del Código Civil".

Sentencia de la Sec. 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 24 de noviembre de 1998, Fundamento de Derecho Tercero:

"(...) nos encontramos en presencia de una unión matrimonial que duró cerca de cuarenta y dos años durante los cuales la esposa se dedicó a las tareas propias del hogar y crianza de sus cinco hijos, a tenor de los ingresos que actualmente obtiene el demandado en concepto de pensio-

² La pensión compensatoria se fija en 50.000.- ptas. mensuales revalorizables con arreglo al incremento del coste de vida.

nista e ingresos atípicos que percibe por sus trabajos como electricista, tal como constataron varios de los testigos que depusieron en la instancia, el Tribunal debe calificar de correcta y ajustada a derecho la cantidad fijada en la sentencia recurrida³."

II. Criterios para la denegación de la pensión compensatoria.

Sentencia de la Sec. 4ª de la A.P. de Granada de fecha 12 de Marzo de 1998, Fundamento de Derecho Primero:

"(...) Así por lo que se refiere a la pensión por desequilibrio económico como se le anticipaba en la sentencia (de instancia), esta Sala tiene repetidamente dicho que la conceptualización y graduación del desequilibrio económico ha de referirse al momento del cese de la vida conyugal, sea en sus vías de separación o de divorcio, y en aquel momento, por mutuo acuerdo se convino en que no había lugar a esta pensión, por lo que en modo alguno puede acordarse ahora, de manera que hacerla sería ajeno a la razón de aquélla."

Sentencia de la Sec. 6ª de la A.P. de Málaga de fecha 6 de mayo de 1998, Fundamento de Derecho Tercero:

" (...) El hecho cierto es que nos encontramos en presencia de una unión matrimonial en la que la convivencia duró escasamente un año, ya que el matrimonio fue contraído el 10 de junio de 1995 y la demanda judicial de separación se presentó por el marido el 4 de septiembre del siguiente año, lo que determina que, a lo más la concesión de la pensión compensatoria sería temporal, pero es que, además, concurren en el caso una serie de circunstancias que producen como efecto excluir la posibilidad de obtenerla, habida cuenta de que ambos cónyuges poseen trabajos independientes, poseyendo la esposa un salón de peluquería abierto al público en 1996 por el que obtiene ingresos propios, como fácilmente se desprende del hecho admitido a lo largo de las actuaciones afirmando como con dinero obtenido de su actividad profesional hizo frente al pago de ciertos gastos familiares —Hechos II de la contestación a la demanda— lo que determina, ante la inexistencia de pruebas que acrediten lo contrario, no darse dese-

³ La sentencia de instancia fijó la pensión compensatoria en 15.000 ptas. mensuales.

quilibrio económico alguno entre los cónyuges a consecuencia de la ruptura matrimonial, máxime cuando, además, la esposa, profesional de la peluquería, al momento de la interpelación judicial de la demanda contaba con tan sólo 23 años de edad, por lo que conjugando los diversos factores que previene el artículo 97 precitado se llega a la conclusión de ser improcedente su concesión, debiéndose, por tanto proceder a revocar la sentencia de instancia en el apartado cuestionado”.

Sentencia de la Sec. 6ª de la A.P. de Málaga de fecha 15 de octubre de 1998, Fundamento de Derecho Segundo:

“(…) Debe considerarse ajustada a derecho la cantidad determinada en la instancia en concepto de alimentos a favor de los hijos matrimoniales sin que proceda cuantificar la pensión por desequilibrio económico, ya que si bien nos encontramos en presencia de una unión matrimonial en la que la convivencia ha durado aproximadamente catorce años y en la que la esposa se vino dedicando a los cuidados de la familia, no puede pasar por alto que los medios económicos del marido se presenta como uno de los parámetros esenciales a fin de proceder a la concesión o denegación de la pensión, tal y como expresamente recoge el apartado 8º del precitado artículo 97 del Código Civil y esto es precisamente lo que lleva a la Sala en el momento actual a denegar la solicitud formalizada por la actora, debiéndose por ello proceder a confirmar el fallo judicial de instancia en todas y cada una de sus partes”.

III. Cuantificación de la pensión compensatoria.

Sentencia de la Sec. 3ª de la A.P. de Cádiz de fecha 18 de Febrero de 1998, Fundamento Jurídico Primero y Segundo:

“La apelante circunscribe su recurso únicamente a la pensión compensatoria fijada en la sentencia, dejando subsistentes el resto de pronunciamientos, con base a que el 20% de los ingresos del esposo resulta injusto y discriminatorio, pues después de cuarenta años de matrimonio y su entrega a la familia, con edad próxima a la jubilación, tal cantidad es escasa, pues los gastos de luz, agua y otros superan ya la cantidad que

supone ese 20% es decir 33.260 ptas. Estima adecuado el 40% y a tal cantidad refiere su petición. Por el apelado se solicita la confirmación de la sentencia, pues en medidas provisionales se fijó un 30% y haciendo números en la actual situación en que (la apelante) convive con el hijo, con el 20% le quedaría al esposo 67.000 ptas. aproximadamente, quedándole a la esposa e hijo unas 83.000 ptas aproximadamente.

La sentencia ha de ser confirmada la cantidad del 20% resulta adecuada".

Sentencia de la Sec. 5ª de la A.P. de Málaga de fecha 12 de noviembre de 1998,
Fundamento de Derecho Cuarto:

(...) Atemperándose asimismo la cuantía de la pensión por desequilibrio económico reconocida a la esposa, estableciéndose en 35.000 ptas., y ello en atención tanto a la disminución de sus ingresos, próxima como estaba su jubilación anticipada, la que tuvo lugar durante la sustanciación del pleito, como a las nuevas cargas que debe afrontar el obligado a su pago tras la separación, que suponen una disminución efectiva en sus disponibilidades económicas, en tanto aquellos gastos sufragados en la convivencia y unidad de domicilio resultan menos costosos".

IV. Temporalidad de la pensión compensatoria.

Sentencia de la Sec. 2ª de la A. P. de Córdoba de fecha 2 de octubre de 1997,
Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto:

"La pensión compensatoria y la pensión por alimentos son dos instituciones de naturaleza jurídica diferente determinada por la propia regulación legal (títulos IV y VI del libro I del Código Civil), por el debate parlamentario de la Ley 30/81 y por la interpretación jurisprudencial (S. 2.12.87), teniendo su origen la primera, no en la situación de necesidad del cónyuge peticionario, sino como ya hemos indicado, en la constatación de un efectivo desequilibrio económico generado por la ruptura del vínculo matrimonial. El derecho a percibir nace en la fecha de la sentencia que es constitutiva del derecho a percibirla, no siendo derecho necesario sino dispositivo y perteneciente por tanto al orden de la autonomía de la voluntad.

Por último destacar que como el art. 97 si bien no prevé una limitación temporal no lo es menos que no lo excluye ni del tenor literal de los art. 99 a 101 debe desprenderse su imposibilidad por cuanto tanto la doctrina como la Jurisprudencia de los últimos años defienden que puede fijarse una pensión compensatoria de carácter temporal bien en el Convenio o por el Juez de Instancia cuando ello resulte oportuno, para que la función equilibradora que persigue el art. 97 pueda cumplirse de forma más eficaz, dado que la pensión compensatoria no constituye por antonomasia un derecho absoluto ni vitalicio, sino un derecho relativo circunstancial por cuanto su legítima finalidad no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad.

En este sentido esta misma Audiencia ha señalado que los derechos a la libertad, autonomía, dignidad igualdad y capacidad del individuo conllevan que la pensión compensatoria sea entendida no como una renta o pensión vitalicia derivada del matrimonio sino como un derecho relativo, circunstancial, condicional y limitado en el tiempo, salvo casos excepcionales, concepción ésta que parte de la idea de que, roto el vínculo matrimonial, ambos cónyuges deben de procurarse dentro de sus respectivas posibilidades y atendidas sus concretas circunstancias un medio autónomo de subsistencia.

Cuarto. Aplicando la doctrina expuesta al caso enjuiciado, el Juzgador de Instancia ha entendido en una valoración conjunta de la prueba que el marido se encuentra trabajando y que incluso percibe rentas de la herencia de su padre, mientras que la esposa, salvo su dedicación a la hija, no ejerce ocupación ni profesión laboral alguna.

Con estos presupuestos, la separación efectivamente va ha producir un desequilibrio económico patrimonial a la esposa, en relación al nivel de vida en común. Ahora bien, esta Sala no puede desconocer la escasa duración del matrimonio, la edad de la esposa y sus posibilidades de acceso al trabajo, por lo que teniendo en cuenta lo razonado en el F.J. precedente estima más equitativo mantener dicha pensión (10.000 ptas mensuales), su cuantía es exigua, pero con una duración temporal de cuatro años, tiempo que esta Sala considera suficiente para que la actora pueda encontrar medios propios de subsistencia.

Sentencia de la Sec. 2ª de la A.P. de Jaén de fecha 11 de diciembre de 1998,
Fundamento de Derecho Cuarto:

(...) Aplicada la anterior doctrina al caso enjuiciado resulta acreditado en autos que contrajeron matrimonio el 12 de julio de 1980 y que la convivencia del matrimonio se rompió el 2 de febrero de 1996; que la esposa nacida el 1 de marzo de 1959 contaba con 21 años al casarse teniendo la condición de estudiante, por lo que al producirse la ruptura del matrimonio tenía 36 años con posibilidades por tanto, de procurarse una ocupación remunerada desde la fecha de la separación de hecho, por lo que no cabe imponer al esposo una obligación vitalicia de pago de una pensión compensatoria, por lo que sin perjuicio de establecerla en la cuantía fijada en la sentencia de instancia de 75.000 ptas. mensuales con incremento del I.P.C. ha de fijarse por la Sala una limitación temporal de cinco años (salvo que pueda solicitarse su extinción con anterioridad por alguna de las causas del artículo 101 del Código Civil) tiempo más que suficiente, a juicio de esta Sala, para que la esposa provea lo necesario en orden a su independencia económica".

6.6 CRÍTICA

A LA CAUSALIDAD EN LAS SEPARACIONES

Hay dos aspectos significativos a la interpretación que hace la Jurisprudencia de la causalidad en las separaciones con la subsunción cuasi generalizada en la cláusula general "Desaparición del afecto conyugal".

Esta cláusula encubre o enmascara la realidad de las crisis matrimoniales, haciendo compartir la responsabilidad en la ruptura en aras a una interpretación no culpabilística de la norma, pese al carácter contenciosos de los procedimientos.

En el supuesto de violencia doméstica se resta importancia a la prueba acreditativa de la misma y se relativizan los actos violentos y/o vejatorios, dándoles la consideración de simples disputas conyugales, en las que víctima y

agresor aparecen igualmente responsables, lo que repercute en no sólo en los efectos económicos sino también en los efectos respecto a los hijos como son la guarda, comunicación y visitas.

Habida cuenta la dificultad que comportan los procesos penales en materia de violencia doméstica, la cantidad de separaciones que se tramitan de mutuo acuerdo aún teniendo su causa en la violencia; la no constatación de la causa real, en los procesos contenciosos, equivale a la práctica desaparición de la tutela judicial a la persona víctima de violencia. Atendiendo aquella máxima de que lo que no está en el Derecho no existe, podría llegarse a la conclusión de que la violencia no existe, y que su alegación forma parte de un sentido victimista de las mujeres.

El determinar la concurrencia o no de alguna de las causas fijadas en el artículo 82 del Código Civil, no carece de consecuencias, para la parte que no se halla incurso en causa de separación ya que además de la compensación moral del cónyuge inocente tiene efectos económicos que no se pueden obviar ya que están recogidos en nuestras leyes; a modo ejemplificativo cabe señalar el artículo 95 del Código Civil, que regula la liquidación de la sociedad conyugal en función de la buena o mala fe de cada cónyuge, el artículo 834 del Código Civil que regula la legítima del cónyuge viudo, atribuyéndola excepcionalmente al supérstite separado cuando la culpa de la separación fuera del difunto; el párrafo final del artículo 1.344 del mismo cuerpo legal que reputa en orden a la revocación de donaciones por razón de matrimonio otorgadas a terceros como incumplimiento de las cargas la anulación del matrimonio por cualquier causa y la separación y el divorcio si al cónyuge donatario le fueren imputables, según la sentencia los hechos que los causaron, en el párrafo final del mismo artículo se dispone que se estimará como causa de ingratitud, a los efectos de revocación que al donatario le sea imputable según la sentencia la causa de separación o divorcio.

A LA GUARDA Y CUSTODIA

Del análisis de la Jurisprudencia se observa que la madre sigue siendo la que detenta la guarda y custodia en la mayoría de casos. El otorgamiento al padre de la guarda y custodia de los hijos en procedimientos contenciosos, es

residual y se da en aquellos casos en los que la esposa por causas diversas no puede hacerse cargo de los hijos.

Es significativo que en tres de las sentencias mencionadas en los que el padre tiene la guarda y custodia de los hijos, se hace una referencia directa a la abuela paterna o la hermana como quien, de hecho, asume el cuidado de los menores (Sent. AP Granada 9.03.98 y 11.03.99) (Sent. AP Almería 16.07.98)

En todas las sentencias estudiadas tanto las Salas de las Audiencias Provinciales como los Juzgados de 1ª Instancia siguen rigurosamente las recomendaciones formuladas por los equipos psico-sociales.

Carece de relevancia judicial para el establecimiento de régimen de visitas y comunicación del progenitor no custodio con los hijos, la constatación de que éste haya maltratado a sus hijos o a la esposa o compañera en presencia de los mismos.

Los hijos que han sido agredidos o han presenciado como un progenitor agredía, maltrataba y humillaba al otro, viven intensamente el miedo ante el comportamiento de quien tiene el deber de darles seguridad, pero lo más grave es que interiorizan, para su futuro de adultos como normal el criminal comportamiento del progenitor agresor; de este modo se perpetúa la violencia, estos niños y niñas son maltratadores o maltratados potenciales. La suspensión del régimen de comunicación y visitas con el maltratador durante un periodo de tiempo, posibilitará a los menores comprender que anormal comportamiento del progenitor y la crítica social que tal actitud merece.

La privación de la patria potestad es una cuestión que no se ha observado en los procesos de separación matrimonial estudiados.

Se concede sistemáticamente el ejercicio compartido de la patria potestad aun en aquellos casos en los que el progenitor o bien es incapaz de tomar decisiones respecto al hijo (drogodependientes) o bien está en ignorado paradero, sin haber mostrado ningún interés por los/as hijas/os a lo largo del tiempo.

A LAS PENSIONES ALIMENTICIAS Y COMPENSATORIAS

Hacemos una referencia conjunta a pensiones alimenticias y compensatorias por la trascendencia económica y por que ello afecta a las familias monoparentales integradas mayoritariamente por la madre y los hijos.

La pensión por hijo representa un porcentaje que oscila entre el 6 y el 15% de los ingresos del progenitor no custodio.

El tópico de que las mujeres se enriquecen en los procedimientos de separación decae automáticamente con el simple análisis de las resoluciones judiciales, reconociendo las mismas sentencias que las cantidades fijadas en las mismas son exiguas e insuficientes para cubrir las necesidades más elementales, entre otras podemos indicar las Sentencias de la A.P. de Málaga de 30.10.98 y la de la A.P. de Córdoba de 2.10.97.

El promedio aproximado de la pensión por hijo oscila entre las 15.000 y las 25.000 ptas., lo cual ni si quiera es suficiente para los gastos de manutención. Ya en 1996 el Instituto Nacional de Estadística establecía en 1.000 ptas. diarias la cantidad necesaria para cubrir las necesidades alimentarias de un menor hasta los catorce años. La Federación de Asociaciones de Amas de Casa en un estudio presentado en enero de 2000 indicaba que como mínimo un menor de clase trabajadora necesitaba un mínimo de 800.000 ptas. al año.

Si tenemos en cuenta los gastos de alimentación, vestido, calzado, médico-sanitarios, de actividades formativas regladas y actividades extra-escolares, queda constatado que aquel progenitor que tenga a su guarda y cuidado a los hijos, además de la dedicación personal tendrá que desembolsar cantidades cuantitativamente más importantes que las pensiones que el progenitor no custodio debe abonar.

La presunción de que la esposa y madre pretende enriquecerse a costa de las pensiones para los hijos también aparece en algunas de las resoluciones, entre otras es significativa la de la A.P. de Córdoba de 20.11.97 en la que en un supuesto de hijo mayor de edad que realiza el servicio militar y sin trabajo, la Juzgadora de instancia deduce la posibilidad de que el enriquecimiento de la madre, a costa de la pensión del hijo, sea la causa de la demanda, esta deducción posteriormente es adverbada por la Sala.

Los criterios en el otorgamiento de las pensiones compensatorias son mayoritariamente restrictivos en cuanto a la cuantía (la A.P. de Cádiz la establece en muchas sentencias en el 15% de los ingresos netos del esposo), el elemento de la temporalidad de la pensión, no previsto en la ley, también se aplica con cierta frecuencia.

A MODO DE CONCLUSIÓN:

Las resoluciones judiciales están pergeñadas de los prejuicios de la sociedad, donde la pertenencia a un género marca el comportamiento que se espera de ser hombre o mujer.

Las interpretaciones no siguen los criterios establecidos en el artículo 3 del Código civil, cuando de su adecuación, como en el caso de la violencia doméstica, se constata que generalmente son los hombres los causantes de la crisis en que tiene su causa la separación.

Hay una ausencia de la "máxima de experiencia" respecto a la realidad económica y las necesidades de los hijos, en el establecimiento de las cuantías de las pensiones a cargo del progenitor no custodio.

De algunas resoluciones se desprende que no tan sólo no se valora el cuidado y atención personal del cónyuge que tiene a su cargo la guarda y custodia de los hijos, sino que se espera de él, que cubra todas las necesidades económicas de los menores, aún en los casos en los que ingresando otro tanto que la pensión a percibir, la cifra resultante sea insuficiente.

Las pensiones compensatorias que se acuerdan en resoluciones judiciales no siempre están motivadas y las cuantías no responden a la vocación de equilibrio económico en relación al constante matrimonio.

Por último las separaciones suponen, en general un empobrecimiento para la familia monoparental resultante de la misma, generalmente mujeres e hijos/as.

La familia es de esas instituciones de las que se afirma constantemente que se encuentran en crisis, sin embargo resiste, permanece y posee la extraordinaria capacidad de adaptarse a todos y a cada uno de los cambios. Este hecho nos permite sospechar que la tan aireada crisis es sólo flexibilidad y adaptación a la realidad. Sin embargo, hemos intentado demostrar cómo paralelamente a esta evolución existen unos núcleos de resistencia que sobreviven a todas las transformaciones y que sobrepasan las diferencias culturales, económicas y, en ocasiones, históricas.

La relación entre familia y política ha experimentado distintas transformaciones desde el pensamiento clásico hasta nuestros días. En la antigüedad, el espacio de la familia representaba lo no político, el lugar en el que se satisfacían las necesidades y en el que las relaciones entre sus miembros eran relaciones de desigualdad, dada la jerarquía del pater familias. Una institución que hemos tenido ocasión de analizar desde el derecho romano hasta nuestros días.

La política, a diferencia del espacio familiar, representaba el lugar de encuentro y de debate de quienes se habían liberado de las necesidades de la vida, porque otros y otras se ocupaban de satisfacerlas. Esto suponía definir a los ciudadanos libres¹ como personas que habían logrado liberarse de la necesidad.

¹ En las ciudades antiguas los ciudadanos vivían en simbiosis con la ciudad, como si estuvieran vinculados a ella por un común destino de vida y muerte. El verdadero autogobierno, tal y como lo practicaban los griegos, requería que el ciudadano se dedicara por completo al servicio público. Gobernarse significaba pasarse la vida gobernando. El ciudadano se entregaba totalmente al Estado. Le daba su sangre durante la guerra; su tiempo, en la paz, no era libre de dejar a un lado los asuntos públicos para cuidarse de los suyos. Por el contrario, el ciudadano debía descuidarlos para trabajar por el bien de la ciudad. El grado de implicación en política exigido por la fórmula era tan

Entre estos dos espacios, existía otro que se definía como privado-público, un ámbito que desaparece posteriormente y que la modernidad no incorpora cuando copia del modelo clásico el concepto de ciudadano. Este tercer espacio privado-público, era representado por la familia. En la actualidad, el contexto doméstico-familiar queda distorsionado cuando la modernidad separa lo privado de lo público transformando lo doméstico en una función no en un espacio².

Durante la Edad Media la familia se convierte en el eje de toda la existencia humana, tanto a nivel de satisfacción de las necesidades como de reconocimiento de estatus y de linaje. No existe durante esta época un espacio diferenciado, exclusivamente político. El pater-familias es el jefe político y jurídico,³ además de ser el jefe de la familia. Esta relación hará posible que la pertenencia a la familia sea lo que permita el reconocimiento social, jurídico y político. Una pertenencia que se efectúa a través de la filiación y del parentesco.

absorbente que llegó a crearse un profundo desequilibrio entre las funciones de la vida social. La hipertrofia política produjo la atrofia económica. Cuanto más perfecta se hizo la democracia, más se empobrecieron los ciudadanos". Es así como Giovanni Sartori nos describe la experiencia griega y afirma que su deseo de un ciudadano total fracasó. Sin duda la democracia griega era una fórmula simple y primitiva. Aristóteles había afirmado que un hombre que tiene que trabajar para vivir no podía ser un ciudadano, Rousseau conoce bien la democracia griega y es consciente de que en ella son los esclavos y esclavas quienes trabajan, dado que al pueblo sólo le corresponde construir su libertad. Después de recordar estos hechos Rousseau en el *Contrato social*, III, capítulo XV exclama: ¿Qué? ¿La libertad no puede existir sin apoyarse en la servidumbre? Quizás. Los dos extremos se tocan. Esta es que la ciudad debe ser lo bastante pequeña como para cuidar de la libertad el ciudadano y disponer de tiempo para lo demás sin caer en la desgraciada situación en la que uno no pueda preservar su libertad si no es a costa de los otros, y en la que el ciudadano pueda ser perfectamente libre sólo cuando el esclavo es sumamente esclavo. La historia nos ha demostrado que la estrecha relación entre libertad y servidumbre que inquietaba a Rousseau es una realidad. La libertad del ciudadano se ha construido, en las sociedades occidentales, sobre las servidumbres de quienes asumen la satisfacción de las necesidades, y la función del cuidado. Lo doméstico-familiar, lo no político, se sacrifica a la política. Véase: SARTORI, G., *Teoría de la democracia 2. Los problemas clásicos*, Alianza Universidad, Madrid, 1989, Cap. IX, X.2, pp. 347-351.

² "(La vida privada ha registrado dos tratamientos muy divergentes en función en función de la privacidad de la que se habla. El primero, desde una perspectiva masculina, se refiere al que tiene que ver con el recogimiento varón en la vida familiar, pero al margen de obligaciones y prestaciones públicas. Un segundo tratamiento se desarrolla en el hogar, con la familia y las necesidades que ésta genera. Aquí se carece del sentido positivo de lo propio y el sujeto se especializa en la cobertura de lo ajeno. Una actitud equidistante del significado original de la privacidad en la cual no podríamos reconocer la relación con uno mismo, sino todo lo contrario, el ejercicio de la privación de sí para observar a los "otros". No está permitido "mirarse", ya que hacerlo rozaría el egoísmo, máxime cuando es la entrega la condición básica de toda actitud doméstica". En la primera concepción, la privacidad es un valor positivo, en cambio en la segunda acepción el término privado carece de ese valor, "incluso sería muy forzado atribuirle las cualidades individuales que se derivan de la privacidad masculina. Tratándose de mujeres, la privacidad cambia de signo y se convierte en un conjunto de prácticas que tienden al desprendimiento de sí, más próximas al dominio de la domesticidad. Privado-doméstico, de compartir alguna similitud sería el aislamiento con respecto a la mirada ajena, al vigilante espacio público". Con estas palabras Soledad Murillo nos describe que lo privado se bifurca, deslizando de un sentido a otro dependiendo del universo que represente, para transformarse en un elemento constitutivo de la individualidad o en un obstáculo a la misma. MURILLO, S., *El méo de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*, Edit. Siglo XXI, Madrid, 1986, pp. XVII-XVIII.

³ El Derecho medieval es la hipótesis sugestiva de un Derecho sin Estado, en el sentido de que podía hacer de menos al poder y al Estado, estando por el contrario vinculado a la sociedad, de lo cual no se desprendían apremios sino dimensión vital. Es así como podemos afirmar que el Derecho se adhiere a los fundamentos más ocultos de lo social, e inevitablemente conquistaba allí una primacía indudable; por eso era, de hecho, la garantía fundamental de cohesión y unidad. Al encontramos ante una sociedad sin Estado el Derecho ve sublimada su función y se coloca en el centro de la vida. Al estar alimentado el Derecho medieval de una infinidad de ordenamientos, antes de ser norma y mandato "es orden de lo social, motor espontáneo, lo que nace de debajo de una sociedad que se autotutela ante la litigiosidad de la incandescencia cotidiana construyéndose esta autonomía, hincapié propia y auténtica protectora del individuo y de los grupos". GROSSI, P., *El orden jurídico medieval*, Prólogo de Francisco Tomás y Valiente, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 51-52.

La modernidad aunque se presenta, y en muchos aspectos lo es, como la gran revolución social, política, estética, jurídica, etc., incorpora parte de los anteriores modelos en la figura del pater-familias, eje sobre el que se diseña el modelo de individuo-ciudadano.

El Derecho y el Estado moderno son las formas en que se representan las relaciones humanas, como relaciones entre individuos libres e iguales y el poder como un poder no arbitrario, sino sometido al imperio de la ley. Estas representaciones exigían además considerar al poder y a la economía como entidades autónomas, aunque sometidas a la racionalidad y al control del Derecho. Frente a estas representaciones la realidad se muestra bien diferente. El Derecho cumple la función de mantener latentes los conflictos que emanan de ambos ámbitos, en modo alguno autónomos, sino interrelacionados y a cuyas crisis está sometido.

Cuando el positivismo rompe la posibilidad de fundamentar el Derecho en una serie de derechos naturales individuales, queda su legitimidad conectada a la decisión política. Lo que supone reducir el Derecho a un acto de voluntad del poder político. Hobbes anuncia esta situación afirmando que es la autoridad, no la verdad, quien hace la ley.

Por consiguiente, el núcleo de interés teórico y práctico se centra en la igual participación en la toma de decisiones, en la reivindicación, por consiguiente, de un estatuto igual de ciudadanía. Un estatuto capaz de proporcionar un acceso adecuado al tráfico jurídico-político, y que a su vez hiciera posible la asignación de recursos, bienes y servicios para la producción y la reproducción.

Frente al liberalismo, la democracia somete a crisis el Estado liberal y pretende someterlo a objetivos, fines y valores de equidad y justicia social, ampliándose el contenido de la ciudadanía a una ciudadanía jurídica, social y política.

La democracia evoca constantemente el conflicto social, mientras el Estado liberal lo oculta, para afrontar la necesidad de establecer mecanismos que permitan lograr relaciones sociales justas a través del autogobierno. En otras palabras, la democracia establece una estrecha relación entre política, Derecho y moral, en oposición al planteamiento liberal.

La democracia desvela las insuficiencias y límites de la racionalidad formal del Derecho y abre vías para afrontar su superación mediante una nueva definición de lo que es la política y de su estrecha relación con la moral,

instancias que someten al Derecho a una permanente tensión en su origen, evolución y aplicación. Podemos desde esta descripción comprender que los sectores sociales con poder estén interesados en neutralizar la democracia, y mantener ocultas las relaciones de poder real que deciden y actúan previamente a la decisión jurídico-política.

A medida que la democracia es más vaciada de contenido y convertida en un mero simulacro, más urgente deviene la necesidad de incidir y controlar las decisiones que afectan a la vida individual y social. Para lograrlo debemos hacer consciente y visible el proceso de socialización en el que se conforman los seres humanos que actúan y se desenvuelven en la vida, tanto privada como pública.

Es preciso, pues, recuperar la autonomía y la capacidad ciudadana de autogobierno, salvándonos de este modo de instituciones que nos alienan y oprimen porque se presentan como naturales y normales. Adjetivos ambos que aplicados a una institución tratan de evitar al control consciente de los individuos.

Así podremos centrar el conflicto entre la libertad y la servidumbre en sus correctas coordenadas. El enfrentamiento no está entre los individuos y la sociedad, sino entre los individuos y las instituciones que los alienan. Lo que nos hace libres a los seres humanos no es el alejamiento de las otras y los otros, para desde ese espacio de aislamiento e independencia construir principios y valores que dirijan nuestra conducta. Los valores y los principios sociales se construyen socialmente, adquieren sus contenidos y alcances de la experiencia de las relaciones con las otras y los otros. El problema no debemos situarlo en el yo con la comunidad, sino en el yo con la institución. Entendiendo por institución el conjunto de relaciones, modelos y pautas de conducta que ubicadas en la "naturaleza" determinan y construyen lo que se entiende como la esencia de lo humano.

Cometemos el error en muchas ocasiones de creer que la autonomía es una mera cualidad natural de todo ser humano. No es así. Se trata de un largo e inconcluso proceso individual y social. La autonomía no es posible alcanzarla individualmente, como anteriormente hemos expuesto. Existe en el espacio que se produce entre el yo y las otras y otros. Por este motivo, se necesitan estructuras e instituciones que hagan posible y real el ejercicio de la libertad. Por consiguiente, no hay autonomía individual, sin autonomía social, ni viceversa.

Si la autonomía de cada ciudadana y ciudadano se construye en el control consciente del proceso de socialización, debemos convertirlo en un proceso reflexivo y someterlo al control del debate individual y social. Esta propuesta se opone, sin duda, al actual proceso de socialización, que está sustraído al debate público, como consecuencia de afirmarse que los individuos lo controlan suficientemente en el espacio privado-familiar.

Pero este control no es real. Y no es real porque la familia ha perdido su capacidad para determinar principios, valores y modelos. Ahora estos contenidos son decididos y determinados por el mercado, quién los reviste de naturalidad, normalidad u objetividad mediante el juego de las instituciones.

Hay que centrar el análisis teórico-crítico y consciente en el poder implícito, no sólo en el poder explícito⁴. El poder implícito está integrado por una serie de mecanismos que tienen como objetivo configurar y programar la psique humana, para producir seres humanos lo más adecuados y coherentes con las exigencias del poder establecido. Esta sustracción de significados debilita la subjetividad y la ciudadanía de cada ser humano. Afortunadamente, la psique humana nunca se deja domesticar al cien por cien, y es en ese espacio en el que la libertad logra la trasgresión desde la que construir —dada la razón trascendente humana—, la imagen de otra realidad que se imagina y argumenta como mejor.

Por consiguiente, los seres humanos estamos sometidos a diferentes sistemas de control frente a los que poseemos distintos niveles de respuesta. Existe un nivel estructural que está conformado por una complejidad de elementos culturales, sociales, históricos y económicos ante los que el ser humano sólo posee un reducido margen de negociación. Nos estamos refiriendo a ese conjunto de elementos que cada ser humano hereda, cuando nace en un espacio geográfico concreto, en el seno de una tradición cultural y en un momento histórico. Estos elementos se adquieren y forman parte de quienes somos por medio del aprendizaje del lenguaje.

Unido a esta estructura, encontramos un poder implícito dentro del cual están las instituciones, que se configura para escapar al control consciente de los individuos, pero que éstos pueden alterar cuestionando el carácter natural o normal de los significados que lo integran. Aquí situaríamos el significado y valor de instituciones como las que aquí estamos analizando: familia, matrimonio, la

⁴ Véase: CASTORIADIS, C., "La democrazia come procedura e come regime", en AA.VV., *La strategia democratica nella società che cambia*, Datanews, Roma, 1995, pp. 15-32.

maternidad y la paternidad y filiación. En resumen, aquí está presente la estrecha alianza entre lo doméstico-familiar y la política.

Por último, existe un poder explícito que se sitúa en lo que conocemos como lo político, lo institucional. El error ha estado en confundir lo político con la política. Un error que no es casual, sino que responde al interés de sustraer, como ya hemos expuesto, al debate consciente de la ciudadanía los fines y objetivos de las instituciones.

Establecer adecuadamente la relación entre individuo y sociedad, así como entre autonomía y ciudadanía son pre-condiciones para que el espacio familiar y el espacio de la política muestren su correcta relación. Debemos recuperar el interés por la política, la pasión de hacer política, pero conscientes de que ésta comienza en el seno de lo doméstico-familiar.

Las sociedades occidentales han secuestrado el debate sobre el modelo antropológico y social a la ciudadanía, trasladándolo a un espacio privado y sin publicidad. La política a la que la ciudadanía occidental tiene acceso es al debate sobre lo político, al debate sobre el poder. Un debate en el que la elección de los representantes y programas es el núcleo de la cuestión. Sin menospreciar la importancia de este aspecto, estas decisiones no son la política.

Hablar de democracia y de ciudadanía integrada por individuos libres e iguales es recuperar el poder constituyente y soberano de todas las personas que forman parte de la comunidad. Es recuperar el poder soberano del pueblo, presupuesto formal y material sobre el que se asienta la democracia y la autonomía. La democracia no puede ser reducida a un mero procedimiento de adopción de decisiones. Las personas reciben informaciones que lejos de clarificar las dudas y temores que les asisten, colaboran en el mantenimiento de posiciones sumisas y de resignación presentar mensajes contradictorios. Unos mensajes cuya legitimidad deriva del carácter científico-técnico con el que se presentan. La célebre frase de Hegel lo real es racional y lo racional es real, cobra en estos momentos toda su fuerza explicativa.

Cuando la ciudadanía se activa ante el reproche de pasividad y falta de responsabilidad –afirmándose que se encuentra atrapada en una carencia absoluta de valores emancipadores y que sólo el dinero o el bienestar material le mueve–, intenta salvar la situación y participar con aún más interés e ilusión por colaborar en la construcción de la historia común. Pero nada más hacer oír su

voz y percibir su movilización, los mecanismos de control estatal se ponen en marcha bajo la racionalidad de las formas jurídico-políticas⁵.

Para construir la libertad del ciudadano, la modernidad separa lo privado de lo público y deposita en cada uno de estos compartimentos, diferentes cualidades y diferentes individuos. En lo doméstico-privado se situarán las necesidades, las pasiones y los conflictos; en lo público los derechos, la razón y el orden. Esto supone definir lo privado como un espacio de autonomía, de libertad, del poder ser y estar sin máscara; el contexto, por consiguiente, en el que la autenticidad y lo natural triunfa sobre el artificio. Mientras que la política representa el espacio de encuentro entre los iguales, del debate racional, del consenso para establecer objetivos generales y públicos. El espacio de otra libertad diferente a la libertad natural, la libertad con los otros, la libertad que no se construye en el aislamiento, sino en la confrontación, en el debate.

Esta construcción implica, dejar fuera del control del Derecho y del Estado el mundo de la vida. Este dejar fuera significa dejar fuera del debate racional y de la mirada del público una compleja red de relaciones, modelos, principios y valores, que no pueden ser cuestionados ni en sus contenidos, ni en sus significados, porque son considerados expresión de la verdadera naturaleza humana.

Esta falta de publicidad y su exclusión del debate público hace que cuando el derecho actúe sobre lo doméstico-privado sólo lo haga para reestablecer el orden natural alterado, en modo alguno para cuestionarlo. Eso explica que determinadas presunciones jurídicas y significados hayan permanecido inalterables a través de los tiempos y de las culturas.

Nada mejor que el recorrido histórico para demostrar lo que existe de cultura en la denominada institución natural de la familia. En el pasado, la familia era una institución abierta, discreta, nada emotiva y fuertemente autoritaria. La alta tasa de mortalidad existente la convertía en una institución de corta duración, en la que el sexo era el medio para la reproducción de la especie.

⁵ Podemos citar dos ejemplos significativos, el voluntariado y la violencia contra las mujeres. En uno y otro caso, el debate social abierto que hubiese permitido sacar a la luz qué modelo de Estado es hoy deseable, de qué solidaridad hablamos, qué participación debe tener la ciudadanía en el mismo, qué subjetividad poseen las mujeres y los menores en el espacio familiar que la institución matrimonial construye, qué violaciones a los derechos fundamentales están ocultas... Estos serían algunos ejemplos de las cuestiones que deberían haber sido abordadas; sin embargo los problemas han vuelto a solaparse centrándolo en el interés de la ciudadanía en el debate legislativo. Todo se solucionará si buscamos la solución técnica apropiada a través de la legislación. El Derecho vuelve una vez más a presentarse como el instrumento que construye el modelo de relación racional y razonable. Y el debate social se reduce al espacio parlamentario y a unos únicos sujetos, los partidos, quienes utilizan estos conflictos para recuperar la legitimidad social perdida y reconstruir sus señas de identidad frente al electorado. Como decíamos al comienzo de estas conclusiones: el Derecho y el Estado son las únicas formas que permiten representar las relaciones humanas como relaciones entre individuos libres por encontrarse sometidos a un poder no arbitrario y racional, el poder de las leyes. Las aguas han vuelto a su cauce.

En el siglo XVII y XVIII asistimos a un modelo de transición, que aunque nace limitado a los estratos superiores, más tarde se extendería como un conjunto de actitudes hoy consideradas universales. Así nace la denominada familia nuclear, moderna, que se caracteriza por ser independiente respecto a los parientes, y estar constituida sobre la base del amor conyugal y la reglamentación de la autoridad paterna. Podemos establecer un claro paralelismo –y Rousseau es la mejor muestra–, entre el proceso de democratización, la centralización del poder político y el aumento del poder autoritario del varón-padre de familia.

Por último, la familia aparece influida por la corriente romántica y aparece descrita como un grupo humano vinculado por estrechos lazos emocionales, en cuyo espacio íntimo se desarrolla la crianza y educación de la descendencia. La sociología caracteriza a esta etapa como de individualismo afectivo, en la que los cónyuges se eligen guiados por la atracción sexual o el amor romántico y la familia se representa como un grupo destinado al consumo y no a la producción. Este modelo, se afirma, ha traspasado hoy todas las fronteras. La conceptualización sociológica, siendo verdad, oculta otra función esencial que en lo doméstico-familiar se lleva a cabo mediante la producción de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades de todos y cada uno de sus miembros. No sólo la cultura jurídica invisibiliza este espacio social, económico y político, también lo hace la sociología, cuando ella debería de ser la guía que muestre la realidad social tal y como es. Nos preocupa que la sociología tenga tanto interés es develar todo lo que ha cambiado en la realidad familiar, en cómo esta institución es objeto de un enorme interés y valoración por la juventud. Lo cual es cierto sin duda alguna⁶. Los últimos informes elaborados por el INE y el Instituto de la Juventud así lo avalan, pero siendo ciertos estos datos nos inquieta que no se contrasten con aquellos otros que nos evidencia la enorme tasa de violencia contra los menores y las mujeres en la misma unidad familiar tan gratamente valorada. Si atendiéramos a los dos lados de la realidad, a los claros y a los oscuros, que la misma nos muestra, quizá los cuestionarios estadísticos tendrían distintas preguntas.

⁶ Según el estudio "Jóvenes españoles 99", realizado por la Fundación Santamaría entre chicas y chicos de 15 a 24 años, éstos son los tres aspectos que más valoran: familia con un 70%, amigos con un 59% y trabajo con un 57%, en sexto lugar una vida moral y digna y en décima posición la política. El cincuenta por ciento consideran el entorno familiar el espacio más influyente e importante en su identidad personal y social. Muestran un alto grado de satisfacción en las relaciones con sus padres y madres, un 52,8%. Un 90% de estos jóvenes siguen en casa de sus padres y un 50% reconoce que vivir así es lo más cómodo. Cuando se les pregunta sobre los temas o cuestiones conflictivas afirman que éstas son: colaboración en las tareas domésticas, horarios, excesivo consumo de alcohol y estudios. Cuando contrastamos estas cifras con el Estudio de Indicadores Sociales de España 1999, presentado por el Instituto Nacional de Estadística (INE), en el se afirma que los españoles son cada vez más contrarios a la institución matrimonial y tienen menos recelo a la hora de romperla. Entre 1990 y 1999 las rupturas legales han aumentado un 50 por ciento, y en la actualidad por cada dos bodas que se celebran hay un matrimonio que se deshace.

Me interesa destacar el énfasis y las grandes dosis de expectativas que hoy generan las relaciones en el seno del matrimonio. Es como si todo el futuro para las personas se hubiese reducido a este espacio y el anhelo de libertad y de felicidad se centrara exclusivamente en él olvidándose la dimensión social y política. El ideal de vida buena es inseparable de la buena vida en común. A este hecho no es ajena la globalización, la crisis del Estado social y la total privatización de servicios sociales públicos que se avecina.

Frente a este modelo ideal de familia nuclear —debemos precisar que es sólo un modelo regulativo⁷—, puede parecer contradictorio afirmar que aumenta el número de divorcios. Pero la contradicción es aparente, porque los divorcios se producen no por falta de creencia en la institución, ya hemos afirmado que la felicidad se centra en ella, sino precisamente por ello. Se desea construir un modelo de relación tan gratificante y satisfactoria a nivel personal que cuando este sentimiento no se tiene, se pone fin a la pareja y se busca una nueva pareja⁸.

Las actitudes sociales más tolerantes hacen posible que las parejas pongan fin a sus relaciones sin caer en el ostracismo social y emprendan la búsqueda de una nueva pareja. A esta monogamia consecutiva hay que añadir el aumento de relaciones prematrimoniales que tienen como resultado el cohabitar. La cohabitación afirman los estudios sociológicos recientes es una etapa más en la relación, dado que la mayor parte de estas parejas finalizan en el matrimonio, no un modo de vida en pareja alternativo a la institución del matrimonio.

Las mujeres jóvenes, al igual que sus compañeros varones, buscan su auto-realización en el trabajo y en la familia. Este cambio produce mayor apertura, generosidad y tolerancia, pero también un incremento de individualismo. Giddens sostiene que el matrimonio pierde atractivo para las mujeres y los varones jóvenes, al menos durante cierta edad.

Junto a estas novedades debemos añadir otra, el incremento de familias monoparentales y las dificultades económicas a las que se enfrentan al no poder compartir las responsabilidades de cuidado y crianza de las hijas e hijos. Como

⁷ Segalen sostiene que la realidad nunca ha mostrado ni la familia extensa, ni la familia nuclear, sino una combinación de ambas. En la actualidad, los cambios económicos y laborales han hecho aumentar el número de familias extensas para hacer frente al bajo nivel de renta, reducción de las rentas indirectas ante la destrucción del Estado social, precariedad en el empleo... Si a estos factores socio-económicos le sumamos el elevado número de divorcios, resulta difícil presentar un modelo homogéneo de familia. SEGALAN, M., *Antropología histórica de la familia*, Edt. Taurus Universitaria, Madrid, 1992, pp. 41-43.

⁸ Véase: GIDDENS, A., *Sociología*, Alianza, 3ª edición, Madrid, 1998, pp. 192-193.; FLAQUER, L., *El destino de la familia*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 168-170; VALERO, A., "La muerte de la familia: mito o realidad", en *Escritos de Teoría sociológica. En homenaje a Luis Rodríguez Zúñiga*, Centro de Estudios sociológicos, Madrid, 1992, pp. 1139. ALBERDI, I., *La nueva familia española*, Taurus, Madrid, 1999, pp. 126-127.

la mayor parte de las familias monoparentales están bajo la responsabilidad de una mujer, con trabajos peor pagados y escasa proyección profesional. Así se confirma lo que los informes nacionales e internacionales llevan años mostrando que el rostro de la pobreza para el siglo XXI será de mujer.

Hemos considerado de interés presentar este breve panorama sociológico, por la exaltación que se hace del valor y la importancia de la familia y porque unida a esta descripción de hechos se acompaña toda una explicación que me inquieta. Se sostiene por Blankenhorn, autor reiteradamente citado por A. Giddens, que hasta ahora "el matrimonio y la familia ofrecían en las sociedades el medio para canalizar las energías sexuales y agresivas masculinas. Sin este desahogo es probable que la criminalidad y la violencia aumenten". A lo que añade, parece que es preferible que exista un padre, que represente la autoridad y la norma, aunque llegue tarde a casa después de un trabajo desagradable, sólo para ver televisión y beber cerveza, que no tener ninguno. La figura del padre ausente es la causa del deterioro de la idea de paternidad y de autoridad que hoy se registra entre las familias⁹.

Comprobamos cómo, una vez más, la naturaleza se convierte en el espacio simbólico de lo correcto, lo justo y lo deseable. No hay que debatir nada, nos hemos equivocado en el recorrido, sólo eso. Ahora se hace pertinente y apropiado dirigir la marcha atrás hasta recuperar lo que siempre ha sido considerado lo natural. Lo natural es ese modelo de familia que se construye en torno a la paternidad como eje de la autoridad. A pesar de estas palabras, la cara oculta y oscura de la familia se hace presente, también en todo el recorrido histórico, en la violencia física y el maltrato psicológico que sufren las mujeres y los menores.

Esta forma de violencia que convive con lo cotidiano genera tanto temor, que la sociedad prefiere que se mantenga oculta o justificada. Pero ninguna de las justificaciones logra acallar el dolor y el sufrimiento de tantos seres humanos. Debemos recordar aquí las dos muertes por semana que se producen como consecuencia de los malos tratos contra las mujeres de la mano de sus maridos, compañeros, ex novios o amantes, cuando desean poner fin a la relación.

La violencia doméstica no es una forma más de violencia, es una violencia de género que se suma a las diferentes formas de violencia. Nos encontramos ante un supuesto de violencia estructural, cuyo origen está en el modo en que

⁹ GIDDENS, A., *ob. cit.* pp. 208-209.

se construye la paternidad y la autoridad familiar. En este sentido, debemos afirmar que el hombre que contrae matrimonio adquiere con el estatus de marido una autoridad de pater-familias, lo desee o no. Y la mujer que contrae matrimonio adquiere una posición de subordinación, como mujer, respecto a su marido, la ejerza éste o no.

El matrimonio efectúa una reelaboración cultural del hecho biológico de la maternidad, construyendo mediante el estatus jurídico de marido la ficción y la presunción de que todo marido es padre y todo varón, futuro marido.

La asimetría con la que lo biológico ha colocado a mujeres y hombres, siendo durante mucho tiempo éstos últimos no conscientes de lo que aportaban al hecho mismo de la fecundación –resultado de la distancia entre el acto sexual y el momento del parto, así como al hecho de que no todo acto sexual tiene como resultado la fecundación– obligó a la necesidad de compartir el cuidado de la especie y a establecer culturalmente la paternidad. Y ésta, como era lógico, debía realizarse en torno a un eje simbólico de autoridad que compensara la potencialidad natural de crear y dar la vida ¹⁰.

El problema está en que reconocida la aportación de los varones al hecho de la vida, consecuencia del desarrollo científico, la asimetría, se sigue reproduciendo en la psique de mujeres y hombres a través de las instituciones de poder implícito. Un poder que se resiste a ser cuestionado o debatido en sus categorías, conceptos y términos, cuestiones a las que la antropología se abre para ofrecernos toda la diversidad y riqueza que la pluralidad de culturas permite.

La respuesta contra la violencia a mujeres y menores no está en una vuelta sin más al modelo de familia nuclear estructurado en torno al eje del padre-cabeza de familia, y entretejido por el amor romántico, entre cónyuges y madres, padres y descendencia. Y no lo está, porque como venimos argumentando en esta institución está el germen de la violencia.

Debemos sacar a la luz, el carácter cultural de lo que hemos aceptado como lo natural. Hacer visible el conflicto entre institución e individuos. Redefinir y pluralizar el rostro de la autoridad que está presente en la institución familiar y, por último, debatir en profundidad cómo garantizar en el ámbito familiar el respeto y protección de los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes, de cuya protección depende la dignidad que todo ser humano se merece, con independencia de su sexo y edad.

¹⁰ Véase: LO RUSSO, G., *Hombres y padres. El lado oscuro de la paternidad*, Edil. Horas&Horas, Madrid, 1998.

¿Qué modelo normativo de familia para el futuro? Recuperando lo que es el sentido de esta investigación de Derecho comparado, los valores sociales deben construirse por la sociedad mediante un proceso de información, comunicación y reflexión. Carecemos de respuesta absoluta a este interrogante –y eso hemos pretendido–. Sin embargo, si podemos abrir algunos interrogantes que hagan posible la reflexión. Así, y a modo de colofón, éstas son algunas de las posibles cuestiones abiertas a debate: ¿Puede el contrato matrimonial configurar un modelo abierto de familia? ¿Puede el matrimonio seguir cumpliendo su función institucional sin la imposición de la heterosexualidad? ¿Puede existir paternidad sin matrimonio? ¿Puede la maternidad ser fruto de un contrato? Debemos responder a estos interrogantes antes de elaborar una propuesta de lege ferenda que supere el autoritarismo del pasado y el individualismo simplista e ingenuo del presente.

Las políticas familiares despiertan recelos tanto en los sectores conservadores como progresistas, pero cabe no regular la familia. ¿es posible un contrato libre sin imposiciones?

Quizá convenga recordar, finalmente, unas palabras de Giddens cuando analiza la evolución sociológica de la familia. En el pasado las parejas se constituían fundamentadas en intereses que estaban bastante alejados de la atracción sexual o el afecto y, en una gran cantidad de supuestos, el afecto nacía de la relación y de la convivencia. Ahora las parejas se casan fuertemente enamoradas y pocas son las que logran sobrevivir a la convivencia y a la relación. Del mismo modo que la democracia sacó a la luz la conflictividad social, oculta por el Estado liberal, para afrontar la necesidad de establecer mecanismos que permitieran establecer relaciones sociales justas mediante la exigencia del autogobierno. Esta misma democracia debe derribar los límites que la cultura ha construido con conceptos tales como lo personal y lo íntimo, para desvelar la conflictividad social que la institución del matrimonio oculta. Y ser capaz de establecer mecanismos que hagan compatible la libertad y la igualdad con la autoidad en el espacio doméstico-familiar.

Reivindicamos el valor y la importancia de la democracia como espacio de la política, no como simple procedimiento de adopción de decisiones. La legitimidad del Derecho y del Estado no está sólo en su origen, como en las antiguas monarquías, sino en el contenido de sus decisiones. La democracia es impensable sin ciudadanas y ciudadanos libres o sin sujetos hombres y mujeres autó-

nómos, lo que significa que la democracia no existe sin la existencia de un debate constante sobre los fines y los objetivos de las instituciones económicas, jurídicas, sociales y políticas.

Hablar de una democracia ejercida por ciudadanas y ciudadanos libres no es hablar de una sociedad perfecta, sino libre y justa. Y lo es porque lo justo se establece y define desde el ejercicio de la libertad.

El problema de la violencia contra los menores al ser consecuencia de las mismas causas, ya presentadas, se resolverá en la misma medida que las mujeres logren alcanzar autoridad y respeto social. Sólo así el espacio doméstico será un espacio de derechos, no sólo de necesidades, de razón y no sólo de pasión, de orden y no sólo de conflicto.

1. LA FAMILIA MATRIMONIAL: ENTRE EL DOGMA Y EL MITO

- AGAMBEN, G., *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pre-textos, Valencia, 1998.
- AGRA, M^a. J., "Algunas cuestiones relevantes en torno a la teoría de la justicia de J. Rawls", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 31, 1994.
- AA.VV., *Addenda al Curso de Derecho penal español*, Parte especial, Tomos I y II, recogiendo todas las reformas legislativas producidas desde la publicación del Código penal de 1995, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- BROEKMAN, J. M., *Derecho y Antropología*, Civitas, Madrid, 1993.
- BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., "Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica", *Actualidad penal*, nº 35, 27 de septiembre al 3 de octubre de 1999.
- CARMONA SALGADO, C., POLAINO, M., Y OTROS, *Manual de Derecho penal*, P.E., Madrid, 1993.

- CARRACEDO BULLIDO, R., "La prostitución en el código penal", ponencia presentada en las jornadas *La prostitución: violencia y marginación*, Málaga, 10 y 11 de octubre de 1996.
- DIDEROT, D., "La jouissance", *L'ÉNCYCLOPÉDIE*, Neuchâtel, 1765.
- FREUD, S., "Tres ensayos sobre la teoría de la sexualidad", *Sigmund Freud los textos fundamentales del psicoanálisis. Selección e introducción de Anna Freud*, Alianza, Madrid, 1988.
- FRYE, M., "The Politics of Reality: Essays in Feminist Theory", *Trumansburg*, NY, The Crossing Press, 1983.
- HERRERO, J. A., "El matrimonio Gay. Un reto al Estado heterosexual", *Claves*, nº 73, 1997.
- HOBBS, T., *El Leviatán*, Editorial Nacional, Madrid, 1979.
- KANT, I., "Respuesta a la pregunta: ¿qué es la ilustración?", en AA.VV., *¿Qué es la ilustración?*, Tecnos, Madrid, 1993.
- KENNEDY, E., Y MENDUS, S., *Women in Western Political philosophy*, Wheatsheaf Books, Brighton, 1987.
- KYMLICKA, W., "Rethinking the Family", *Philosophy and Public affairs*, volumen 20, nº 1, 1991.
- KYMLICKA, W., *Filosofía política contemporánea*, Ariel, Barcelona, 1995.
- LAQUEUR, T. W., "Amor Veneris, vel ducendo appeletaur", *Fragmentos para una historia del cuerpo humano*, parte III, Taurus, Madrid, 1992.
- LARRAURI, E. (comp.), *Mujeres, Derecho Penal y criminología*, Siglo XXI, Madrid, 1994.
- LO RUSSO, G., *Hombres y padres. El lado oscuro de la paternidad*, Horas&Horas, Madrid, 1998.
- LOPEZ GARRIDO, D., GARCÍA ARAN, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996.
- MACKINNON, C. A., *Hacia una Teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995.
- MERTON, R. K., "Estructura social y anomia: revisión y ampliación", AA.VV., *La familia*, Península, Barcelona, 1994.

- MURILLO, S., *El mito de la vida privada*, Siglo XXI, Madrid, 1996.
- NACIONES UNIDAS, *Informe sobre Desarrollo Humano*, 1995.
- NICHOLSON, L., *gender and History: The limits of Social Theory in the age of the Family*, Columbia University Press, New York, 1986.
- OKIN, S. M., "Reason and Feeling in Thinking about Justice", *Ethics*, number 99, January, 1989.
- ORTS BERENGUER, E., *Comentarios al Código penal de 1995 (vol. I)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- PATEMAN, C., *El contrato sexual*, Anthropos, Madrid, 1995.
- PATEMAN, C., *The disorder of women*, Polity Press, Cambridge, 1989.
- PITKIN, H. F., *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- RESTA, E., "L'ordine del diritto", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Il Mulino, anno XVI, nº 1, Bologna, 1994.
- RICH, A., *Nacemos de mujer. La maternidad como experiencia e institución*, Cátedra, Madrid, 1996.
- ROUSSEAU, J.J., *Emilio o de la Educación*, Alianza, Madrid, 1990.
- RUBIO, A., "Igualdad y Diferencia. ¿Dos principios jurídicos?", *Derechos y libertades*, 1995.
- RUBIO, A., *Feminismo y Ciudadanía*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla-Málaga, 1997.
- SAU, V., *El vacío de la maternidad*, Icaria, Barcelona, 1995.
- SMART, C., "La mujer del discurso jurídico", *Mujer, Derecho Penal y criminología*, Siglo XXI, Madrid, 1994.
- YOUNG, I. M., *Justice and The politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990.

2. LA PATRIA POTESTAS EN EL DERECHO

- ALBANESE, B., "Note sull'evoluzione storica del *ius vitae ac necis*", *Scritti in onore di Ferrini*, III, Milano (1948), p. 343 ss.
- AMERELLI, F., *Consilia principum*, Napoli (1983).
- ARANGIO-RUIZ, V., *La genti e la città*, Messina (1913-14), p. 8 ss., también en *Scritti di diritto romano*, I, Camerino (1974), p. 521 ss.
- BALDUCCI, A., "Intorno al *iudium domesticum*", *A.G.*, CXCI, fasc. 1 y 2 (1976), p. 69 ss.
- BAYET, J., *Histoire politique et psychologique de la religion romaine*, Paris (1957).
- BECHAMP, D., "Le droit de vie et mort et le tribunal domestique à Rome", *Rev. Cathol. Instit. et du droit*, 18 (1882), p. 52 ss.
- BECK, A., "Zur Frage der religiösen Bestimmtheit des römischen Recht", *Festschrift Koschaker*, I, Weimar (1939), p. 1 ss.
- BETTI, E., "Ancora in difesa della congettura del Bonfante sulla familia romana arcaica", *SDHI*, 18 (1952), p. 241 ss.
- ID., "Wesen des altrömischen Familienverbandes", *ZSS*, 71 (1954), 1 ss.
- BONFANTE, P., *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana (Res mancipi e nec mancipi)*, Roma (1888-89), también en *Scritti giuridici vari*, II, Torino (1926), p. 273 ss.
- ID., "Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive", *RISG*, LV (1915), p. 259 ss.
- ID., *Corso di diritto romano*, I. Diritto di famiglia, Roma (1925).
- ID., "La gens e la famiglia", *Scritti giuridici vari*, II, Torino (1926), p. 1 ss.
- BONINI, R., *Ricerche di diritto giustiniano*, Milano (1968).
- BOYANCE, P., "Les origines de la religion romaine. Théories et recherches récentes", *Etudes sur la religion romaine*, Rome (1972), p. 1 ss.
- BRINI, G., *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, II, Bologna (1888), reimp. (1975).

- CAMACHO DE LOS RIOS, F., *La infamia en el Derecho Romano*, Alicante (1997).
- CAMACHO EVANGELISTA, F., "Fundación de Roma y tránsito Monarquía-República. Hipótesis sobre esquemas místicos", *AESJ*, 5 (1976), p. 91 ss..
- CANCELLI, F., *Studi sui censori e sull'arbitratus della lex contractus*, Milano (1960).
- CANTARELLA, E., *La calamidad ambigua*, trad. Andrés Pociña, Madrid (1991).
- ID., *La mujer romana*, Santiago de Compostela (1991).
- ID., *Según natura. La bisexualidad en el mundo antiguo*, Madrid (1991).
- ID., "Famiglia romana e demografia sociale", *IURA*, 43 (1992, pero publicado en 1994), p. 99 ss.
- CAPOGROSSI COLOGNESI, L., "Ancora sui poteri del paterfamilias", *BIDR*, 73 (1970), p. 357 ss.
- ID., "Patria potestà", *ED.*, 22 (1982), p. 242 ss..
- CASAVOLA, F., *Lex Cincia, contributo alla storia delle origine della donazione romana*, Milano (1960).
- CASTELLO, C., *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano*, Milano (1942-XX).
- CATALANO, P., *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino (1965).
- COLI, U., "Regnum", *SDHI*, 17 (1951), p. 1 ss..
- CORNIL, G., "Contribution a l'etude de la patria potestas", *NRHD.*, 21 (1897), p. 449 ss..
- COSTA, E., *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna (1921).
- CREMADES, I. y PARICIO, J., *Dos et virtus. Devolución de la dote y sanción a la mujer romana por sus malas costumbres*, Barcelona (1983).
- DE FRANCISCI, P., "La comunità sociale e politica romana primitiva", *SDHI*, 22 (1956), p. 63 ss.
- ID., *Primordia Civitatis*, Roma (1959).
- DE FRESQUET, R., "Du tribunal de famille chez les Romains", *R.H.D.Fr.* 1 (1855), p. 125 ss.
- DE MARCHI, A., *Il culto privato di Roma antica*, vols. I y II, Milano (1896), reimp., New York (1975).

- DE MARTINO, F., "Storia arcaica e diritto privato", *RIDA*, 4 (1950), p. 387 ss.
ID., *Storia della costituzione romana*, I, Napoli (1958).
- DE SANCTIS, G., *Per la scienza dell'antichità*, Torino (1909), p. 414 ss.
ID., *Storia dei Romani*, vol. IV, t.II, Firenze (1957).
- DENOYEZ, J., "Le paterfamilias et l'évolution de sa position", *Syntelesia Arangio-Ruiz*, Napoli (1964), p. 441 ss.
- DÜLL, R., "Iudicium domesticum abdicatio und apoceryxis", *ZSS*, LXIII (1947), p. 55 ss.
- DUMEZIL, G., *La Religion romaine archaïque*, Paris (1960).
- ERNOUT, A. y MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris (1959).
- FAYER, C., *La familia romana*, Roma (1993).
- FERNANDEZ DE BUJAN, A., "Observaciones acerca de las nociones de ignominia e infamia en Derecho romano", *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol.IV, Madrid (1990), p. 313 ss..
- FERNANDEZ BAQUERO, M.E., "El paterfamilias y el consilium domesticum", *Rev. Fac. Der. de la Univ. Granada*, 8 (1985), p. 163 ss..
- ID., *Repudium-Divortium (Origen y configuración jurídica hasta la legislación matrimonial de Augusto)*, Granada (1987).
- ID., "Regulaciones pacíficas en la Roma monárquica", *Cosmovisiones de Paz en el Mediterráneo antiguo y medieval*, Muñoz, F. y Molina, B. (eds.), Granada (1998), p. 153 ss.
- FRACCARO, P., "Tribules et Aerarii. Una ricerca di diritto pubblico romano", *Opuscula*, 2 (1956), p. 149 ss.
- FRANCIOSI, G., *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alle storia della famiglia romana*, vol., I y II, Napoli (1976), 3ª ed., Napoli (1983).
- ID., *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, I, Napoli (1984); ID., "Gaio e il tramonto della gens", *LABEO*, 36 (1990), p. 280 ss.
- ID., *Famiglia e persona in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, 2 ed., Torino (1992).

- FREZZA, P., "Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell'antico diritto romano", *SDHI*, 4 (1938), p. 363 ss.
- ID., "La costituzione cittadina di Roma e il problema degli ordinamenti giuridici preesistenti", *Scritti per la beatificazione di C. Ferrini*, I, Milano (1947), p. 275 ss..
- GALLO, F., "Osservazioni sulla signoria del *paterfamilias* in epoca arcaica", *Studi in onore de P. De Francisci*, vol.II, Milano (1956), p. 193 ss.
- ID., "Potestas e dominium nell'esperanza giuridica romana", *LABEO*, 16 (1970), p. 1 ss..
- GAUDEMET, J., *Institutions de l'Antiquité*, Paris (1967).
- GEIB, O., *Geschichte des röm. Criminalprozesses*, Leipzig (1842).
- GIDE, P., *Etude sur la condition privée de la femme*, Paris (1867).
- GROSSO, G., "Problemi di origine e costruzione giuridica", *Studi Arangio-Ruiz*, 1, Napoli (1952), p. 33 ss.
- ID., *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino (1965).
- ID., *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino (1967).
- HENRION, "Des origines du mot familia", *Antiquité classique*, (1941), p. 37 ss..
- HERRMANN, Cl., *Le rôle judiciairiae et politique des femmes sous la République romaine*, Latomus vol. LXVII, Bruxelles-Berchem (1964).
- HUMBERT, J., v. "censor", *DS.*, vol. 1(2ª parte), p. 993 ss.
- IGLESIAS, J., *Espíritu del Derecho romano*, 2ª ed., Madrid (1991).
- KASER, M., *Das altrömische Ius*, Göttingen (1949).
- KLENZE, M., "Das Cognaten und Affinem nach römischen Rechte", *Zeitschr. f. gesch. Rechtswin.*, VI, 1(1828), p. 21 ss.
- KUNKEL, W., "Das Konsilium im Hausgericht", *ZSS.*, LXXXIII (1966), p. 219 ss.
- LATTE, K., *Römische Religionsgeschichte*, München (1960).
- LEVI-STRAUSS, C. y DUBY, J., (eds.), *Histoire de la famille*, I, Paris (1986).
- LEVY-BRUHL, H., "Sur la laicization du droit à Rome", *RIDA*, 6 (1951), p. 83 ss.
- LONGO, G., "Pater familias" y "patria potestà", *NNDI.*, 12 (1965), p. 555 ss. y 575 ss.

- LOPEZ ROSA, R., *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones inter virum et uxorem*, Jerez de la Frontera (1977).
- LUZZATO, G.I., *Per un'ipotesi sull'origine e la natura dell'obbligazione romana*, Milano (1934), p. 27 ss.
- ID., *Le organizzazioni preciviche e lo Stato*, Modena (1948).
- ID., "Rilevi critici in tema di organizzazioni preciviche", *Studi Cicu*, 1, Milano (1951), p. 457 ss.
- MAINZ, C., *Curso de Derecho romano*, trad. Antonio José Pou y Ordines, Barcelona (1892).
- MAROI, F., "Elementi religiosi del diritto romano arcaico", *AG.*, 109(1933), p. 83 ss.
- MEYER, E., *Forschungen zu alten Geschichte*, vol. II, Halle (1899).
- ID., "Ueber die Anfänge des Staats und sein Verhältniss zu den Geschlechtsverbänden und zum Volksthum", *Sitzungsberichte Königl. Akademie der Wissenschaften*, Berlin (1907), p. 508 ss.
- ID., *Histoire de l'Antiquité*, vol., I, Paris (1912).
- MOMMSEN, Th., *Römisches Strafrecht*, Leipzig (1899), p. 17 ss..
- ID., *Römische Geschichte*, vol. I, Lipsia (1902), p. 180.
- MOMMSEN, Th. y MARQUARDT, J., *Manuel des Antiquités romaines*, vol. IV, Paris (1894).
- MORGAN, H., *A conjectural Solution of the Origin of the Classificatory System of Relationships; Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family*, Washington (1871).
- ID., *Ancient Society or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery, through Barbarism, to Civilization*, London (1877).
- NICOLET, C., "Appius Claudius et le double Forum de Capoue", *LATOMUS*, 20 (1961), p. 683 ss..
- NOAILLES, P., *Du Droit sacré au Droit civil*, Paris (1945).
- ORESTANO, R., "Dal ius al fas", *BIDR.* 46 (1939), p. 194 ss..
- PAIS, E., *Storia critica di Roma*, I, Roma (1913).

- PAOLI, J., "Le monde juridique du paganisme romain", *RH.*, 23 (1945), p. 1 ss..
- PIERI, G., *L'histoire du cens jusqu'à la fin de la République romaine*, Paris (1968).
- PUGLIESE, G., "L'autonomia del diritto rispetto agli altri fenomeni e valore sociali nella Giurisprudenza romana", *Atti del I Congr. della S.I.S.D.*, Firenze (1966), p. 162 ss..
- RABELLO, A.M., *Effetti personali della patria potestas*, Milano (1972).
- RESINA SOLA, P., *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, Madrid (1996).
- ID., "La condición jurídica de la mujer en Roma", *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, eds. A. López, C. Martínez, A. Pociña, Granada (1990), p. 99 ss..
- RODRIGUEZ ENNES, L., *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*, Santiago de Compostela (1978).
- ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani*, Milano (1912), reimp. Hildesheim (1962).
- ID., *Scritti giuridici, I. Studi sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano*, Milano (1922).
- RUGGIERO, A., "Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico", *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, vol. 4, Napoli (1984), p. 1593 ss..
- SCHWIND, F., *Zur Frage der Publikation in römischen Recht*, München (1940).
- SUMNER MAINE, *Lectures on the early History of Institutions*, London (1875).
- ID., *Village Communities in the East and West*, London (1876).
- ID., *Dissertations on early Law and Customs*, London (1883).
- ID., *Ancient Law*, London (1891).
- TALAMANCA, M., "I mores ed il diritto", *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano (1979), p. 36 ss..
- TORRENT, A., *Derecho público romano y Sistema de Fuentes*, Oviedo (1982).
- VEYNE, P., "La famille et l'amour sous le Haut-Empire romain", *Annales E.S.C.*, 33 (1968), p. 36 ss.

- VOCI, P., "Diritto sacro romano in età arcaica", *SDHI*, 19 (1953), p. 38 ss..
- VOIGT, M., *Die lex Maenia de dote*, Weimar (1866).
- ID., *Über die leges regiae*, Leipzig (1876).
- VOLTERRA, E., *Diritto romano e diritto orientali*, Bologna (1937), reimp. Antiqua, 22 (1983).
- ID., "Il preteso tribunale domestico in diritto romano", *RISG.*, 85 (1948), p. 103 ss..
- ID., "La nozione dell' "adoptio" e dell' "adrogatio" secondo il giuristi romani del II e III sec. d.C.", *BIDR.*, 69 (1966), p. 109 ss..
- ID., v. "Famiglia (dir. rom.)", *E.D.*, vol.,XVI (1967), p.723 ss..
- WESENER, G., "Iudicium domesticum", *P.W. Supl.* 9 (1962), p. 373.
- ZUMPT, A.W., *Das Criminalrecht des röm. Republik*, II, Berlin (1865).

3. LAS DIFICULTADES PARA DESTRUIR LA PRESUNCIÓN DE PATER- NIDAD DEL MARIDO

Sobre la presunción de paternidad resulta imprescindible la obra de RIVERO HERNÁNDEZ, *La presunción de paternidad legítima* (Madrid, 1971).

En general RIVERO HERNÁNDEZ tiene numerosos trabajos sobre la filiación, todos ellos muy interesantes, de los que cabe destacar aquí, por su especial relación con el tema de este trabajo:

"Comentario a la RDGRN de 25 de noviembre de 1987", *CCJC* 1988, nº 411.

"La tensión formalismo-realismo en los procesos de filiación", *Poder Judicial*, 1989.

Otras obras interesantes relacionadas con el tema de este trabajo son:

DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en el Derecho español*, Madrid, 1975.

PÉREZ FERNÁNDEZ y GARRIGA GORINA, "La presunción de paternidad matrimonial del art. 116 CC en el caso de separación de hecho. Comentario a la RDGRN de 22-5-1991", *RJC* 1992, 1065-1076.

POZO VILCHES, Juan, *El reconocimiento de hijo no matrimonial de mujer casada*, 1993.

VERDERA SERVER, *Determinación y acreditación de la filiación: En especial, el establecimiento jurídico de la paternidad del marido de la madre*, Barcelona, 1993.

Y las distintas obras de comentarios al Código civil:

DE LA CÁMARA, en AA.VV. (dirigidos por Albaladejo), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, III-1º, 1984.

MORO ALMARAZ, en AA.VV. (dirigidos por Pasquau Liaño), *Jurisprudencia civil comentada*, en prensa.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en AA.VV. (coordinados por Bercovitz), en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, I, Madrid, 1984.

RIVERO HERNÁNDEZ, en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, I, Madrid, 1993.

Sobre las presunciones en general, pueden consultarse, entre otras:

ANDRIOLI, "Presunzioni", in *Novissimo Digesto Italiano*, tomo XIII.

CARRERAS, "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones", RJC 1962, pp. 492-569.

DE COTTIGNIES, *Les présomptions en Droit privé*, Paris, 1950.

HEDEMANN, *Las presunciones en el Derecho*, Madrid, 1931.

SERRA DOMÍNGUEZ, "De las presunciones", en AA.VV. (dirigidos por Albaladejo), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVI-2º, 1981

Y sobre el Registro civil, también en general:

LUCES GIL, *Derecho registral civil*, 4ª edición, 1991.

PERE RALUY, *Derecho del Registro Civil*, 1962.

RICO PÉREZ, "Concordancia entre el Registro civil y la realidad", RDP, 1974, 971-979.

Resoluciones de la DGRN en las que se configura la doctrina aquí analizada:

14 enero 1982 (RA. 349)

11 marzo 1985 (RA. 2248)

5 marzo 1986 (RA. 3021)

- 7 enero 1987 (RA. 2255)
13 mayo 1987 (RA. 3923)
26 mayo 1987 (RA. 3930)
25 noviembre 1987 (RA. 8740)
4 febrero 1988 (RA. 1213)
13 abril 1988 (RA. 3455)
9 junio 1988 (RA. 5361)
19 septiembre 1988 (RA. 7157)
29 septiembre 1988 (RA. 7167)
17 octubre 1988 (RA. 7994)
10 marzo 1989 (RA. 2467)
13 noviembre 1989 (RA. 8298)
14 noviembre 1989 (RA. 9132)
8 enero 1990 (RA. 372)
16 marzo 1990 (RA. 2873)
3 abril 1990 (RA. 3573)
5 junio 1990 (RA. 6651)
30 agosto 1990 (RA. 7335)
19 diciembre 1990 (RA. 10490)
22 mayo 1991 (RA. 4077)
2 agosto 1991 (RA. 6304)
27 agosto 1991 (RA. 6666)
11 octubre 1991 (RA. 8619)
28 octubre 1991 (RA. 8790)
26 noviembre 1991 (RA. 9679)
20 diciembre 1991 (RA. 1992/1495)
22 mayo 1992 (RA. 5254)
26 junio 1992 (RA. 5946)

- 1 febrero 1993 (RA. 1312)
11 mayo 1993 (RA. 3923)
17 junio 1993 (RA. 5348)
18 septiembre 1993 (RA. 6765)
30 abril 1994 (RA. 4164)
26 mayo 1994 (RA. 5895)
7 noviembre 1994 (RA. 1995/1346)
7 noviembre 1994 (RA. 1994/1347)
19 enero 1995 (RA. 1604)
22 junio 1995 (RA. 6148)
23 octubre 1995 (RA. 9569)
30 noviembre 1995 (RA. 1400/1996)
11 diciembre 1995 (RA. 1598/1996)
10 febrero 1996 (RA. 3409)
29 mayo 1996 (4987)
20 septiembre 1996 (RA. 714/1997)
26 septiembre 1996 (RA. 1434/1997)
7 octubre 1996 (RA. 2143/1997)
19 octubre 1996 (RA. 3570/1997)
26 octubre 1996 (RA. 4489/1997)
18 noviembre 1996 (RA. 6907/1997)
19 febrero 1997 (AC 1998-3, R. 232)
3 marzo 1997 (AC 1998-3, R. 253)
2 febrero 1998 (AC 1999-1, R. 70)
27 marzo 1998 (AC 1999-2, R. 210)
7 mayo 1998 (Compuley)
7 mayo 1999 (AC 1999-3, R. 347)
8 junio 1999 (AC 1999-3, R. 403)

4. LA MATERNIDAD: ENTRE EL BIEN JURÍDICO Y LA ENFERMEDAD

- AA.VV., *Il Tempo de la Maternità*, Editori Reuniti, Roma, 1993. Prólogo de Livia Turco.
- ALBERTSON FINEMAN, Martha y KARPIN, Isabel (eds.), *Mothers in Law: Feminist Theory and Legal Regulation of Motherhood*, Columbia, 1995.
- CARRASCO BENGOA, Cristina, *El trabajo doméstico. Un análisis económico*, Colección Tesis Doctorales, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.
- CATASTA, Anna, "La normativa europea", *Il Tempo de la Maternità*, Editori Reuniti, Roma, 1993. Prólogo de Livia Turco.
- COLECTIVO IOE, *Tiempo social contra reloj. Las mujeres y la transformación en los usos del tiempo*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 48, 1996.
- CORDONI, Elena, "Lavorare tutte, lavorare meno, lavorare meglio", en el "forum" celebrado en Milán durante los días 28-29 de febrero de 1992, con el lema *I tempi delle donne cambiano il lavoro*.
- CORTAJARENA ITURRIOZ, en su defensa de las enmiendas 36 a 71 presentadas al Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, nº 739, de 27 de julio de 1999, p. 21520.
- CORTAJARENA ITURRIOZ, intervención con respecto a las Enmiendas del Senado presentadas al Proyecto para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, BOGG. Congreso de los Diputados, serie A, nº 172-1, de 24 de mayo de 1999. Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 266, 21 de octubre de 1999, p. 14204.
- CORTES PRIETO, Joaquín, "Protección Laboral de la Maternidad" (Parte I), en *Revista de Trabajo*, nº 5, septiembre-octubre de 1961; y (Parte II), en la misma revista, nº 4, julio-agosto de 1962.
- Dalle donne la forza delle donne. Carta itinerante. Idee proposte interrogativi*. Documento a cura della sezione femminile della Direzione del Pci, Roma, 1987.

- Decreto 2310/1970, de 20 de agosto*, por el que se regulan los derechos laborales de la mujer trabajadora en aplicación de la ley de 22 de julio de 1961 (B.O.E. de 24 de agosto de 1970).
- Decreto 2065/1974, de 30 de mayo*, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (B.O.E. de 20 y 22 de julio de 1974).
- DINNERSTEIN, Dorothy, *The Mermaid and the Minotaur: Sexual Arrangements and Human Malaise*, 1977.
- Directiva del Consejo 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, la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, en Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N° L 39/40, 14 de febrero de 1976.
- Directiva del Consejo 79/7/CEE de 19 de diciembre de 1978*, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, en Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N° L 6/24, de 10 de enero de 1979.
- Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986*, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales de seguridad social, en Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N° L 225/40, de 12 de agosto de 1986.
- Directiva del Consejo 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992*, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, en Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N° L 348/1, 28 de noviembre de 1992.
- Directiva del Consejo 96/34/CEE de 3 de junio de 1996*, fruto de un acuerdo entre la UNICE, el Centro Europeo de la Empresa Pública y la Confederación Europea de Sindicatos.
- DO CAMPO PIÑEIRO, intervención en el Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social en relación con el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado*, n° 140, 29 de septiembre de 1999, p. 6686.

- DURÁN, María Ángeles, "Crear, descreer, crear", en VIDAL-BENEYTO, J. y otros (eds.), *España a debate. La Sociedad*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984.
- DURÁN, María Ángeles, *La jornada interminable*, Icaria, 1986.
- DURÁN, María Ángeles, "El tiempo de la Economía Española", *Información Comercial Española*, nº 695, julio de 1991.
- DURÁN, María Ángeles, "La conceptualización del trabajo en la sociedad contemporánea", en *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, nº 14, noviembre-diciembre de 1991.
- DURÁN, María Ángeles, "El triángulo imposible", conferencia presentada en la Universidad de las Islas Baleares, Departamento de Ciencias de la Tierra, 1992, p. 20.
- DWORKIN, Ronald (1977), *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Madrid, 1995.
- Enmiendas al Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, nº 172-5, de 29 de junio de 1999.
- FISS, Owen M., "Teoría Crítica del Derecho y Feminismo", en *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- FISS, Owen M., "An Uncertain Inheritance", en ZUCKERMAN, Harriet, COLE, Jonathan R., y BREUER, John T. (eds.), *In the Outer Circle: Women in the Scientific Community*, 259, 1991.
- GAIOTTI DE BIASE, Paola, "Sostenere le scelte procreative delle donne: quali politiche", *Il Tempo de la Maternità*, Editori Reuniti, Roma, 1993. Prólogo de Livia Turco.
- GERSHUNY, Jonathan, "International comparison of time budget surveys: Methods and opportunities", en O'CONGHAILE, W. y KOHLER, E. (Ed.), *The Changing Use of Time*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 1991.
- GIL RUIZ, Juana María, *Las Políticas de Igualdad en España: avances y retrocesos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Instituto Andaluz de la Mujer, Granada, 1996.

- Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas, COM (93) 531 final, Bruselas, 26 de abril de 1994, titulado "La protección social en Europa, 1993".*
- Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos profesionales y de trabajo de la mujer. (B.O.E. de 24 de julio de 1961).*
- Ley 28/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.*
- Ley 29/1975, de 27 de junio, de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.*
- Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. (B.O.E. de 14 de marzo de 1980).*
- Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.*
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento en materia de adopción.*
- Ley 3/1989, de 3 de marzo, para el supuesto de maternidad. (B.O.E. nº 57 de 8 de marzo de 1989).*
- Texto articulado aprobado por decreto 315/1964, de 7 de febrero, Ley de Funcionarios Civiles del Estado.*
- Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. (B.O.E. de 29 de junio de 1994).*
- Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social. (B.O.E. de 31 de diciembre de 1994).*
- Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad. (B.O.E. de 24 de marzo de 1995).*
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.*
- Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. (B.O.E. de 6 de noviembre de 1999).*
- MACKINNON, Catharine A., *Hacia una Teoría Feminista del Estado*, Ediciones Càtedra, Universitat de València, Instituto de la Mujer, Madrid, 1995.

- MARTINEZ SIERRA, Gregorio, *Feminismo, Femenidad, Españolismo*, Editorial Saturnino Calleja, Madrid, 1920. Conferencia leída el día 2 de febrero de 1917 en el primero de los Festivales Artísticos celebrados en el Teatro Eslava a beneficio de la "Protección del trabajo de la mujer".
- MÉNDEZ, E., "L'experiencia del temps en les dones", en *El temps de les dones: de la reflexió a la pràctica*, Ayuntamiento de Barcelona, 1991.
- MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES, INSTITUTO DE LA MUJER (ed.), *Los hombres españoles*, Serie Estudios, nº 22, Madrid, 1988.
- MUMFORD, Lewis, *Técnica y civilización*, Alianza Universidad, Madrid, 1977, pp. 31-32.
- MURILLO, Soledad, *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1996.
- OCAÑA, Enrique, "Del reloj de arena al reloj del trabajador", en *Archipiélago*, nº 10-11, 1992.
- PALANCAR, María, "La mujer y el Trabajo", en *Revista de Estudios Políticos*, Suplemento de Política Social, nº 5, 1947.
- PALANCAR, María, "Las profesiones femeninas en las Reglamentaciones Españolas de Trabajo", en AA.VV., *Estudios dedicados al profesor García Oviedo*, vol. II, Derecho Labora, Sevilla.
- PÉREZ DEL RIO, Teresa, "El Plan de Acción para el Empleo, ¿refuerza las Políticas de Igualdad?", *Meridiana*, nº 11, 1998, pp. 34-36.
- I PLAN PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LAS MUJERES (1988-1990)*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990
- II PLAN PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LAS MUJERES (1993-1995)*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1993.
- POAL MARCET, Glòria, *Entrar, quedarse, avanzar. Aspectos psicosociales de la relación mujer-mundolaboral*, Siglo XXI de España Editores, S.A., Madrid, febrero de 1993.
- PUENTE OJEA, M., "Problemas en torno al trabajo de la mujer", en *Revista de Trabajo*, nº 4, abril de 1953.

- RAMOS PALOMO, María Dolores (Dir.), *La medida del mundo. Género y usos del tiempo en Andalucía*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla-Málaga, 1998, p. 229.
- Recomendación del Consejo 92/241/CEE, de 31 de marzo de 1992*, sobre el cuidado de los niños y de las niñas, en Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de 8 de mayo de 1992.
- Recomendación del Consejo 92/442/CEE, de 27 de julio de 1992*, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social, en Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N° L 245/49, 26 de agosto de 1992.
- RIVIELLO, Anna Maria, "Soggettività femminile e procreazione: quale società", *Il Tempo de la Maternità*, Editori Reuniti, Roma, 1993. Prólogo de Livia Turco.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *Emile ou De l'éducation*, Classiques Garnier, Paris, 1961; o en *Oeuvres Complètes*, vol. III, Seuil, 1971. Existe traducción al español, *Emilio o De la educación*, Alianza Editorial, Madrid, 1990.
- RUBIO CASTRO, Ana, *Feminismo y ciudadanía*, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería de la Presidencia, Sevilla-Málaga, 1997.
- RUBIO CASTRO, Ana, "Globalización y democracia como forma de vida", en prensa.
- SAINZ GARCÍA, intervención con respecto a las Enmiendas del Senado presentadas al Proyecto para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, BOGG. Congreso de los Diputados, Serie A, n° 172-1, de 24 de mayo de 1999, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n° 266, 21 de octubre de 1999, p. 14204.
- Sentencia del TC 145/1991, de 1 de julio (Sala 2)*.
- SEARLE, José Antonio, "Periodo de descanso y prestaciones económicas de las embarazadas", en *Revista Española de Seguridad Social*, n° 12, Instituto Nacional de Previsión, Madrid, diciembre de 1947, pp. 1065-1072.
- TUBERT, Silvia, *Introducción a Figuras de la madre*, Colección Feminismos, Cátedra, Madrid, 1996.

- VAQUERO DEL POZO, intervención con respecto a las Enmiendas del Senado presentadas al Proyecto para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, BOGG. Congreso de los Diputados, serie A, nº 172-1, de 24 de mayo de 1999, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 266, 21 de octubre de 1999, p. 14203.
- VÁZQUEZ MATEO, Felipe, "La mujer como asalariada del marido", en *Revista de Trabajo*, nº 4, abril de 1957.

5. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DEL TRABAJADOR EXTRANJERO

- ANDALUCÍA ACOGE: Propuestas para una Política Alternativa sobre Inmigración, Málaga, 1999.
- BORRAS RODRÍGUEZ, A.: "Los ciudadanos no europeos en la Unión Europea", *Sistema*, núms. 114-115, 1993, pp. 223-234.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española", *Actualidad civil*, núm. 6, 1998, pp. 130-134.
- COTS MONER, J. "Artículo 16", La Declaración universal de derechos humanos. Comentario artículo por artículo, Barcelona, 1998, pp. 238-295.
- COUSSIRAT-COUSTERE, V.: "Art.8", La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, L. E. Pettiti; E. Decaux; P. H. Imbert (dirs.), Paris 1995, pp. 329-343.
- DE LUCAS: "Las razones de la exclusión: ¿Qué derechos para los extranjeros?", *Jueces para la democracia*, 1993, enero, pp. 35-43.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: "Extranjería y ciudadanía de la Unión Europea", Extranjería e inmigración en España y en la Unión Europea, colecc. de la Escuela Diplomática, núm. 3, 1998, pp. 102-126.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "La condición jurídica de los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea", *Alternativas a una política de inmigración*, Madrid, 1996, ed. CESJ "Ramón Carande", pp. 51-88.

- GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: "La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios", *Actualidad civil*, núm. 18, 3-9 de mayo de 1999, pp. 447-462.
- GONZÁLEZ PÉREZ, V.: "La percepción del Mediterráneo a través de la inmigración: las actitudes de los españoles hacia los magrebíes", *Investigaciones geográficas, Anales de la Universidad de Alicante, Instituto universitario de Geografía*, num. 20, julio-diciembre 1998, pp. 5-17.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I.: *Las uniones de hecho en el Derecho internacional privado español*, Madrid, 1999.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F.: "Práctica española en materia de asilo e inmigración", *Extranjería e inmigración en España y en la Unión Europea*, colecc. de la Escuela Diplomática, núm. 3, 1998, p. 75.
- MOYA ESCUDERO, M.: *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*, Granada, 1999.
- PÉREZ ALONSO, F.: *Régimen jurídico del extranjero en España*, 2ª edic., Madrid, 1997.
- PÉREZ VERA, E.: "La protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea", *Sistema*, núms. 114-115, 1993, pp.139-151.
- PÉREZ VERA, E.: "Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et condition des étrangers", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tom. 261, 1996, pp. 394-425.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIX, 1997-2, pp. 221-227.
- SÁNCHEZ LORENZO, S.: "Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado", *Revista española de Derecho internacional*, vol. XLI, 1989, 2, pp. 487-531.

6. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE ANDALUCÍA EN MATERIA DE SEPARACIÓN

- ALBERDI, I., *La nueva familia española*, Taurus, Madrid, 1999.
- CASTORIADIS, C., "La democrazia come procedura e come regime", en AA.VV., *La strategia democratica nella società che cambia*, Datanewa, Roma, 1995.
- FLAQUER, L., *El destino de la familia*, Ariel, Barcelona, 1998.
- GIDDENS, A., *Sociología*, Alianza, 3ª edición, Madrid, 1998.
- GROSSI, P., *El orden jurídico medieval*, Prólogo de Francisco Tomás y Valiente, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- LO RUSSO, G., *Hombres y padres. El lado oscuro de la paternidad*, Edit. Horas&horas, Madrid, 1998.
- MURILLO, S., *El mito de la vida privada, De la entrega al tiempo propio*, Siglo XXI, Madrid, 1996.
- SARTORI, G., *Teoría de la democracia 2. Los problemas clásicos*, Alianza Universidad, Madrid, 1988.
- SEGALEN, M., *Antropología histórica de la familia*, Edit. Taurus Universitaria, Madrid, 1992.
- VALERO, A., "La muerte de la familia: mito o realidad", en *Escritos de Teoría sociológica, En homenaje a Luis Rodríguez Zúñiga*, Centro de Estudios sociológicos, Madrid, 1982.



JUNTA DE ANDALUCÍA
Instituto Andaluz de la Mujer