

INFORME “El tiempo de los derechos”, núm. 25

HURI-AGE

Consolider-Ingenio 2010

**RECONSTRUCCIÓN DE LAS ESTRATEGIAS UTILIZADAS PARA
MEJORAR LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA**

DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN: M.^a Isabel Garrido Gómez.

EQUIPO: Patricia Cuenca Gómez, M.^a Isabel Garrido Gómez, Encarnación La Spina, Olga Sánchez Martínez, Ángeles Solanes Corella y Teresa Picontó Novales.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

MODALIDADES, SUJETO Y ÁMBITOS DE LAS ESTRATEGIAS DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

-M.^a ISABEL GARRIDO GÓMEZ

Las estrategias en la protección de la familia entre la fragmentación y la unidad

-OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ

El sujeto protegido

ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

-ÁNGELES SOLANES CORELLA Y ENCARNACIÓN LA SPINA

El supuesto polivalente de la reagrupación familiar

LA MUJER Y LOS NIÑOS COMO MIEMBROS DE UNA FAMILIA

-PATRICIA CUENCA GÓMEZ

La protección de la mujer en el contexto familiar

-TERESA PICONTÓ NOVALES

La protección de la infancia en las familias

RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS

PRESENTACIÓN

El informe que a lo largo de estas páginas se presenta lleva por título *Reconstrucción de las estrategias utilizadas para mejorar la protección de la familia* y cuenta con las aportaciones de varias profesoras de Filosofía del Derecho pertenecientes a distintas Universidades españolas, ellas son Patricia Cuenca, Isabel Garrido, Encarnación La Spina, Teresa Picontó, Olga Sánchez y Ángeles Solanes. Todas las contribuciones pretenden dar cuenta de la situación actual de las estrategias existentes para proteger a la familia en sus distintas vertientes, analizando cuáles son sus fortalezas y cuáles sus debilidades y finalizando con once recomendaciones y propuestas cuyo fin es hacerlas más satisfactorias.

En conjunto se da cuenta de que la familia se muestra como creadora de necesidades, simultáneamente que las satisface. Los actores son las familias y sus miembros, el Estado y el sector privado. Las fuentes materiales se entienden en términos de ingresos, alimentación, vivienda, servicios sociales, personales, educación, salud o transporte, entre otras. Contemporáneamente, la función familiar está representada por la autoayuda que sus miembros prestan; la actividad estatal que aporta educación y servicios conjuntos a las familias, actividad desenvuelta también por la formación de la sociedad civil; y el suministro de consumos que acapara el mercado.

El presente informe pone de manifiesto también que existen herramientas de protección de la familia más específicas que responden a problemas concretos, a título de ejemplo, unas se refieren a la protección del derecho a la reagrupación familiar y otras a la protección de la mujer y de la infancia en el contexto familiar. En este sentido, se advierte que la regulación del derecho de reagrupación se hace a partir de la libertad de circulación de los trabajadores, por lo que resaltan el compromiso de hacerla progresivamente efectiva y la puesta en marcha de una importante política migratoria. Pero las características de tal derecho y de la libertad de circulación de los trabajadores hacen que su fundamentación sea distinta, de ahí su interés e importancia.

Por último, en lo que corresponde a la protección de la mujer y de la infancia en el contexto de la familia, la primera merece ser estudiada en cuanto que en el seno de la familia existen problemas añadidos que subrayan su situación de desigualdad y de mayor vulnerabilidad que el hombre. Y en lo atinente a los niños, estos pertenecen a una familia y mantienen una relación interactiva con los demás miembros. La protección reconocida tiene que capacitarlos para autogestionarse y autodeterminarse responsablemente en la medida de sus posibilidades, pero, como se pone de manifiesto, la liberalización de las condiciones del divorcio y un aumento de controles en las relaciones entre padres e hijos en las familias postdivorcio, pueden tener consecuencias negativas para los hijos.

M.^a Isabel Garrido Gómez

Madrid, 11 de junio de 2012

**MODALIDADES, SUJETO Y ÁMBITOS DE LAS ESTRATEGIAS
DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA**

LAS ESTRATEGIAS EN LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA ENTRE LA FRAGMENTACIÓN Y LA UNIDAD

M.^a ISABEL GARRIDO GÓMEZ

Universidad de Alcalá

1. INTRODUCCIÓN

Paulatinamente la familia ha ido cambiando, siendo el grado de diversidad un reflejo de los valores imperantes influidos por los cambios económicos, culturales, tecnológicos, laborales, urbanísticos y sociales¹. Desde este punto de vista, la diversidad de los mecanismos jurídicos y políticos de protección de la familia se deben a su derecho a la autonomía y a la libertad personal de sus miembros, quedando diseñada aquella como un centro de cooperación entre los cónyuges o la pareja y de corresponsabilidad sobre los hijos. Consecuencia de tal cooperación y corresponsabilidad son los beneficios que supone para la sociedad y su constitución como un factor de equilibrio que no puede desconocerse en la organización de los Estados².

En consecuencia, la familia es valiosa porque desarrolla una equidad generacional insustituible que, a grandes rasgos, enuncia: a) La capacidad de realizar

¹ COMMAILLE, J., “D’une sociologie de la famille à une sociologie du droit. D’une sociologie du droit à une sociologie des régulations sociales”, *Sociologie et Sociétés*, n.º 1, XVIII, abril de 1986, pp. 113-128; GARRIDO GÓMEZ, M. I., *La política social de la familia en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 26 y 27.

² Cfr. BLACK, J. M., BRIDGE, A. J. y BOND, T., *A Practical Approach to Family Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004; ROBINSON, W. C. y ROSS, J. A. (eds.), *The Global Family Planning Revolution. Three Decades of Population Policies and Programs*, World Bank, Washington, D.C., 2007.

una reciprocidad justa entre las generaciones presentes en un cierto momento histórico; b) la capacidad de invertir sobre las nuevas generaciones, transmitiendo un patrimonio material y las motivaciones y habilidades necesarias para la producción de recursos materiales, culturales y espirituales; y c) la capacidad para compensar las desventajas que en cada recién nacido puedan derivarse de nacer en una familia por el número de hijos³.

1. BASES JURÍDICAS DE LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

Las Constituciones introducen el reconocimiento de una realidad familiar y el mandato de su protección y asistencia dirigido a los poderes públicos, como propio de un Estado social que traslada muchas veces el sistema político a la aplicación del Derecho de forma confusa⁴. Simultáneamente sobresalen la normatividad *referencial*, del Derecho civil, que ejerce tareas de conservación y adaptación; y la *gestionaria*, que dirige la lucha contra la precariedad y exclusión derivadas de las transformaciones de comportamientos familiares. Alrededor de este núcleo hay una periferia condicionante: el aludido Derecho constitucional, el penal, el patrimonial, el procesal, el internacional privado, el fiscal y el social. Y la efectividad internacional depende de las Constituciones y de la práctica judicial de cada Estado, a la par que los instrumentos internacionales ayudan a superar las dificultades del funcionamiento de las garantías internas⁵.

En lo que respecta al Derecho de la Unión Europea, hemos de decir que si al comienzo el Tribunal de Luxemburgo manifestó desinterés sobre los derechos fundamentales en razón de su incompetencia para asegurar el respeto de las normas

³ GIL CALVO, E., “La estrategia progenitora”, en GARRIDO MEDINA, L. y GIL CALVO, E. (eds.), *Estrategias familiares*, Alianza, Madrid, 1997, p. 187; VEGA GUTIÉRREZ, A. M., *Políticas familiares en un mundo globalizado*, Navarra Ediciones, Berriozar (Navarra), 2000, pp. 80 y ss.

⁴ Cfr. ANTOKOLSKAIA, M., *Harmonisation of Family Law in Europe: a Historical Perspective*, Intersentia, Amberes, 2006, pp. 40 y ss.; BAARSMA, N. A., *The Europeanisation of International Family Law*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2011, pp. 35 y ss.

⁵ Estas normas tienen una misma fuente porque durante mucho tiempo los Estados europeos se rigieron por un Derecho común, el romano-canónico, el cual estuvo vigente en algunas partes desde finales de la Edad Media hasta la Revolución francesa, debido al poder de la Iglesia latina y al fenómeno de la Recepción. Ver HANTRAIS, L., “Les macro-régulations de la famille: une approche comparative”, en *Actes du Séminaire du Politique et du Social dans l’Avenir de la Famille, Haut Conseil de la Population et de la Famille*, La Documentation Française, París, 1992, pp. 27 y ss.

internas, con el tiempo, la amenaza que puede suponer a la primacía y aplicación uniforme del Derecho comunitario ha sido solventada por este Tribunal, que debe buscar un nexo entre el derecho cuya infracción se alega y el ordenamiento comunitario. Tal conexión radica en los principios generales de tal ordenamiento, en cuanto que son compartidos por las Constituciones de los Estados miembros. Esa protección es llevada a cabo con el apoyo de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados y de los instrumentos internacionales de los que son parte, o colaboradores, observándose que las directrices seguidas por el Tribunal de Justicia se resumen en tres ideas: a) una concepción cada vez más amplia y liberal de los principios generales del Derecho; b) una interpretación extensiva de los principios generales de lealtad y solidaridad entre los miembros; y c) la admisión del criterio de aplicar la norma más favorable al individuo, cuando dos o más órdenes jurídicos ofrecen protección distinta⁶.

Con respecto al tratamiento de la protección de la familia, la Unión Europea ha servido como filtro para potenciar el fomento de los derechos y valores sociales, ámbito en el que se incluye todo lo relativo a la política social de la familia, pues se construye sobre el Estado de Derecho y los principios de libertad democrática respecto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. En lo que se refiere a los derechos de la familiar, no hay que dejar de mencionar el importante papel del Parlamento Europeo por el vínculo que representa entre la democracia europea y los derechos humanos.

Desde nuestro enfoque, el derecho a fundar una familia se estima como fundamental en los instrumentos jurídicos comunitarios, internacionales, europeos y nacionales de los Estados que forman parte de la Unión. Es valorado como elemento clave para que cada persona pueda desarrollarse en un espacio de convivencia básica y mantener su vida privada -unido a él se reconoce también el derecho a contraer matrimonio como libertad de la persona a elegir estado civil-. Según el sistema vigente la doctrina relativa a los derechos señalados es elaborada muy especialmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual sostiene que se inscriben en el más amplio de privacidad. Se protege la vida familiar, como vida privada que es, y solo se admite su injerencia excepcionalmente, con arreglo a una norma expresa, cuando exista

⁶ BORCHARDT, K.-D., *El abc del Derecho de la Unión Europea*, OPOCE, Luxemburgo, 2011.

una necesidad que venga dada por el ejercicio de los derechos y libertades de los demás, sea proporcional al objetivo perseguido y se interprete restrictivamente.

En suma, se debe proteger la igualdad de las familias ante la ley, la privacidad y la seguridad de la familia como tal, sin distinción de raza, idioma, etnia, origen social, opiniones políticas u otras; su independencia y autonomía, que abarca la decisión sobre el número de hijos, la transmisión de ciertos valores culturales y morales básicos, la organización de la vida profesional y familiar y la igualdad de sexos; la libertad de residencia y movimientos; la reagrupación; la asociación; la participación en la política familiar; y la completa protección familiar⁷.

2. LAS VARIADAS ESTRATEGIAS DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

Desde un punto de vista amplio, las distintas acciones que componen las estrategias de protección de la familia dentro de nuestros sistemas culturales suelen tener como efecto transferencias de las rentas altas hacia las más bajas; de las familias con pocos miembros, hijos mayores y con menos problemas, hacia las más numerosas, con hijos más pequeños y con más problemas, especialmente las monoparentales cuando el cabeza de familia está en el paro o es un inválido y cuando los menores son huérfanos o discapacitados; y de los solteros a las unidades familiares. El contenido depende de los principios del Estado, las estructuras institucionales, la situación económico-social y la tradición cultural, fundado en la solidaridad. Sus límites son la igualdad, la interdicción de la arbitrariedad y el derecho a la asistencia y/o prestaciones suficientes para situaciones de necesidad. Los recursos de los que se vale deben correr paralelamente a las necesidades sociales, revalorizándose las prestaciones recibidas progresivamente para compensar las pérdidas del valor adquisitivo⁸.

⁷ MASON, M. A., SKOLNICK, A. y SUGARMAN, S. D. (eds.), *All our Families. New Policies for a New Century: a Report of the Berkeley Family Forum*, Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 2003; CASADO, D. (dir.), *Acción y políticas de apoyo a las familias*, Hacer, Barcelona, 2011.

⁸ EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE, *The ESC and Northern Dimension-Taking the Initiative*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxemburgo, 2002; MOSLEY, H. G., “La dimensión social de la integración europea”, *Revista Internacional del Trabajo*, n.º 109, 1990, pp. 91 y 92.

En este sentido, la tendencia es la de hacer que las estrategias de la protección de la familia sean calificadas como una emergencia, habiendo cambiado en los últimos veinte años y habiendo dado un paso más en la lucha contra la pobreza, dirigida primordialmente al desarrollo de las familias más desasistidas para reducir las desigualdades verticales en cuanto a la renta, y quedando en un segundo plano la horizontalidad ligada a la descendencia y cimentada en los cambios familiares. Con lo que las prestaciones familiares han de diferenciar las ayudas a la superación de la pobreza de la superación de la pobreza en la familia, y exigir una personalización que compatibilice la cuantía de los gastos y de las deducciones fiscales⁹.

Los modelos que se distinguen y que, a su vez, consolidan distintas estrategias son:

- a) El modelo socialdemócrata (Dinamarca, Finlandia y Suecia).
- b) El modelo corporativista (Austria, Bélgica, Alemania, Luxemburgo y Holanda).
- c) El modelo sudeuropeo (Francia, Grecia, Irlanda, Italia y Portugal).
- d) El modelo británico (Reino Unido).

Por lo que podemos hablar de un modelo de mercado liberal, que únicamente mantiene el *statu quo*. De un modelo liberal progresista, que otorga un nivel básico de previsión, sobre todo en el mantenimiento de ingresos. O de un modelo institucional de bienestar, equivalente al sistema federal del gobierno de Estados Unidos¹⁰.

A la vez que las manifestaciones de la protección de la familia pueden concretarse en forma de distintas políticas:

- a) Como política demográfica.
- b) Como política clínica.

⁹ Sobre una etapa inicial, ver DUMON, W., 'La politique familiale en Europe occidentale: une réflexion sociologique', *L'Année Sociologique*, n.º 37, 1987, pp. 294 y 295, y más recientemente, cfr. GARCÍA MURCIA, J. (coord.), *La dimensión social de la Unión Europea a partir del Tratado de Lisboa*, Consejería de Industria y Empleo, Oviedo, 2011.

¹⁰ BOTELLA, J., "La opinión pública ante el Welfare State ¿oferta o demanda?", en GINER, S. y SARASA, S. (eds.), *Buen gobierno y política social*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 195; CHERRY, R. D., *Welfare Transformed*, Oxford University Press, Nueva York, 2008 ; FLORA, P. y HEIDENHEIMER, A. J. (dirs.), *The Development of Welfare States in Europe and America*, Transaction Books, New Brunswick, 2003.

- c) Como política institucional.
- d) Como política histórica¹¹.

Por otro lado, es recalculable el hecho de que es costumbre que la política familia tienda a la compensación de cargas, de ahí que se desdoble en Seguridad Social (prestaciones de protección a la familia) y en política de rentas (desgravaciones fiscales). A la vez que las subvenciones se suelen acordar con arreglo a los valores propios de la sociedad, pudiendo ser enunciadas como modalidades:

- a) Las intervenciones públicas para garantizar y proteger los derechos sociales (intervención legal).
- b) Las intervenciones públicas para influir sobre la estructura de ingresos (intervención económica).
- c) Las intervenciones públicas para la mejora del contexto material y social (intervención espacial).
- d) Las intervenciones públicas para la mejora directa de la competencia de los individuos (intervención educativa/asesora)¹².

Los medios de los que se dispone podrían diversificarse en:

- a) Medidas dirigidas a aumentar el nivel de bienes monetarios directos: prestaciones por hijos a cargo, pensiones de supervivencia o becas, e indirectos como desgravaciones fiscales.
- b) Medidas que pretenden elevar los recursos ecológicos: prestaciones sanitarias, viviendas sociales, jardines, instalaciones infantiles o deportivas.
- c) Medidas que desean incrementar los recursos culturales, servicios de planificación familiar, apoyo de la educación y otros similares.
- d) Medidas que quieren acrecentar recursos temporales como instalaciones educativas (guarderías y preescolar), y la regulación de un horario que posibilite una compatibilización de la vida profesional con la familiar.

¹¹ BOROBIÓ, D., *Familia, Sociedad e Iglesia*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1994, p. 49; SARACENO, C., *Families, Ageing and Social Policy: Intergenerational Solidarity in European Welfare States*, E. Elgar, Northampton, 2008, pp. 50 y ss.

¹² En general sobre este tema, ver GARRIDO GÓMEZ, M. I., *La política social de la familia en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 126 y ss. Igualmente, ver el trabajo de ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., *La protección social de la familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- e) Recursos legales o normas reguladoras de la disponibilidad sobre los recursos familiares y las competencias educativas sobre los hijos¹³.

Por último, hemos de subrayar que las citadas disposiciones operan con un grado de intensidad diferente, a saber:

- a) Estados que practican una mayor asistencia activa a la familia: Bélgica, Holanda, Alemania, Francia y Luxemburgo.
- b) Estados que practican una política selectiva con medidas urgidas por asociaciones civiles y religiosas: Irlanda y Reino Unido.
- c) Estados que practican una asistencia concentrada en situaciones o problemas especiales: Grecia, Italia, Portugal y España.

3. LÍNEAS COMUNES DE LAS ESTRATEGIAS DE PROTECCIÓN

La familia precisa que los distintos sistemas de protección tengan unos objetivos comunes hacia los cuales se enderecen y, en concreto, que se centren en dos tipos de funciones, la de la justicia, prestando las condiciones para el desenvolvimiento de su existencia, y la de la seguridad, definiendo disposiciones y relaciones. Esta se convierte en un elemento de organización de la estructura de la sociedad que simultáneamente sirve al grupo familiar y define un orden social. La familia y sus miembros quieren y han de conocer cómo tienen que comportarse según las exigencias del Derecho en las relaciones sociales o situaciones de la vida, y qué consecuencias pueden esperar o pretender, sabiendo a qué atenerse en cada momento.

También se ha de tener en cuenta que en la determinación y puesta en práctica de las estrategias de protección no puede haber tratos de discriminación negativa. Por eso, habrá de enjuiciarse la razón de ser de la diferencia de trato y se tomará en cuenta lo razonable en la medida aceptada en función de los fines que con ella se persigan.

¹³ MEIL LANDWERLIN, G., "Política familiar: contenido y significado", en *Revista Internacional de Sociología*, n.º 1, 1992, pp. 186 y ss. Ver además para mayor información, BOGENSCHNEIDER, K., *Family Policy Matters*, Universidad de Wisconsin-Madison/Extensión, Mahwah (Nueva Jersey), 2007; McGLYNN, C., *Families and the European Union. Law, Politics and Pluralism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

Por otro lado, se advierte que la Administración pública suele ser la gran realizadora de las estrategias que se ponen en marcha para proteger a la familia, pero las cada vez más abundantes necesidades y la desproporción de los recursos inducen a cambios sustanciales que ayuden a replantear la política familiar, barajando principios de solidaridad e igualdad, estimados según el grado de desarrollo de libertad que posibilite, promoviendo la participación y la vinculación de las familias en los aspectos sociales que les afectan, como sujetos de servicios primarios en la sociedad, y como sujetos activos y transaccionales, lo que cada vez fuerza más a hacer necesario el aumento de los esfuerzos individuales y de los sistemas de capitalización privados. Sin embargo, se advierte la necesidad de establecer, al menos, un mínimo, subyaciendo la tesis de que el Estado debe asegurar la iniciativa de la familia y el ejercicio de sus derechos y deberes.

De esta forma, por lo que se desprende en la práctica no se puede afirmar que el Estado y la sociedad civil sean incompatibles o contradictorios, ni tampoco que se confundan. Aunque siempre, de un modo u otro, intervendrá el orden estatal porque está llamado a socializar en estructuras normativas a los individuos que lo componen¹⁴. Entre los cuerpos intermedios sobresalen las ONG, muy variadas por la amplitud de posibilidades que poseen. Todas deben reunir unas condiciones específicas: ser organizaciones sin ánimo de lucro, de voluntarios, que funcionan fuera del ámbito de los gobiernos y son expresión de la solidaridad de la sociedad.

Asumidas estas cuestiones, a lo que se tiende es a ayudar a los programas directos más que a sostener a las propias ONG que, en un sentido amplio, pueden dirigirse a realizar trabajos urgentes en el área familiar y/o establecer las estructuras suficientes para que los grupos familiares puedan valerse por sí mismos. En consecuencia, el problema recae en que no hay un único camino de colaboración entre lo público y lo privado en las sociedades avanzadas, y en que las formas de colaboración responden a pautas culturales e institucionales que sobrepasan las fronteras de los Estados.

Además, en otro orden de ideas no hay que olvidar que los jueces, a los que corresponde una función configuradora del orden social, efectúan una acción

¹⁴ BOBBIO, N. y MATTEUCCI, N., "Sociedad civil", en *Diccionario de Política*, Siglo XXI, México, 1983, pp. 1575 y 1576.

discrecional que preserva las estructuras familiares conjugando los intereses del individuo, la familia y el Estado -convertido en administrador de patrimonios, consejero de los cónyuges y protector de los menores-, actuando en cada situación las facultades de dirección, vigilancia y corrección¹⁵. Existen Tribunales de familia que están especializados en temas como el estado civil, el matrimonio y la situación de los cónyuges, el cumplimiento de los deberes familiares, los derivados de la sustitución de la acción familiar natural, la integración artificial de la familia, los complementarios de la capacidad para realizar ciertos actos o la investigación de la paternidad biológica.

En síntesis, la esquematización de las coberturas para proteger a la familia se fijan preferentemente en una actuación horizontal, valorándose las prestaciones recibidas como un salario social y conectándose la política familiar y la demográfica; la del bienestar de la familia y de sus miembros; y la de las medidas que sustituyen parcial y temporalmente las funciones de la familia para que las personas que forman parte de ella desempeñen sus roles en la vida social y viceversa.

Más la protección tiende a descentralizarse y tomar decisiones locales y regionales. Aunque se ha puesto de relieve que sus necesidades se deben satisfacer con arreglo a políticas que estén coordinadas verticalmente desde el Estado con las demás entidades territoriales públicas -comunidades autónomas y municipios en el supuesto de España-, y horizontalmente porque no puede realizarse solo desde un sector. Hay una privatización de los servicios sociales propia de las sociedades liberales, teniendo una gran incidencia los hechos sociodemográficos, los culturales, la historia, la ideología, la relación individuo-Estados y la influencia de los principios de libre circulación y no-discriminación¹⁶.

¹⁵ BUTTERFIELD, A. K., ROCHA, C. J. y BUTTERFIELD, W. H., *The Dynamics of Family Policy*, Lyceum Books, Chicago, 2010, pp. 50 y ss.; CANNON, J. S. y KILBURN, M. R., "Meeting Decision Maker's Needs for Evidence-Based Information on Child and Family Policy", *Journal of Policy Analysis and Management*, vol. 22, n.º 4, 2003, pp. 665-668; MEIL LANDWERLIN, G., *Individualización y solidaridad familiar*, Fundación "la Caixa", Barcelona, 2011, pp. 9 y 10.

¹⁶ HANTRAIS, L., *Family Policy Matters: Responding to Family Change in Europe*, Policy, Bristol, 2004, pp. 30 y ss. Esta es también la postura que aparece en los trabajos de HAAS, L. y WISENSALE, S. K. (eds.), *Families and Social Policy: National and International Perspectives*, Haworth Press, Binghamton (Nueva York), 2006.

EL SUJETO PROTEGIDO*

OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ

Universidad de Cantabria

1. LA FAMILIA, ELEMENTO CLAVE EN LAS ESTRATEGIAS DE REPRODUCCIÓN

Las relaciones familiares son parte del tejido más amplio de la vida social, en ella se inicia el proceso de socialización del individuo, como persona y como ciudadano o ciudadana. La familia constituye el primer nivel de integración social del individuo, su primera escuela de aprendizaje, un lugar de desarrollo personal, transmisor de cultura y riqueza que ejerce funciones tan importantes como la reproductora, educadora, proveedora de recursos, socializadora, preventiva de riesgos de exclusión social o de solidaridad entre generaciones. Estas funciones la convierten en núcleo apropiado para la transmisión de las ideas y los valores fundamentales en una sociedad, por eso su importancia trasciende a las relaciones privadas que se desarrollan entre sus miembros. Se hace, por tanto, inevitable la existencia de relaciones de colaboración y continuidad entre las familias, las sociedades y los Estados¹⁷.

La constatación de la dificultad, e incluso la imposibilidad, de poder sustituir aquellas importantes funciones por otra institución o actuación se ha puesto de manifiesto en normativas nacionales e internacionales que recogen en sus articulados disposiciones relativas a la protección de la familia. Sirvan como ejemplo, la

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 "El tiempo de los derechos". CSD2008-00007 y en el Proyecto "La construcción de una nueva paternidad: el desbordamiento de la biología por el derecho y por las relaciones socio-afectivas" (REF: DER2011-29379).

¹⁷ A propósito, decía Rousseau que la familia es "la pequeña patria por la que el corazón se une a la grande" ROUSSEAU, J. J., *Emilio o De la educación*, trad. de M. Armiño, Alianza, Madrid, 1990, p. 491.

Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo artículo 16.3 se señala que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". Por su parte, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, afirma en su apartado 1 que "se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo"¹⁸. La Constitución española en su artículo 39 señala que "los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia", así como la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.

No parece discutible que la familia sea un elemento fundamental de la sociedad, sin embargo lo que no puede afirmarse con tal rotundidad es que la familia sea solo un fenómeno natural. Efectivamente, las formas de uniones afectivas y de parentesco son muy diversas, la gente se ama, vive en común por distintos motivos e intereses, acoge a personas, tiene hijos, pero no todas las posibles uniones son consideradas como familias. El papel de la moral, los usos sociales y el derecho son fundamentales a la hora de construir un concepto de familia que difiere de unas culturas a otras. Si las leyes, los usos, la religión y la moral resultan factores determinantes en el modo de funcionamiento de las familias, y de sus miembros dentro de ella, es porque el ámbito en que se desenvuelve la vida familiar no pertenece en exclusiva a la esfera privada. Por lo que al derecho se refiere, siendo este un mecanismo de cohesión social, y la familia una institución que contribuye al mismo fin, ha estado siempre presente en la familia, desde su propia constitución, decidiendo que es o que no es familia, denominando a ciertas relaciones entre personas como familias y a otras no, atribuyendo efectos jurídicos a ciertos actos de desenvolvimiento de la vida familiar y no a otros, regulando cuando pueden o no disolverse las familias, e incluso adoptando medidas jurídicas tras su disolución.

¹⁸ Se recoge también la libertad de consentimiento de los futuros cónyuges. En el apartado 2 se aborda la protección a las madres durante el embarazo y después del parto. En el apartado 3 el deber de adoptar medidas de protección y asistencia en favor de los niños y adolescentes, sin discriminación por razones de filiación. Por su parte, en el artículo 11 se reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia.

El que los poderes públicos se preocupen y ocupen de las familias es una lógica consecuencia de la importancia de las funciones que las familias ejercen en la sociedad. Si hay algo común en todo el mundo, y en todas las épocas, es el reconocimiento de la importancia de las familias y las funciones que desempeñan. La familia es un sistema social universal y, como se ha dicho, un elemento clave en las estrategias de reproducción, no solo biológica, sino económica, social y cultural y un elemento imprescindible en la formación de nuevos ciudadanos¹⁹. En cualquier caso, la familia es fundamental para la reproducción de la sociedad y contribuye decisivamente a determinar las elecciones en cuanto a la forma de vida de ciudadanos y ciudadanas. Ahora bien, el ser un elemento clave en la sociedad y su reconocimiento como tal, no significa que lo que reproduce la familia sea siempre lo más conveniente para sus integrantes y para el conjunto de la sociedad. La familia reproduce lo que contiene y, en este sentido, puede significar amor, cuidado, solidaridad, igualdad, espacio de libertad, pero también puede ser lugar apto para la desatención, la desigualdad, el abuso o la violencia²⁰. Conocedor de esta realidad, Stuart Mill abogaba por unas relaciones familiares entre personas libres e iguales que permitieran transmitir estos valores a quienes en ellas desarrollen su vida²¹.

Por otro lado, si bien la familia es un fenómeno universal, no hay un modelo universal de familia. Desde el punto de vista estructural, lo más característico de la familia es su diversidad. La familia es una forma de vida en común, entre personas unidas por lazos de parentesco y afectivos, que se desarrolla en un ámbito cultural, económico, moral y religioso al que no puede permanecer ajena. Por eso, la familia es un fenómeno histórico y su historia es la de un cambio constante. La familia es un devenir sujeto a continuas transformaciones. Su historia varía al mismo tiempo que lo hace la sociedad en que se inserta. Es un elemento activo de la sociedad que no permanece estacionaria, sino que evoluciona con ella. La lógica consecuencia de que la familia sea una realidad social de enorme vitalidad es la pluralidad de formas de uniones familiares. En este proceso de cambio continuo, aún no podemos hablar de nuevos

¹⁹ Cfr. BOURDIEU, P., *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*, trad. de Th. Kauf, Anagrama, Barcelona, 2007, p. 133.

²⁰ Cfr. NUSSBAUM, M. C., *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, trad. de R. Bernet, Herder, Barcelona, 2002, pp. 322-323.

²¹ Cfr. MILL, J. S., "La dominación de la mujer", en ID., *Sobre la libertad y otros escritos*, trad. de J. Abellán, M. C. C. de Iturbe y D. Negro Pavón, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pp. 171-181, 190.

modelos familiares concluidos. Butler señala que las formas familiares son "formas sociales viables" y que pueden ser "útilmente desafiadas"²². La familia es una realidad social sometida a revisión continua. La adaptación de la familia a las transformaciones sociales está de forma permanente en curso, por eso hay quien señala que la familia "venidera" probablemente tendrá que "reinventarse" una vez más²³.

Diversas transformaciones económicas, políticas, sociales, religiosas, morales y culturales han contribuido a modificar el desenvolvimiento de la vida familiar y a pluralizar los modelos de familias. Entre ellas, podemos señalar como significativas, la modificación de las condiciones económicas marcadas por el paso de la producción al consumo; las transformaciones de un mercado laboral más flexible; la mayor movilidad geográfica y social; el creciente aislamiento en las condiciones actuales de la vida urbana; la disminución de presiones económicas, morales, sociales y jurídicas para contraer o disolver el matrimonio; la secularización de la vida; la libertad sexual despojada de antiguos condicionantes morales; los avances tecnológicos en materia biológica y médica; la cultura democrática y sus técnicas de diálogo y argumentación insertadas en el ámbito familiar; el papel central del amor en el establecimiento y mantenimiento de la unión familiar; la pluralización y los procesos de individualización en las formas de vida; el reconocimiento y garantía de la igualdad entre los sexos; un mundo globalizado que relativiza las fronteras y que hace del multiculturalismo una de las características más propias de nuestras actuales condiciones de vida.

2. ADAPTACIÓN DE LOS MODELOS DE PROTECCIÓN A LAS NECESIDADES QUE LAS FAMILIAS GENERAN

Nuevas circunstancias, como las que se han señalado, han diversificado formas de desarrollo personal, que se canalizan en una gran variedad de realidades familiares, cada vez más complejas. En la diversidad hay que encontrar los rasgos comunes que identifican distintas realidades de convivencia como familias. No ya en su estructura y composición, sino en sus funciones. La familia ha ido cambiando, redefiniéndose tanto desde el punto de vista interno como en sus relaciones hacia el exterior, como un reflejo

²² BUTLER, J., *Des hacer el género*, trad. de P. Soley-Beltrán, Paidós, Barcelona, 2008, p. 165

²³ ROUDINESCO, E., *La familia en desorden*, trad. de O. L. Molina, Anagrama, Barcelona, 2004, p. 217.

de los cambios sociales, de la pluralización de las formas de vida y en relación a las propias demandas que genera. Hay una nueva cultura familiar que se plasma en diversas alternativas familiares más iguales, más libres y más plurales.

A la familia, escenario prioritario de la vida privada, se le han trasladado estructuras y formas de funcionamiento propias de la esfera pública: igualdad, respeto de los derechos individuales, respeto mutuo, negociación y consenso en la toma de decisiones y ausencia de violencia. Las familias jerarquizadas van dando paso a las regidas por criterios de igualdad; las familias constituidas formalmente, a las familias de hecho; las relaciones a perpetuidad, a relaciones temporales; las familias de necesaria diversidad sexual, a las familias entre personas del mismo sexo; las familias depositaria de poderes, a las familias cuyos miembros ejercen funciones, poderes y derechos. Familias, en definitiva, no jerarquizadas, estructuradas horizontalmente y en las que puede no estar presente la diferencia sexual como principio básico, o al menos único, de su organización. Ya no se trata tanto de familias patriarcales como de familias coparentales, biparentales, multiparentales, pluriparentales, homoparentales o monoparentales. Dentro de un ámbito de libertad e igualdad garantizado, y de la pluralidad de opciones de vida que lleva aparejado el reconocimiento de derechos, se ha de aceptar la diversidad como forma de pensar las familias en el siglo XXI.

No obstante tal diversidad, la institución familiar sigue siendo necesaria e insustituible para el bienestar de la sociedad porque proporciona formas de solidaridad, funciones afectivas y emocionales que no son suplidas en ningún otro ámbito o institución social. Se le sigue reconociendo como una institución fundamental en la protección y desarrollo integral de los individuos, un ámbito de solidaridad, ayuda mutua y colaboración recíproca, de protección y satisfacción de necesidades de aquellos que no pueden mantener una existencia autónoma. Por eso, pese a los cambios en las formas de vida, la institución se pluraliza y sobrevive, los vínculos familiares se renuevan y refuerzan constantemente, se unen al margen de intereses y convenciones. Las familias han asumido el reto constante de adaptarse a las diferentes circunstancias en que se desenvuelve su vida. Y la sociedad debe ser capaz de integrar a las diversas familias.

Partiendo de estos presupuestos, el establecimiento de medidas de protección a las familias se complica extraordinariamente, siendo precisa una atención continua a los

cambios que en las mismas se producen. Ha habido una tendencia a representar en el diseño de las políticas públicas modelos universales que casi siempre representan, no lo universal, sino lo mayoritario, mientras las diferencias quedan relegadas al ámbito de lo privado. Sin embargo, la valoración política y jurídica de las diferencias, en el desarrollo del pluralismo democrático, exige promover la igualdad de lo diferente, pero permitiendo afirmar sus diferencias y, para ello, atender a sus necesidades específicas, permitiendo así la igual participación e inclusión en la vida social de todas las personas. Teniendo en cuenta la diversidad que caracteriza la vida familiar, este aspecto es determinante en la efectividad de los derechos de quienes integramos las familias

Es precisamente, uno de los valores más reconocidos de la familia su papel como impulsora de solidaridad entre sus miembros, intentando responder con gran rapidez a las necesidades de sus integrantes, a través de instrumentos de apoyo a los mismos. Pero, si bien satisface necesidades, es también generadora de las mismas. Unas necesidades que, cada vez menos, puede atender en exclusiva y, por ello, demanda una respuesta institucional y social o, lo que es lo mismo, hay nuevos escenarios de necesidades, retos y conflictos en el ámbito familiar que no pueden relegarse al ámbito exclusivamente personal. Estas necesidades están directamente relacionadas con los problemas cotidianos a los que se enfrentan. Problemas que varían según la parte del mundo en que nos situemos. En los países en desarrollo son los problemas ligados a la pobreza los más acuciantes, en un mundo globalizado no debemos permanecer ajenos a ellos y la inmigración de partes o familias enteras nos permite arbitrar soluciones conjuntas. Algunas otras necesidades están más ligadas a nuestras propias condiciones de vida. Sirvan como ejemplo la reducción del tamaño de los hogares, el alejamiento de las redes de parentesco y sociales, la reducción del número de matrimonios, el aumento de las separaciones y divorcios, la aparición de los hogares homoparentales, el incremento de los monoparentales, el aumento de los hijos extramatrimoniales, el alejamiento y reagrupamiento familiar, el cambio de distribución de roles sexuales, el retraso en la formación de familias, la pluriparentalidad, el incremento de los costes económicos en la crianza y educación de los hijos o la realización efectiva del principio de igualdad sexual. La problemática que surge en cada una de estas situaciones es muy diversa pero es nuestra realidad cotidiana. Solo abordándola, procurando fortalecer la capacidad de las familias para atender a sus necesidades, podremos contribuir al bienestar de las personas que la integran y, con ello, al bienestar social.

Cada modelo familiar lleva aparejado ciertos riesgos, que implican afrontar los retos a los que se enfrentan sus protagonistas, en sus propias condiciones de vida y su diferente forma de organizar la vida familiar. Escribe Bourdieu que, actualmente, la "precariedad" está en todas partes²⁴. A dichas palabras no permanece ajena la familia. El futuro de las relaciones familiares puede resultar impredecible y se dice que es preciso aceptar como normal la "fragilidad" familiar²⁵. Entre otras cosas, son necesarios nuevos paradigmas de estabilidad familiar. Será preciso el esfuerzo de toda la sociedad para que, las nuevas condiciones en las que se desarrolla la vida familiar, no supongan el abandono de las familias, ni por parte de las mujeres, ni de los hombres, ni de las instituciones. Las familias tienen la fuerza necesaria para convertirse en un asunto público de primera magnitud. Lo público debe ponerse al servicio de las familias o, mejor aún, al servicio de los integrantes de las familias.

Sin embargo las políticas familiares no se han adaptado totalmente a las nuevas necesidades de las circunstancias actuales en que se desarrolla la vida familiar. En este sentido, son lógicas las distintas preocupaciones que se plantean en torno a la familia. La libertad y la igualdad de los individuos para elegir el modelo familiar que mejor se adecúe al desarrollo de su personalidad es fundamental, pero hay que ser conscientes de que aún algunas personas sufren discriminación por su pertenencia a determinadas estructuras familiares, o la imposibilidad de organizarse y ser reconocidas como familias las uniones de algunas personas. Es conocida también la incidencia del mercado de trabajo, la eficacia relativa de las medidas de protección a la maternidad y paternidad, los problemas de la vivienda, del paro y de la precariedad del empleo juvenil, la escasez de servicios públicos para atender a menores y dependientes, en los bajos índices de natalidad y las consecuencias que eso puede tener para el futuro equilibrio demográfico. No menos relevante resulta el efecto de pérdida económica y afectiva en las familias separadas o divorciadas y en un creciente número de familias con un sólo progenitor a su cargo, mayoritariamente mujeres, con muchas dificultades para hacer frente a sus responsabilidades en el cuidado y atención de las necesidades de los integrantes de las mismas.

²⁴ BOURDIEU, P., *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, trad. de J. Jordá, Anagrama, Barcelona, 1990, p. 120.

²⁵ BECK-GERNSHEIM, E., *La reinención de la familia. En búsqueda de nuevas formas de convivencia*, trad. de P. Madrigal, Paidós, Barcelona, 2003, p. 40.

Mientras no se aborden todas estas cuestiones referidas a las necesidades específicas que generan las familias, seguirán sin resolverse importantes problemas presentes y, sobre todo, futuros, como la baja tasa de natalidad y el envejecimiento de la población, o los efectos del divorcio en unas sociedades en que crece la monoparentalidad con los consiguientes riesgos de exclusión social y de pobreza, o la atención a la dependencia derivado de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo o las desigualdades que se pueden producir de los hijos como consecuencia de la elección de un determinado modelo familiar, que corresponde a sus padres, o la propia libertad de elección en la constitución de una familia.

3. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y LOS DERECHOS DE SUS INTEGRANTES

Supuesta la importancia de las funciones que la familia desempeña y la no posible sustitución de las mismas por ninguna otra institución, el objetivo de las políticas públicas familiares no es otra que dotar a las familias de recursos que les permitan seguir cumpliendo sus funciones de mejorar la calidad de vida y bienestar en la sociedad, a través del cuidado, protección y apoyo de sus integrantes.

Contribuir al bienestar familiar es uno de los aspectos centrales que permite promover riqueza, estabilidad, orden, competitividad, en definitiva bienestar personal y social²⁶. Pero, la familia no es una entidad orgánica, un sujeto social y político con derecho propio, ni una institución en que sus miembros pierdan la individualidad y la oportunidad de desarrollo personal. Representa un conjunto de personas unidas por lazos afectivos y jurídicos en cuyo seno se distribuyen recursos, oportunidades y derechos. Cada uno de los miembros de la familia es un sujeto de derecho y de derechos cuyo ejercicio y protección han de estar amparados por el Estado, según las circunstancias específicas en las que se produce su desarrollo vital. La familia está compuesta por personas y estas han de ser el centro del interés de la intervención pública sobre la familia.

²⁶ Cfr. SANZ CABALLERO, S., *La familia en perspectiva internacional y europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 22. Ver también FLAQUER, L., *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*, Colección de Estudios Sociales, n.º 3, Fundación “la Caixa”, Barcelona, 2000.

No cabe duda de que la familia tiene un importante papel en el desarrollo personal de sus integrantes, en tanto en cuanto se considera un lugar adecuado y necesario para la educación, la salud, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto y la dignidad del ser humano. Es, precisamente, por la influencia que ejerce en la formación de las personas, al favorecer las condiciones de vida y el ejercicio y garantía de sus derechos, por lo que la familia merece la atención y protección de los poderes públicos. Los derechos de los ciudadanos deben protegerse en cualquier contexto y la familia es uno de los contextos fundamentales en aras a aquella defensa. La libertad, la diversidad, la igualdad, el pluralismo, la convivencia negociada son valores que forman parte de una nueva cultura que no puede detenerse en el umbral de las familias²⁷. En este sentido, las políticas que se lleven a cabo en relación a las familias, han de tener presente que son las personas las últimas destinatarias de la acción pública, y no se ha de prescindir de las coordenadas en que se actúa: libertad, autonomía, pluralismo, solidaridad y responsabilidad.

Si la familia se considera merecedora de protección es porque atiende a necesidades de las personas y ella es un instrumento adecuado para mejorar la integración, la educación, la salud, la distribución de renta y riqueza de forma más equitativa, para apoyar una red de solidaridad básica, para contribuir a mitigar la pobreza y, en definitiva, para construir una sociedad más justa. Políticas de natalidad, educación, empleo, vivienda, fiscalidad, equilibrio entre trabajo y responsabilidades familiares, eliminación de la violencia doméstica o atención a las situaciones de pobreza son, en muchas ocasiones, producto de una acción normativa que atiende a las demandas de las familias y que no debe perder la perspectiva de quienes son los sujetos individuales que precisan de protección.

En un contexto de reconocimiento de derechos, de libertad e igualdad, las medidas normativas, sea cual sea su ámbito de actuación, han de ir encaminadas a impulsar y afianzar los derechos de las personas, como la libertad de hombres y mujeres para establecer relaciones de pareja y permanecer en ellas, para contraer matrimonio o elegir otras formas de familia acordes con sus proyectos personales o establecer medidas ante la contingencia de las separaciones que aseguren el mantenimiento del

²⁷ Cfr. GIDDENS, A., *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, trad. de P. Cifuentes, Taurus, Madrid, 1999, pp. 108-109.

nivel de vida de los dependientes y sus derechos. Medidas relativas al trabajo, los impuestos, la vivienda, el mercado o la seguridad social son de gran trascendencia para lograr una mejor distribución de la riqueza y prevenir riesgos de exclusión social, que también redundan en los derechos de las personas. Al mismo fin se pueden encaminar las políticas en salud, educativas, culturales y de acceso al ocio. En todo el ámbito de actuación de los poderes públicos, se han de tener muy especialmente en cuenta los riesgos en que se ven inmersas las personas dependientes dentro de las familias. No se debe olvidar la trascendencia de una adecuada protección de las familias en orden a salvaguardar los derechos de aquellas personas que se encuentran en una posición más vulnerable y, por tanto, de mayor necesidad: las mujeres, cuya igualdad sigue sin ser una realidad efectiva, los menores, que son una responsabilidad ineludible para los padres, pero también para los poderes públicos, y todas aquellas personas que no pueden tener una existencia con total autonomía. No se puede hablar de libertad, ni de igualdad, en las familias con situaciones de violencia porque si la familia puede significar cuidado, también desatención y violencia.

En definitiva, las políticas públicas familiares son fundamentales en aras a hacer efectivos los derechos fundamentales de sus integrantes. El respeto y la efectividad de algunos derechos dependen de cómo se aborden públicamente las cuestiones familiares. Sus retos son garantizar la libertad, el pluralismo y la plena igualdad en las relaciones familiares y responder a las necesidades que, en las condiciones de vida actuales, generan las familias y que producen efectos negativos en los derechos de sus miembros. Para ello se han de tener en cuenta los cambios estructurales que se han producido en las familias y la trascendencia de unas funciones que, pese a aquellos cambios, permanecen.

**ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL
DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR**

EL SUPUESTO POLIVALENTE DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

ÁNGELES SOLANES CORELLA
ENCARNACIÓN LA SPINA

*Institut Universitari de Drets Humans
Universitat de València*

1. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO A LA VIDA EN FAMILIA Y LA REAGRUPACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA HACERLO EFECTIVO

La concepción postmoderna de la familia, por lo que a la vida en común se refiere, se encuentra inmersa en un profundo proceso de cambio, tanto en el plano de los comportamientos afectivos como en el de los modelos ideales de vida familiar. Desde este segundo punto de vista, se ha pasado de una familia tradicional a un modelo ideal menos perfilado²⁸ que claramente apela a nuevas estrategias de protección jurídica.

Trasladando esta necesidad al ámbito de la inmigración es posible advertir cómo la reagrupación familiar en cuanto recurso de entrada legal reviste un especial interés a la hora de reordenar y reacomodar, desde el marco normativo de la extranjería y las políticas públicas, a las familias migrantes²⁹. De hecho, en línea de tendencia se observa como en esta posible vía de control ordinario la familia migrante debe renunciar a la decisión de cuáles son sus miembros o a cualquier tipo de preferencia familiar en la esfera privada.

En este contexto, requieren especial atención los contornos de las familias objeto de la reagrupación familiar atendiendo a los condicionantes subjetivos y materiales que

²⁸ Vid. MEIL, G., *La postmodernización de la familia española*, Acento, Madrid, 1999, esp. p. 2.

²⁹ Instrucción DGI/SGRJ/8/2011 de aplicación del Reglamento de la ley orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en materia de informes sobre esfuerzo de integración disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/modules.php?name=News&file=article&sid=1939> cabrá el informe de integración únicamente para valorar entre otras autorizaciones la renovación de la autorización residencia temporal por reagrupación familiar: recursos económicos para atender a las necesidades de la familias y la disponibilidad de una vivienda adecuada (art. 61.7 Reglamento).

definen a los sujetos como elegibles. Lo que se pretende plantear en última instancia, desde una dimensión de *lege ferenda*, son posibles estrategias de protección jurídica de la familia migrante que englobe la esfera familiar presente y la ausente, o más en concreto las llamadas tres familias del inmigrante.

Desde la dimensión internacional, distintos instrumentos se han ocupado de enfatizar la importancia del derecho a la vida en familia, así en síntesis como muestra de la relevancia de este derecho puede destacarse a título ilustrativo:

1-. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), cuyo artículo 8 es fundamental al reconocer a toda persona el derecho a que se respete su vida privada y familiar. Este precepto ha sido ampliamente completado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁰.

2-. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que tras asegurar en su artículo 12 que nadie será objeto de injerencias, entre otras, en su vida privada y su familia, señala en su artículo 16.3 que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

3-. Otros tratados internacionales de especial relevancia en el reconocimiento y garantía de derechos humanos y fundamentales, se ocupan del reconocimiento del derecho a la vida en familia, en la línea iniciada por la DUDH. Así, el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), así como el 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), insisten, en el mismo sentido, en la importancia de conceder a la familia “la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”.

³⁰Vid. Sentencia TEDH de 28 de noviembre de 1996 Ahmut/ Países Bajos (Recueil des arrêts et décisions 1996-VI apartados 63 y 67). Sentencia del TEDH de 28 de mayo de 1985, Abdulaziz, Cabaes y Balkandali/ Reino Unido (Series A n.º 94) Ahmut c. Pays bas du 28 novembre 1996, recueil des arrêts et décisions, 63. STEDH Sen/Países Bajos de 21 de diciembre de 2001, n.º 31465796. STEDH 1 de diciembre de 2005 asunto Tuquabo-Tekle c. Países Bajos.

4-. Otros textos promovidos por Naciones Unidas, enfatizan la relevancia de la reagrupación familiar. Así, por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989) recoge en su artículo 10.1 en el caso de los menores que la solicitud del derecho a la reunificación familiar sea atendida de modo positivo, humanitario y expeditivo; por su parte, el Convenio Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias (1990) se ocupa en su artículo 44 de reconocer el derecho a la reagrupación familiar, si bien no puede dejar de señalarse que, de momento, la relevancia de este último convenio es relativa en el ámbito de la Unión Europea puesto que ninguno de sus Estados, tampoco España, lo han ratificado aunque entró en vigor en julio de 2003.

5-. La Carta Social Europea (1961 y su versión revisada de 1999), en el ámbito del Consejo de Europa, en su artículo 16 al ocuparse de las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, entendiendo esta como un pilar central de la sociedad. Más adelante el artículo 19.6 establece expresamente el compromiso de “facilitar la reagrupación de los trabajadores extranjeros a los que se les permite establecerse en el territorio del Estado parte”. Desde una perspectiva semejante, el Convenio relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante reconoce en su artículo 12.1 el derecho a la reagrupación familiar.

6-. Más recientemente, junto a labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³¹, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 7 estableció el respeto a la vida privada y familiar señalando que es atribuible a toda persona, junto con la garantía de la privacidad de su domicilio y de sus comunicaciones.

³¹ Vid. la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el derecho a la vida familiar en la Unión: sentencia TJUE 18 de mayo de 1989, Comisión-República Federal de Alemania, (C-249/86), pp. 9, 10 y 11; sentencia TJUE de 27 de octubre de 1982, Morson, (C-35/82), p. 18; sentencia TJUE de 7 de julio de 1992, Singh, (C-370/90), p. 20; sentencia TJUE de 11 de julio de 2002, Carpenter (C-60/00, Rec. P. I- 6279), pp. 38 y 42; sentencia TJUE de 11 de abril de 2000, Arben Kaba, (C-466/00), p. 25; sentencia TJUE asunto Akrich C-109/01 de 23 septiembre 2003, pp. 55, 56, 58, 59 y 60; sentencia TJUE 11 de septiembre de 2002 Baumbast (C-413/99), pp. 71-75, sentencia TJUE de 25 de julio de 2002, Mrax (C-459/99), p. 53; sentencia TJUE de 2 de octubre de 2003, García Avello, (C-148/02), p. 21; sentencia TJUE de 19 de octubre de 2004, Chen, (C-200/02), p. 45; sentencia TJUE de 17 de abril de 1997, Kadiman, (C-351/95), p. 54 y sentencia TJUE de 30 de septiembre de 1987, Demirel, (C-12/86), p. 28 y sentencia TJUE de 8 de marzo de 2011 Zambrano, (C-34/09).

Si partimos de un plano descriptivo no es posible afirmar que las actuales políticas de inmigración en el ámbito europeo tiendan a facilitar los procesos de reagrupación familiar, sino más bien lo contrario. En un contexto migratorio, la familia representa un supuesto polivalente cuando no problemático ante el que es necesario establecer limitaciones, restricciones y condicionantes significativos para contener la llegada, la permanencia, la integración y reunión de los migrantes y sus familiares. Así, se plasma en el nivel europeo con instrumentos como la Directiva 2003/86/CE³² que aportan un “mínimo común denominador” de indicaciones precisas y dirigidas a la revisión cuestionada de la unidad familiar y su mantenimiento desde parámetros de amplitud o contención sobre el círculo o esfera familiar. En la base de esta discrepancia europea se encuentra el impacto cuantitativo que la reagrupación ha supuesto en la década de los noventa, en la que la migración familiar llegó a representar más del 50% del total de la inmigración legal en los Estados miembros. En la actualidad ese porcentaje supone alrededor de un tercio de toda la inmigración a la Unión Europea, con un evidente decrecimiento parejo al de las entradas por motivos laborales³³. Asimismo, los Estados, entre ellos por ejemplo España, han trasladado a nivel interno dichas limitaciones tal como ha ocurrido con la Ley Orgánica 2/2009³⁴.

2. LAS LIMITACIONES A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Los condicionantes subjetivos presentes en la normativa de extranjería española consideran como extranjero reagrupante, de modo directo y exclusivo, a los extranjeros

³² PASCOU, Y., *Conditions for family reunification under strain. A comparative study in nine EU member states*, European Policy Centre, Bruselas, 2011, p. 43. Directiva 2003/86/CE de 22 de septiembre de 2003. DOUE L 251/12 3.10.2003. Libro verde 15.11.2011 COM (2011) 735 final sobre el derecho a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países que residen en la Unión Europea (Directiva 2003/86/CE). LA SPINA, E., *Familias transnacionales, sociedades multiculturales e integración : España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 430 y ss.

³³ COM (2011) 735 final, de 15 de noviembre de 2011, Libro verde sobre el derecho a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países que residen en la Unión Europea (Directiva 2003/86/CE).

³⁴ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE n.º 10, 12/01/2000) modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE n.º 307 de 23/12/2000), Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre (BOE n.º 234 de 30 de septiembre de 2003) y la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (BOE n.º 279 de 21 de noviembre de 2003). Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre de 2009 (BOE n.º 299 de 12 de diciembre de 2009), en adelante LODYLE. Reglamento de desarrollo aprobado por RD 557/2011, de 20 de abril (BOE de 30 de abril de 2011).

titulares de la carta de residencia, es decir, en situación de regularidad cualificada³⁵, esto es aquellos que se encuentran en una determinada situación administrativa. Por tanto, niega a priori, la posibilidad del disfrute de la vida familiar no solo a los extranjeros irregulares que están excluidos de buena parte de los derechos, sino también a los extranjeros con permisos de corta duración, es decir, inferiores a un año y que no tengan solicitada la autorización para residir por al menos otro año más³⁶.

Una ulterior precisión a propósito del reagrupante se fija en la última reforma de la ley. Se establece un diferencial de tiempos para reagrupar en el caso del ascendiente reagrupado y otros familiares que requieren la tenencia de una autorización de residencia de larga duración para el residente reagrupante. Por otra parte, se añaden dos excepciones al plazo temporal fijado en el caso de los residentes de larga duración de la Unión Europea y los investigadores altamente cualificados. Sin embargo, no ha experimentado ninguna modificación la exclusión de los estudiantes a efectos de reagrupación familiar³⁷.

Como contraparte, los familiares objeto de reagrupación, los denominados reagrupados, tienen la calidad de meros beneficiarios o sujetos “pacientes-no pasivos” del derecho a la vida familiar. De hecho, puede sostenerse que existe una definición claramente restrictiva de los beneficiarios de la reagrupación familiar y los derechos

³⁵ Art. 18. 1 Ley orgánica 2/2009 de 11 de diciembre de reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social “podrán ejercer el derecho a la reagrupación con sus familiares en España cuando hayan obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial, con excepción de los familiares del artículo 17.1 d) de esta ley, que solo podrán ser reagrupados a partir del momento en que el reagrupante adquiera la residencia de larga duración”. Vid. SOLANES CORELLA, A., “¿Cómo gestionar los flujos migratorios para potenciar la inmigración legal? Un análisis jurídico desde España”, *Migraciones internacionales*, vol. 4, n.º 4, 2008, pp. 136-172.

³⁶ MARÍN CONSARNAU, D. “Las autorizaciones de residencia por motivos familiares: la residencia temporal por reagrupación familiar y la residencia del hijo del residente”, en BOZA MARTINES, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España (Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la ley 12/2009)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 262-286; y DIAGO DIAGO, M. P. “La reagrupación familiar de descendientes, personas sujetas a representación legal y de la “pareja de hecho” en la enésima modificación de la Ley 4/2000”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 2011, n.º 26, pp. 18-22.

³⁷ ABARCA JUNCO, A.P. y VARGAS GÓMEZ URRUTIA, M., “Artículo 17. Familiares reagrupables”, en ESPLUGUES MOTA, C., *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 447-492.

derivados de la misma³⁸, por varias razones:

1. En primer lugar, se mantiene el principio de que los familiares de los que pretenden reagruparse se encuentren fuera del territorio del Estado miembro, salvo excepciones previstas por los Estados.

2. En segundo lugar, aunque se prevé la posibilidad de reagrupar a los descendientes, se limita a los hijos menores de edad ya que los mayores de edad solo podrán serlo por motivos de salud.

Si se incorporan algunas de las máximas comunitarias³⁹ al concepto de familia objeto de reagrupación familiar presentada por la normativa de extranjería española, se aprecian diferentes particularidades:

1-. En cuanto al perfil conyugal, se exige la no separación de hecho y de derecho para admitir la posibilidad de reagrupación. Asimismo se dirime con rigidez lo relativo a la disolución del matrimonio en el caso de segundas o posteriores nupcias, exigiendo que se hayan fijado los derechos económicos del cónyuge de buena fe, de los mayores dependientes y de los hijos comunes, así como la indemnización. Todo ello sin perjuicio del atento régimen de cautelas en torno a la prohibición de matrimonios poligámicos y en fraude de ley⁴⁰. Sobre la inclusión de la persona que mantenga con el extranjero

³⁸ Los artículos 13, 14 y 15 de la Directiva 2003/86/CE establecen un mínimo necesario y condicionado que parte de un permiso de residencia de un año renovable, el acceso a la educación, a un empleo y la formación profesional y un permiso de residencia autónomo a los cinco años.

³⁹ Así, el artículo 4.4. párrafo segundo de la Directiva 2003/86/CE puntualiza: “no obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, los Estados miembros podrán limitar la reagrupación familiar de los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante.” PASCOUAU, Y., *Conditions for family reunification under strain. A comparative study in nine EU member states*, cit., p. 24. El 4.1 de la misma directiva fija como familiares reagrupables los miembros de la familia nuclear. Nótese el tratamiento jurídico de las parejas de hecho en la Directiva 2004/38CE y en la Directiva 2003/86/CE. El artículo 4.5 de la directiva : “Con objeto de garantizar un mayor grado de integración y de evitar los matrimonios forzados, los Estados miembros podrán exigir que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima, sin que esta exceda los 21 años, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante”. Según el artículo 16.1 de la directiva *sensu contrario* “El Estado puede denegar una solicitud cuando un reagrupante y el miembro o miembros de su familia no hagan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar efectiva”.

⁴⁰ ABARCA JUNCO, A. P. y VARGAS GÓMEZ URRUTIA, M., “Artículo 17. Familiares reagrupables”, en ESPLUGUES MOTA, C., *Comentarios a la Ley de Extranjería*, cit., pp. 447-492; SOLANES CORELLA, A. “Perspectiva jurídica sobre el régimen de reagrupación familiar”, en CABEZA PEREIRO, J. y MENDOZA NAVAS, N. (coord.), *Tratamiento Jurídico de la inmigración*, Bomarzo, Albacete, 2008, pp. 217- 251.

residente una relación de afectividad análoga a la conyugal hay una equiparación respecto al cónyuge a todos los efectos⁴¹ siempre que se cumplan determinadas exigencias legales. Así, es necesario que dicha relación se encuentre inscrita en un registro público establecido a dichos efectos y que no se haya cancelado dicha inscripción. O bien, la acreditación de una relación no registrada, constituida con carácter previo al inicio de la residencia del reagrupante en España. Solo en este supuesto, es posible la utilización de cualquier medio de prueba admitido en Derecho, aunque son prevalentes los documentos públicos⁴².

2-. Un segundo aspecto de la configuración familiar nuclear es la falsa amplitud de la categoría de hijos pese a la admisión como familiar reagrupable de los hijos no casados a cargo del reagrupante o de su cónyuge o situación de afectividad análoga, incluso nacidos fuera del matrimonio o de una unión de hecho registrada o no. La normativa solo se refiere a los hijos menores de edad, excluyendo a los mayores de edad pese a ser dependientes y no ampliando la franja de edad hasta los 21 años como sí se admite con los hijos de familiares comunitarios. Aunque estos hijos pueden haber nacido de la unión con el cónyuge con quien se pretende reagrupar así como de sus anteriores o sucesivos matrimonios, siempre que cumplan ciertos requisitos adicionales. Es especialmente reseñable el hecho de que se exige un requisito de carácter puramente material, como es que tales hijos estén efectivamente a cargo del reagrupante⁴³ y otro más controvertido como la prueba del vínculo de parentesco y de edad, implícitamente incluso por medio de las pruebas de ADN⁴⁴.

⁴¹ Vid. art. 17.4 Ley orgánica 2/2009 de 11 de diciembre de reforma de la Ley orgánica 4/2000 (BOE n.º 299 de 12 de diciembre de 2009) que ha entrado en vigor el 13 de diciembre y lo dispuesto en el RD 557/2011 de 20 de abril (BOE n.º 103 de 30 de abril 2011) SOLANES CORELLA, A., “Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 90, 2010, pp. 77-101.

⁴² Así, ha quedado probado en el caso de la reagrupación de la pareja de hecho de ciudadanos comunitarios en la Instrucción de la DGI/SGRJ/03/2007. Sin embargo, al respecto, dos recientes decisiones jurisprudenciales: la Sentencia 00325/2008 del Juzgado de lo Contencioso administrativo n.º 3 de Pontevedra y la Sentencia n.º 476/2008 del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso-administrativo de Burgos argumentan que “la falta de conexión entre los registros públicos no es algo que pueda imputarse al ciudadano y que deba redundar en su perjuicio”.

⁴³ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*, Fundación CIDOB, n.º 8, Barcelona, 2006, pp. 1-122, esp. p. 28.

⁴⁴ LA SPINA, E., “DNA testing for Family Reunification in Europe. An exceptional Resource?”. *Revista Migraciones internacionales*, vol. 22, 6, n.º 3, 2012, pp. 39-74.

En todo caso, la fijación de la edad máxima y la soltería no bastan para determinar que el hijo pueda ser beneficiario de la reagrupación familiar, pues es preciso acreditar el vínculo de parentesco. Además para la renovación de la autorización de residencia por reagrupación familiar, el artículo 61.3 del mencionado RD 557/2011 de 20 de abril, exige acreditar la escolarización obligatoria durante su permanencia en España. Una vez comprobada la relación de dependencia, el precepto distingue si el ejercicio de la patria potestad es en solitario o si es compartido por los progenitores. La respuesta dada es diferente, ya que en caso de ejercicio de la patria potestad en solitario o exclusiva, esta será causa suficiente para hacer posible la reagrupación, mientras que si la patria potestad es compartida, en este caso a quien pretenda reagrupar el menor debe habersele otorgado y obtenido legítimamente la custodia del mismo.

Otro supuesto distinto es el de los hijos adoptivos para quienes en España se establece el requisito singular de acreditar adicionalmente que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir sus efectos.

3-. La normativa también contempla la reagrupación de los representados legalmente por el reagrupante. Para ello es imprescindible que estos sean menores de dieciocho años en el momento de la solicitud de la autorización de residencia a su favor, o tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. Además de demostrar la representación, se exige que el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español. Este supuesto, en puridad, responde a una lógica más bien asistencial, dada la especial situación de dependencia derivada de las delicadas condiciones de salud del hijo y menos por el vínculo de parentesco propiamente.

4-. Por último, cerrando el círculo familiar, se menciona a los ascendientes. Es decir, una vez superada la frontera de la familia nuclear, la articulación legal se rige por una cuestión de dependencia y de parentesco que genera una auténtica situación de naufragio de los abuelas/os o suegras/os en la normativa de extranjería.

Sobre el alcance de la relación de dependencia, se dispone que se entenderá que los familiares están a cargo del reagrupante cuando acredite que durante al menos un

año de residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que infiere una dependencia económica efectiva: al menos el 51% del producto interior bruto per cápita según lo establecido en materia de indicadores sobre renta y actividad económica por país y por el Instituto Nacional de Estadística.

A efectos de cierre de la línea ascendente, la Ley Orgánica 2/2009 en la letra d) artículo 17, sí incluye la previsión de una edad mínima, que si bien no estaba limitada expresamente en la práctica sí era considerada de tal forma que los menores de sesenta y cinco años (como límite vinculado a la edad laboral activa) difícilmente podían probar la dependencia económica o estar a cargo del reagrupante. Este requisito de edad supone una edad máxima, se suma al de la existencia de razones que justifiquen la entrada de este familiar.

Solo excepcionalmente, cuando concurren razones de carácter humanitario, podrá reagruparse al ascendiente menor de sesenta y cinco años si se cumplen las demás condiciones previstas en la ley. La introducción de tal fórmula, tal y como indica el Dictamen del Consejo de Estado 515/2011 del 7 de abril de 2011, constituye una excepción a un régimen singularmente limitado que resulta poco cuidadoso para articular los mecanismos específicos de acreditación de esas posibles situaciones apoyadas en razones humanitarias. Sin embargo, pueden producirse situaciones de minusvalía sobrevenida en el padre o madre viudos, menores de sesenta y cinco años y en situación de ausencia de asistencia, que la norma parece obviar.

La protección jurídica de la familia en relación al supuesto de los ascendientes que venimos analizando quiebra también en el momento en que se ve determinada por un periodo de residencia superior a los dos años⁴⁵ antes de la solicitud de la reagrupación, y la disposición de una vivienda adecuada así como recursos estables, suficientes o un seguro de enfermedad. Es decir, se exigen que acrediten preceder a las

⁴⁵ El artículo 8 de la directiva establece un requisito facultativo que puede claramente animar al endurecimiento del plazo básico en los Estados miembros pues ni siquiera lo condiciona a una cláusula de mantenimiento del statu quo. PEERS; S., *EU immigration and asylum law, text and commentary*, Koninklijke Brill N.V., Países Bajos, 2006, p. 573-613.

necesidades de los miembros de la familia una vez reagrupada sin posible financiación pública⁴⁶.

Este tipo de condiciones denominadas adicionales⁴⁷ exigen una calidad habitacional y económica no generalizada a todas las familias en la sociedad de acogida y no dependiente del *welfare* social. La nueva praxis reglamentaria instaurada exige el mantenimiento de los medios económicos durante el año posterior a la fecha de presentación de la solicitud. Dicho mantenimiento se valorará teniendo en cuenta en un año la evolución de los medios del reagrupante en los seis meses previos a la fecha de presentación de la solicitud. Asimismo se detalla que, en el cómputo, los ingresos provenientes del sistema asistencial no pueden ser aportados pero sí pueden ser tenidos en cuenta los ingresos de otros miembros de la unidad familiar⁴⁸.

En un pretendido afán clarificador⁴⁹ y competencial del artículo 55 del Real Decreto 557/2011 añade, a los requisitos ya analizados, que en el momento de presentar la solicitud se debe aportar el informe de idoneidad de vivienda expedido por los órganos competentes de la Comunidad Autónoma en el plazo de 30 días máximos, en su defecto de la corporación local en el mismo plazo. En caso de que el informe no haya sido emitido en dicho plazo, podrá justificarse este requisito por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. En cualquier caso, sigue siendo abiertamente cuestionable incluso con la apertura autonómica de la reforma, si la emisión preferente de informes garantiza en base al artículo 14 y 9.3 de la Constitución el principio de igualdad en todo el territorio nacional y la seguridad jurídica de los solicitantes de la reagrupación familiar y coloca también a las corporaciones locales en diferentes niveles⁵⁰.

⁴⁶ Vienen exigidos por el artículo 7.1 y por otra parte el artículo 7.2 muy controvertido y cuestionado por dejar total discrecionalidad a los Estados dada la ambigüedad de su tenor: “los Estados miembros podrán requerir que los nacionales de terceros países cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional”. SCHAFFRIN, D., “Which standard for family reunification of third-country nationals in the European Union”, in CARLIER, J.Y. (ed.), *Immigration and asylum law of the EU: current debates*, Bruylant, Bruselas, 2005, pp. 90-143.

⁴⁷ Vid. STC 236/2007, de 7 de noviembre (BOE 295 de 10 de diciembre de 2007).

⁴⁸ Vid. STJUE de 4 de marzo de 2010 caso Chakroun causa C-578/08 sobre la asistencia social.

⁴⁹ Vid. Informe anual Defensor del Pueblo 2007 y 2008, pp. 518 y 549.

⁵⁰ SOLANES CORELLA, A., “Inmigración y responsabilidad municipal”, *Documentación Social*, nº. 158, 2010, pp. 191-210.

Por último, constituyen parámetros restrictivos los efectos de la reagrupación familiar y la posibilidad prevista en el artículo 17. 2 LODYLE para que los familiares reagrupados sean posibles futuros reagrupantes. Esta autorización de residencia y trabajo independiente según el artículo 59 del Real Decreto 557/2011 de 20 de abril habilita al cónyuge, pareja de hecho o hijo reagrupado si este último tiene 16 años a trabajar por cuenta ajena o propia en cualquier parte del territorio español, ocupación o sector de actividad. Así, en el caso del cónyuge reagrupado se prevén mayor número de circunstancias posibles entre la más significativa cuando se obtenga la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, algo que se materializa reglamentariamente en que dispone de uno o varios contratos de trabajo de duración mínima, desde el momento de la solicitud de un año y de los que se derive una retribución no inferior al salario mínimo interprofesional mensual, a tiempo completo por catorce pagas.

La circunstancia más interesante se refiere al cónyuge o pareja de hecho reagrupado víctima de violencia de género o la constancia de indicios en el informe del Ministerio Fiscal ampliado por el RD 557/2011 a los supuestos de víctimas de un delito por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar. Menos margen de maniobra existe, tras la reforma respecto de los hijos y menores bajo representación legal del reagrupante, por la que solo caben dos circunstancias: tener la mayoría de edad y que acrediten encontrarse en alguna de las situaciones descritas en el artículo 59; o bien cuando hayan alcanzado la mayoría de edad y residido en España durante cinco años.

El caso de los ascendientes supone una excepción. Estos podrán obtener una autorización de residencia independiente del reagrupante cuando hayan obtenido una autorización para trabajar. Ahora bien los ascendientes sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes de larga duración y acreditado solvencia económica. De forma excepcional el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un o más hijos menores de edad, o hijos con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, podrá ejercer el derecho de reagrupación cumpliendo las exigencias legales generales, sin necesidad de haber adquirido la residencia de larga duración.

**LA MUJER Y LOS NIÑOS COMO MIEMBROS
DE UNA FAMILIA**

LA PROTECCIÓN DE LA MUJER EN EL CONTEXTO FAMILIAR

PATRICIA CUENCA GÓMEZ

Universidad Carlos III de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

La configuración tradicional del contexto familiar se ha mostrado históricamente como uno de los factores principales de la discriminación de la mujer y de su subordinación al varón⁵¹. Las responsabilidades de las mujeres en el espacio privado-doméstico, su invisibilidad y su vulnerabilidad en este contexto generan graves obstáculos, quizá los principales, para el ejercicio de su autonomía⁵².

El sistema patriarcal ha justificado en la “natural” diferencia entre los sexos la asignación de roles de género, la escisión tajante entre los espacios público y privado y su jerarquización⁵³: el espacio público, el único socialmente reconocido y valorado donde se ejerce el poder y se tienen derechos y en el que se desarrolla una función “productiva”, “corresponde” a los hombres; mientras que el espacio privado-doméstico reservado a la familia, carente de valoración social, “corresponde” a las mujeres⁵⁴. El horizonte moral de las mujeres consiste entonces en ser buenas hijas, madres y esposas lo que se traduce en el deber de cuidado de los demás miembros de la unidad familiar.

La familia ha funcionado sobre la base de esta complementariedad asimétrica entre los sexos en la que el hombre provee recursos y la mujer dispensa cuidados. La

⁵¹ SÁNCHEZ MARTÍNEZ M. O., *Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿la familia en crisis?*, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, Alcalá de Henares (Madrid), 2010, p. 22.

⁵² AÑÓN ROIG, M. J., “Autonomía de las mujeres: una utopía paradójica”, en RAMIRO AVILÉS, M. A. y CUENCA GÓMEZ, P. (eds.), *Los derechos humanos. La utopía de los excluidos*, Dykinson, Madrid, 2010, pp 127-162, p. 133. Vid. también SOTELO, E. M. de, “Pasos en la liberación de la mujer y sus efectos sobre la familia: un enfoque psicológico”, *Revista Sistema*, n.º 45, 1981, pp. 89-102, p. 91.

⁵³ El patriarcado como sistema de dominación se define, precisamente, como un sistema de adscripciones de espacios diferentes para sujetos sexuados, PETIT, M., *Dialéctica Feminista de la Ilustración*, Anthropos, Barcelona, 1994, p. 37.

⁵⁴ CUENCA GÓMEZ, P., “Mujer y Constitución: Los derechos de la mujer antes y después de la Constitución española de 1978”, *Universitas*, n.º 8, 2008, pp. 73-103, pp. 75 y 76.

exclusión de la mujer del ámbito público y su consecuente dependencia económica respecto del varón convierte la constitución de una familia, cimentada en la institución del matrimonio, en una obligación y en una necesidad de la mujer⁵⁵.

A pesar del papel central que la mujer desempeña en el contexto familiar, tampoco en esa esfera que presuntamente les es “propia” la mujer ha detentado el poder y ha quedado social y legalmente subordinada a la autoridad del varón. Y los abusos en el ejercicio de esa autoridad plasmados en muchas ocasiones en el ejercicio de la violencia contra las mujeres no se han controlado, al considerarse el espacio familiar como un ámbito privado inmune a la intervención pública.

Frente a esta visión, los estudios feministas han demostrado que los roles de género no son naturales, sino que se revelan como construcciones ideológicas asentadas en pautas sociales y culturales que constituyen una manifestación del poder -masculino-dominante, orientadas a la opresión y discriminación de la mujer⁵⁶. La superación de esta situación requiere la incorporación de la mujer al espacio público, objetivo en el que se han logrado avances importantes aunque sigue pendiente la tarea de lograr que esa incorporación se realice en condiciones de igualdad, pero también (y en conexión con lo anterior) la profundización en la protección de su autonomía en el contexto familiar. Dicha protección ha de consistir en la equiparación real entre los sexos en el reparto de responsabilidades y de poder en el ámbito doméstico en el tratamiento de algunos de los problemas y conflictos que se suscitan en su seno como cuestiones sociales y públicas relevantes que requieren como respuesta el diseño de políticas adecuadas.

2. LA PROTECCIÓN DE LA MUJER FRENTE A LA LÓGICA OPRESIVA DEL CUIDADO⁵⁷.

El acceso de la mujer al espacio público no ha ido acompañada de una paralela democratización del espacio privado, esto es, de una distribución equitativa de las tareas y las responsabilidades familiares y, especialmente, de la función de cuidado. Esta

⁵⁵ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O., *Igualdad sexual y diversidad familiar*, cit., pp. 44 y ss.

⁵⁶ Vid. por ejemplo MOLLER OKIN, S., “Gender, the Public and the Private”, en PHILLIPS, A. (ed.), *Feminism and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

⁵⁷ Tomo esta expresión de PÉREZ OROZCO, A., *Perspectiva feministas en torno a la economía: el caso de los cuidados*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2006.

situación genera consecuencias especialmente graves para las mujeres en los modelos denominados “familiaristas” del sur de Europa⁵⁸, como el imperante en España, en el que la familia se presenta como una instancia básica de provisión del bienestar en el marco del Estado social y donde las responsabilidades de cuidado, especialmente de menores y de personas mayores y dependientes, se desplazan al ámbito doméstico. Responsabilidades que, todavía hoy, recaen desproporcionadamente en las mujeres.

Las mujeres terminan, por tanto, realizando funciones familiares que no ejecuta el hombre y funciones asistenciales que no asume el Estado social⁵⁹. Esta circunstancia dificulta o directamente impide su acceso al trabajo extra-doméstico y/o les obliga a desempeñar una “doble jornada” infravalorada e invisible, a pesar de su enorme trascendencia para el buen funcionamiento de la familia y, en definitiva, de la sociedad.

Según se señala el Informe elaborado por el Instituto de la Mujer “Mujeres y hombres 2011”⁶⁰ del total de personas inactivas en el año 2009 por cuidar a personas dependientes (niños, adultos), el 97,7% eran mujeres; la tasa de desempleo de las mujeres se incrementa significativamente en función de que tengan, o no, hijos menores de 12 años, lo que no sucede en el caso de los hombres, las mujeres que trabajan fuera del hogar dedican mucho más tiempo de media diaria que sus compañeros a la realización de tareas domésticas y de cuidado de miembros de la unidad familiar⁶¹ y los varones, sin embargo, disponen de más horas para dedicarlas al ocio y a la diversión. Estos datos revelan que la división sexual del trabajo y la doble jornada femenina siguen siendo “estrategias generalizadas” de compatibilizar el ámbito laboral con el familiar y que la función de cuidado continua dejándose en manos de las mujeres.

⁵⁸ Vid. AÑÓN ROIG, M. J. y MIRAVET, P., “Paradojas del familiarismo en el estado de bienestar: mujeres y renta básica”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 23, n.º 2, 2005, pp.101-121. Sobre los modelos de políticas familiares en la Unión Europea, vid. GARRIDO GÓMEZ, M. I., *La política social de la familia en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2000.

⁵⁹ RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S. y BAJO GARCÍA, I., “Conciliación de la vida familiar y laboral”, *Feminismos*, n.º 8, 2006, pp. 131-146, p. 133.

⁶⁰ http://www.inmujer.es/ss/Satellite?c=Page&cid=1244651530222&pagename=InstitutoMujer/Page/IMUJ_Generico.

⁶¹ El 92,2% de las mujeres (de 10 y más años) realizan tareas domésticas y se ocupan del cuidado de niños, ancianos y personas dependientes durante 4 horas y 25 minutos diarios, frente al 74,4% de los varones que dedican un promedio de 2 horas y 28 minutos.

La significación femenina del cuidado se presenta como factor condicionante de la realización profesional y personal de las mujeres⁶². Ciertamente, en el ámbito público las desigualdades que todavía padecen las mujeres -su menor tasa de empleo, su mayor contratación en trabajos a tiempo parcial, su discriminación en los procesos de selección, la brecha salarial, sus dificultades en la promoción profesional, esto es, la existencia del llamado techo de cristal- se explican en gran medida por la pervivencia de estereotipos que consideran que para la mujer el trabajo es “menos central” en el desarrollo de su plan de vida debido al papel prioritario que atribuye a su rol de cuidadoras, por lo que su dedicación, compromiso y ambición profesionales son menores. Sin embargo, los estudios empíricos ponen de manifiesto que no existen grandes diferencias entre mujeres y hombres en el valor que atribuyen al trabajo y al poder y que, cuando se producen, tales diferencias generalmente tienen que ver con factores contextuales estrechamente relacionados con los roles de género⁶³. De esta forma, el papel de la mujer como dispensadora de cuidados en el espacio familiar es una fuente de discriminación también en el terreno laboral. Y, a la vez, esa desigualdad en el ámbito laboral debilita el poder de negociación de las mujeres en la distribución de tareas domésticas y de asistencia. La mujer queda atrapada en un círculo que perpetúa tanto su situación de vulnerabilidad laboral como su orientación tradicional al ámbito doméstico.

La incorporación de las mujeres al espacio público, sin ir acompañada de una equitativa entrada del varón en el espacio privado y/o de una intervención estatal adecuada, supone una carga física y psíquica para las mujeres. La sociedad responsabiliza a las mujeres de la menor atención a los miembros de la familia y estas experimentan un sentimiento de culpa que expresa la coerción social con la que asumen su rol de cuidadoras⁶⁴ y que condiciona sus elecciones restringiendo su autonomía⁶⁵.

⁶² Vid. “De la conciliación a la corresponsabilidad. Buenas prácticas y recomendaciones”, Investigación promovida por el Instituto de la Mujer, www.inmujer.es/documentacion/Documentos/DE0277.pdf.

⁶³ BARBERÁ HEREDIA, E., RAMOS, A., SARRIÓ, M. y CANDELA, C., “Más allá del techo de cristal. Diversidad de género”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 40, pp. 55-68, pp. 58-59.

⁶⁴ Vid. “De la conciliación a la corresponsabilidad. Buenas prácticas y recomendaciones”.

⁶⁵ Vid. en este sentido el trabajo de AÑÓN ROIG, M. J., “Autonomía de las mujeres: una utopía paradójica”, ya citado.

Las llamadas políticas de conciliación de la vida laboral y familiar tratan de dar una respuesta a esta situación. Pero, sintomáticamente, estas políticas se conciben y se diseñan, al menos en un primer momento como sucede en el caso español con la Ley 39/1999⁶⁶, y sobre todo siguen siendo consideradas por los ciudadanos y por los agentes sociales como políticas dirigidas a las mujeres⁶⁷. La conciliación es, por tanto, contemplada como problema de las mujeres.

Las barreras derivadas de la estructura social, que tienen que ver con el arraigo y la persistencia de la división sexual del trabajo, determinan que las medidas de conciliación sean usadas mayoritariamente por las mujeres, perpetuando los roles de género y afectando negativamente a sus condiciones de empleo. Este efecto perverso está relacionado con la existencia de barreras relativas a la estructura económica, conectadas con las relaciones de producción y el mercado de trabajo, que se manifiestan en la percepción negativa que tienen las empresas de la conciliación como una amenaza potencial para el rendimiento laboral, como una fuente de conflictos entre los propios trabajadores y como un coste injustificado que afecta a su competitividad. Finalmente cabe mencionar también la presencia de barreras políticas derivadas del insuficiente compromiso del Estado con la conciliación y que se traducen en el déficit y la rigidez de las infraestructuras públicas de apoyo y en la falta de voluntad política de proteger en la práctica los derechos de conciliación⁶⁸. La erradicación de estas barreras exige poner en valor la función de cuidado resaltando su contribución al sostenimiento de la sociedad, hacerla visible y considerar la conciliación como una cuestión que no sólo atañe a las mujeres, sino también a los hombres y al conjunto de la sociedad.

Esta idea se expresa en el paso desde las políticas de “simple” conciliación a las políticas de corresponsabilidad social que inciden en las responsabilidades compartidas de hombres y mujeres en todos los ámbitos y que exigen no solo la implicación de los varones en las funciones de cuidado sino también del Estado, de otros individuos y

⁶⁶Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

⁶⁷ Algunas reglamentaciones y, sobre todo, las cláusulas de los convenios colectivos que se refieren a la conciliación o directamente limitan el “derecho” a disfrutar de estas medidas a las mujeres o emplean un lenguaje “feminizado”, RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S. y BAJO GARCÍA, I., “Conciliación de la vida familiar y laboral”, cit., p. 140.

⁶⁸ Vid. “De la conciliación a la corresponsabilidad. Buenas prácticas y recomendaciones”, ya citado.

agentes y de la sociedad en general. La Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres asume en algunos aspectos esta visión al reconocer los derechos de conciliación a ambos sexos y vincularlos con el fomento de la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares y al regular un permiso de paternidad autónomo e intransferible. Por su parte, el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2008-2011 otorga un papel central al concepto de corresponsabilidad. En este terreno cobra también relevancia la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia que supone un gran avance para las personas en situación de dependencia y también para aquellas asumen su cuidado, fundamentalmente, las mujeres⁶⁹. En todo caso, y a pesar de estos avances, resulta esencial una apuesta más decidida y una profundización en la corresponsabilidad⁷⁰.

En primer lugar, corresponsabilidad entre diferentes agentes sociales, esto es, Estado, empresas, sindicatos, instituciones, etc. El Estado debe establecer infraestructuras de cuidado suficientes y flexibles adaptadas a las necesidades reales de las familias y a su diversidad. En este sentido, resulta imprescindible re-activar la aplicación de la Ley de Dependencia, pero también revisar algunas de sus previsiones⁷¹ que pueden contribuir a perpetuar estereotipos de género y a la minusvaloración de la función de cuidado (como sucede la mínima remuneración del trabajo informal de cuidado llevado a cabo por los familiares, básicamente mujeres). Los poderes públicos deben, además, vigilar atentamente el cumplimiento de los derechos de conciliación por parte de las empresas y castigar las posibles vulneraciones. Por su parte, las empresas deben respetar estos derechos y no esgrimir la complicada situación económica como excusa para transgredirlos. En este ámbito podría resultar de interés potenciar la Responsabilidad Social Corporativa. También los sindicatos han de considerar el tema

⁶⁹ Vid. BARRANCO AVILÉS, M. C., "[Mujer y derechos económicos, sociales y culturales](#)", *Derechos y libertades*, n.º 23, 2010, pp. 221-244, pp. 240 y ss.

⁷⁰ CASADO APARICIO, E. y GÓMEZ ESTEBAN, C. (eds.), *Los desafíos de la conciliación de la vida familiar y profesional en el siglo XXI*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2006. Se trata de incidir en las líneas marcadas en el Plan Estratégico para la Igualdad de Oportunidades 2008-2011 y de hacerlas efectivas, lo que en la actualidad no parece estar sucediendo.

⁷¹ Ciertamente, algunas de las medidas contempladas en la Ley de dependencia contribuyen a reforzar los roles de género propios del sistema patriarcal, MARTÍN CANO, M. C. y RUIZ SEISDEDOS, S., "Ley de dependencia: una mirada con perspectiva de género", *Documentos de Trabajo Social*, n.º 48, 2010, pp. 84-97.

de la conciliación como una cuestión prioritaria en la negociación colectiva (y no como una cuestión secundaria que afecta sólo a las trabajadoras).

En segundo lugar, corresponsabilidad entre varones y mujeres rompiendo definitivamente con la división sexual del trabajo. Las medidas de conciliación deben ser usadas de forma corresponsable por hombres y mujeres. En este punto es esencial el empoderamiento de las mujeres y la erradicación de la discriminación, todavía existente, en el ámbito laboral con el objetivo de que puedan negociar en condiciones más equitativas el reparto de las tareas en la esfera privada. Igualmente resulta imprescindible la concienciación de los varones acerca de que la conciliación es un “derecho” y un “deber” fomentando su implicación en las funciones de cuidado y el uso de las medidas de conciliación (que en algunos casos podrían articularse como obligatorias). Y, en tercer lugar, corresponsabilidad entre los diferentes miembros de la familia fomentando la solidaridad intergeneracional, la responsabilización colectiva en el desarrollo de las tareas domésticas y de cuidado.

3. LA PROTECCIÓN DE LA MUJER FRENTE A LA VIOLENCIA EJERCIDA EN EL CONTEXTO FAMILIAR

La violencia es la forma más brutal de discriminación de la mujer, la forma más extrema de vulneración de sus derechos y el mayor drama generado por la pervivencia de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. La violencia de género, esto es, los actos violentos que se infringen a las mujeres como producto del rol que para ellas ha construido la sociedad, esto es, la violencia contra la mujer por el hecho de serlo, con el fin de subordinación⁷² tiene como expresión especialmente odiosa la violencia que se ejerce en el espacio doméstico. En efecto, el contexto familiar es un “espacio privilegiado” para generar situaciones de riesgo por el tipo de relaciones de afectividad y sexuales que se dan en él y la violencia contra las mujeres en este ámbito tiene como finalidad garantizar la continuidad de un orden tradicional de valores y dominación, el mantenimiento del poder de control⁷³.

⁷² ARANDA RODRÍGUEZ, E., “Objeto y principios rectores de la ley integral”, en ARANDA RODRÍGUEZ, E. (dir.), *Estudios sobre la Ley Integral contra la violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 23.

⁷³ AÑÓN ROIG, M .J., “Autonomía de las mujeres: una utopía paradójica”, cit., p. 140.

Como antes se señaló, históricamente los poderes públicos no han actuado contra esta violencia. El sistema patriarcal considera la violencia gestada y ejercida dentro del hogar como algo natural y el legislador acepta “el uso normalizado de la violencia dentro de la convivencia familiar por parte del varón” legitimando el uso de la fuerza física y psíquica por el *pater familias* para marcar la línea a seguir en la unidad familiar⁷⁴. Posteriormente, este problema ha sido considerado como algo que “desgraciadamente sucede en algunos hogares” pero que forma parte de la vida privada de las parejas.

Pues bien, solo en las últimas décadas del siglo XX el Derecho comenzó a no mostrarse impasible frente a esta violencia adoptándose diversas medidas, declaraciones y resoluciones en el ámbito internacional. En España la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁷⁵ supuso un paso importante. Su Exposición de Motivos comienza señalando que “la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. Y su objeto, tal y como reza el art. 1, consiste en “actuar contra la violencia que como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia”. La violencia de género se ha visto fomentada por la discriminación estructural que sufre la mujer en todas las esferas de la vida social, por su exclusión del ámbito público que promueve su dependencia económica y por su papel subordinado en el seno de la familia. Por ello se ha señalado que cualquier iniciativa legislativa en este ámbito ha de venir acompañada de un “esfuerzo titánico” por eliminar la desigualdad y la discriminación general contra las

⁷⁴ GIL RUIZ, J. M., “Fundamento, urgencia y autoría de los esfuerzos legislativos para la erradicación de las violencias de género”, en BENGOCHEA GIL, M. A. (ed.), *La lucha por la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 45-82, p. 48.

⁷⁵ Vid. sobre esta ley AÑÓN ROIG, M. J. y MESTRE I MESTRE, R., “Violencia contra las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, en BOIX, J. y MARTINEZ, E. (coords), *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, pp.31-64.

mujeres y, en este sentido, la Ley de igualdad efectiva entre hombres y mujeres se presenta como un complemento necesario de la Ley integral⁷⁶.

La Ley contra la violencia de género trata de articular una respuesta global y especializada para acabar con este fenómeno. Dentro de las medidas establecidas por la Ley integral han sido las de carácter penal las que han generado un mayor debate al entenderse que la agravación de las penas en los casos de violencia de género supone un retorno al Derecho penal de autor y una discriminación por razón de sexo que perjudica a los varones. Pues bien, el Tribunal Constitucional ha avalado la constitucionalidad de estas medidas afirmando, de nuevo, que esta diferenciación responde a un fin legítimo, el de erradicar un tipo de agresión, como es la del hombre hacia la mujer que es o fue su pareja, más grave y reprochable, por ser “el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada” y que cumple las exigencias de razonabilidad, al tratarse de agresiones son especialmente lesivas para la dignidad de las víctimas, y de proporcionalidad⁷⁷.

En todo caso, esta ley no ha conseguido erradicar la violencia de género y los datos de los que se disponen, insuficientes y contradictorios, siguen siendo alarmantes. Según el informe “Mujeres y hombres 2011” en el año 2010 murieron a manos de sus parejas o ex-parejas 73 mujeres. Esta cifra, tras el esperanzador descenso experimentado en el año 2009 (55 mujeres muertas) alcanza el nivel de años anteriores, 76 mujeres en 2008 y 71 mujeres en 2007. En el año 2011 murieron 67 mujeres. El 75% de las víctimas de 2011 no habían denunciado. El 4 de junio 2012 hemos alcanzado la cifra 19 víctimas mortales, la inmensa mayoría no había denunciado previamente.

Estos datos muestran que la violencia contra las mujeres en el contexto familiar no se ha erradicado, que sigue siendo en gran medida un problema oculto cuyos datos reales son casi imposibles de conocer a no ser que desemboquen en la peor de las tragedias y que las mujeres no terminan de confiar su protección a la justicia que, en

⁷⁶ Vid. RODRÍGUEZ PALOP, M. E., “La persistente violencia contra las mujeres a pesar de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral frente a la Violencia de Género”, *Papeles el tiempo de los derechos*, n.º 13, 2011, disponible en <http://www.tiempodelosderechos.es/es/materiales/working-papers.html>.

⁷⁷ STC 12/2008.

ocasiones, genera una doble victimización. Por esta razón resulta imprescindible introducir algunas mejoras en la Ley⁷⁸, entre ellas: 1) Fomentar la consideración de la violencia contra las mujeres como una vulneración de derechos humanos y romper algunos mitos difundiendo datos reales (por ejemplo sobre denuncias falsas); 2) Profundizar en la prevención y en las medidas de sensibilización y detección; 3) Mejorar la coordinación entre las diferentes Administraciones y servicios implicados en la lucha contra la violencia y atención a sus víctimas; 4) Profundizar en la formación especializada de todos los profesionales implicados en el tratamiento de la violencia desde los profesionales de la salud, a los agentes policiales, operadores jurídicos, etc.; 5) Perfeccionar el sistema de valoración del riesgo de las víctimas de tal forma que permita adoptar las medidas de protección más adecuadas en cada caso, y aumentar los recursos -humanos y técnicos- en este terreno; 6) Detectar y erradicar las barreras que dificultan el acceso de las víctimas a la justicia y garantizar la asistencia letrada especializada desde el primer momento; 7) Brindar atención y protección especializada a los menores que sufren un entorno de violencia; 8) Prestar atención especializada a la situación de las mujeres con discapacidad, a las mujeres inmigrantes, en especial a las mujeres que no tienen papeles, y a las mujeres que viven en el entorno rural; 9) Mejorar la asistencia integral a las víctimas e implementar los derechos regulados en el Título II de la ley, promoviendo un compromiso interinstitucional de mínimos y asegurando una financiación suficiente; 10) Reconocer y garantizar el derecho de reparación; 11) Acabar con los desequilibrios territoriales existentes; y 12) Implementar sistemas para obtener datos reales sobre los casos de violencia.

4. LA PROTECCIÓN DE LA MUJER EN EL CONTEXTO FAMILIAR Y LA CRISIS ECONÓMICA

Las situaciones de crisis, y también las situaciones de crisis económica, golpean especialmente a los individuos y grupos que se encuentran en una posición de subordinación, como es el caso de las mujeres. Diversas voces se han levantado para denunciar el riesgo que comportan los efectos de la crisis económica en relación con las políticas de protección de la mujer anteriormente analizadas.

⁷⁸ El 15 de diciembre de 2006 el Consejo de Ministros aprobó un catálogo de medidas urgentes contra la violencia de género para mejorar la efectividad de la ley que no se han terminado de articular ni cumplir en la práctica. Amnistía Internacional ha elaborado un informe acerca de las insuficiencias de esta ley, disponible en http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=13205.

En primer lugar, el recorte de los servicios sociales perjudica doblemente a las mujeres. De un lado, porque emplean mayoritariamente mano de obra femenina, y, de otro, porque esos servicios favorecen sobre todo a las mujeres que son quienes normalmente asumen las funciones de cuidado. El frenazo en la aplicación de la Ley de dependencia resulta especialmente negativo en este sentido. Además, son las mujeres quienes mantienen las redes familiares y de algún modo se convierten en el soporte de la crisis. Se ha advertido también del riesgo de que las empresas amparadas en los nuevos poderes que les otorga la reforma laboral -que abre, por ejemplo, la posibilidad de descolgarse de los convenios, aumenta las posibilidades del empresario de modificar unilateralmente las condiciones de trabajo y reduce el poder de negociación de los trabajadores- se desvinculen de los planes y cláusulas de igualdad y dificulten, todavía más, el ejercicio de los derechos de conciliación y de que el Estado no controle su actuación en este ámbito. Como medida más concreta cabe mencionar la paralización de la ampliación del plazo del permiso de paternidad, alegando el ahorro para el Estado.

La política de austeridad afecta también a la lucha contra la violencia de género. El Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, dependiente del Consejo General del Poder Judicial, ha expresado su “preocupación” por la reducción del presupuesto para combatir esta lacra (en torno a un 20%) que puede afectar a partidas sensibles como las destinadas a prevención y sensibilización y por el cierre de algunos centros de asistencia⁷⁹. Asimismo se ha resaltado que las dificultades económicas elevan la dependencia de las mujeres y les fuerza en ocasiones a volver con su agresor y la “posible relación directa” entre los problemas económicos y el incremento de la violencia de género⁸⁰. La contención del gasto público puede provocar la ralentización de la Administración de justicia y afectar a las medidas de protección y asistencia.

5. IGUALDAD SEXUAL Y EDUCACIÓN

En todo caso, cuando luchamos contra una discriminación estructural fundamentada en patrones culturales y sociales extendidos la respuesta jurídica resulta insuficiente y debe combinarse con otras herramientas. La efectiva protección de la

⁷⁹ Vid. la opinión de la presidenta del Observatorio en <http://www.abc.es/20120413/espana/abci-observatorio-contra-violencia-genero-201204122038.html>.

⁸⁰ Vid. la opinión del presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de <http://www.europapress.es/cantabria/noticia-tolosa-apunta-cierto-relacion-crisis-economica-incremento-violencia-genero-20101220134350.html>.

mujer en el contexto familiar (y extra-familiar) requiere erradicar actitudes y conductas que quedan fuera de la regulación legal. Y para ello la educación y formación en derechos humanos y en la igualdad sexual es el camino más seguro, a pesar de ser el más largo⁸¹. La legislación española apunta la relevancia de esta senda. Sin embargo, la formación específica en estas materias de diferentes profesionales o no se ha implementado o no se ha articulado de una manera adecuada y su presencia, obligada, en los planes de estudio universitario es más bien nula. La propuesta, que parece estar barajándose, de eliminar del temario de la nueva asignatura “Educación Cívica y Constitucional” contenidos relacionados con la valoración crítica de la división social y sexual del trabajo y de los prejuicios sociales sexistas se desvía claramente de este camino que es necesario retomar.

⁸¹ ASÍS ROIG, R. de, “La ley de igualdad en el discurso de los derechos humanos”, en VV.AA., *Igualdad de Género: una visión jurídica plural*, Universidad de Burgos, Burgos, 2008, pp. 41-58.

LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA EN LAS FAMILIAS

TERESA PICONTÓ NOVALES

Universidad de Zaragoza

En este apartado me ocuparé centralmente del fenómeno estructural condicionado por las transformaciones de la familia, un proceso que actualmente está en pleno auge y está necesitado de ajustes sociales y legales que van avanzando muy lentamente, para concluir con una referencia a las consecuencias derivadas de los procesos migratorios y la crisis económica. Más concretamente, atenderemos al hecho de que incluso en los países más desarrollados y concretamente en Europa se está produciendo un rebrote de la pobreza infantil⁸² como consecuencia, en parte, de los procesos de transformación de los modelos y de las realidades familiares y, en la coyuntura actual, por los efectos de la crisis financiera y económica que atravesamos⁸³.

1. LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LAS POLÍTICAS FAMILIARES EN ESPAÑA

⁸² En los últimos años la pobreza infantil, característica de los países económicamente más desfavorecidos, ha hecho su aparición en los países desarrollados. Se estima, a partir de datos de la OCDE, que entre 40 y 50 millones los niños viven en una situación de pobreza en los países ricos, con una clara tendencia al incremento. Vid. UNICEF-Innocenti Research Centre, *Pobreza infantil en Países Ricos, 2005*, Innocenti Report Card No.6, Florencia, 2005, añadiendo rotundamente como subtítulo de esta publicación el siguiente: *La proporción de niños que viven en situación de pobreza ha aumentado en la mayoría de las economías desarrolladas*. Desde una perspectiva más amplia, puede verse, UNICEF, *Child poverty in perspective: An overview of child well-being in rich countries*, Innocenti Report Card 7, UNICEF Innocenti Research Centre, Florencia, 2007. También, con datos más actuales, UNICEF-Innocenti Research Centre, *Los niños dejados atrás: una tabla clasificatoria de la desigualdad respecto al bienestar infantil en las naciones ricas del mundo*, Innocenti Report Card 9, Florencia, 2010. Esta tendencia tiene una repercusión clara en nuestro país, como pone de manifiesto el informe de UNICEF-España, *La Infancia en España 2012-2013. El impacto de la crisis en los niños*, UNICEF, Madrid, 2012.

⁸³ Vid. PICONTÓ NOVALES, T., "Children's Rights in a globalized world", en SOUSA SANTOS, B. de y MacDOWELL, C., *Who Needs Human Rights? New Perspectives on Global Justice*, CES, Almedina Publisher, Coimbra, 2012.

Algunas de las causas estructurales del surgimiento de la pobreza infantil en las sociedades post-industriales están directamente relacionadas con los cambios transformaciones en la familia y con la escasez de reformas de las estructuras del bienestar que se observa en muchos países. Las situaciones de ruptura, recomposición familiar, o en las cada vez más mayoritarias familias monoparentales el ejercicio de la responsabilidad parental compartida de los hijos comunes por los padres tras la ruptura cuando las situaciones de conflicto elevado no son superadas o dejadas de lado por los padres y proteger así el superior interés de sus hijos. En medio de todas estas transformaciones de la familia se encuentra la infancia, muchas veces desprotegida frente a los intereses de los adultos.

1.1. Crisis familiares y derechos de la infancia

Antes de enfocar las transformaciones y dirección de las políticas familiares ante los contextos de ruptura en España, hay que destacar cuáles son las tendencias más comunes en la Unión Europea. Así, por un lado, la liberalización de las condiciones del divorcio y, por otro, la imposición de mayores controles en las relaciones entre padres e hijos en las familias postdivorcio, especialmente en lo que respecta a la regulación del sustento de los hijos⁸⁴. Estas tendencias pueden tener consecuencias negativas para los hijos, dado que con frecuencia las soluciones legales se enfocan desde los intereses y derechos de los adultos. En cualquier caso, las situaciones de ruptura pueden dejar muy desprotegidos a los hijos y abocar a muchas familias monoparentales a la pobreza.

Las políticas familiares y el derecho de familia se ocupan de las pensiones de alimentos y de la pobreza infantil, pero lo cierto es que su coordinación deja mucho que desear en el caso español. Tal y como ha señalado Flaquer, sigue siendo un tema de discusión abierto la medida en que la manutención de los hijos debe estar exclusivamente a cargo de los propios padres o debe ser también financiada colectivamente gracias a la provisión de prestaciones y servicios sociales.

⁸⁴ Vid. FLAQUER, L., “Liberalización y protección: Un avance de los resultados de la aplicación de la Ley de Divorcio de 2005”, en PICONTO NOVALES, T. (ed.), *La custodia compartida a debate*, Dykinson-Instituto “Bartolomé de Las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2012 (*en prensa*).

Si bien es cierto que España va incorporándose lentamente a esas corrientes, los avances en lo que respecta al cumplimiento de los acuerdos sobre la manutención de los hijos han sido muy limitados. Según los resultados de una encuesta hecha en Cataluña, cuatro de cada diez madres divorciadas entrevistadas manifiestan que no reciben ninguna pensión de alimentos⁸⁵. Otras encuestas arrojan resultados parecidos o incluso más drásticos⁸⁶. Estos datos nos indican que se trata de una problemática de vasto alcance con resultados posiblemente devastadores para los menores implicados, que hasta el presente ha recibido una atención muy escasa tanto por parte de organismos públicos como de la investigación social. Aunque no existen datos oficiales sobre el impago de las pensiones acordadas en procesos de separación o divorcio, disponemos de informaciones indirectas que nos permiten detectar su incidencia creciente. Teniendo en cuenta que el impago de pensiones durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos es un delito tipificado en el artículo 227 del Código Penal, que puede comportar una pena de prisión de tres meses a un año o multa de 6 a 24 meses, sería interesante recabar datos sobre denuncias al respecto⁸⁷.

En los últimos quince años se ha producido un fuerte incremento de las diligencias previas por denuncias de impago de pensiones de alimentos. Si tomamos como punto de partida el año 1994, en que se presentaron tan solo 4.336 denuncias, hasta alcanzar las 19.219 de 2009, su crecimiento ha sido de un 343%. En el último año los comportamientos delictivos de abandono de familia mantienen una tendencia alcista con una tasa de aumento de un 26% más que en el año 2008. Sin lugar a duda estos resultados ponen de manifiesto la persistencia en situaciones graves de incumplimiento de obligaciones de protección y cuidado respecto de los miembros más débiles del grupo familiar⁸⁸. No parece pues que el endurecimiento de las penas haya servido de mucho para disuadir a los padres morosos, sino todo lo contrario.

⁸⁵ Datos del Panel de Familias e Infancia del CIIMU de 2006. La muestra es representativa de los niños de 12 a 16 años de la población catalana y a sus padres. Cabe recordar que esos datos corresponden a una época de pleno empleo, antes del inicio de la recesión económica, por lo que esa elevada tasa de incumplimiento no se puede explicar por razones de precariedad.

⁸⁶ Vid. FLAQUER, L., “Liberalización y protección: Un avance de los resultados de la aplicación de la Ley de Divorcio de 2005”, cit.

⁸⁷ Artículo redactado según Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El Código Penal anterior tan solo imponía una pena de arresto de ocho a veinte fines de semana.

⁸⁸ Memoria de la Fiscalía General del Estado 2010.

La explicación de este fenómeno podría ir de la mano del crecimiento de lo que se ha dado en llamar divorcio interclasista, postindustrial o democrático. A medida aumentan las tasas de divorcio en un país, también lo hace la propensión al divorcio de las clases populares, con lo cual también tienden a crecer los riesgos sociales que entraña la ruptura⁸⁹. En un país como España con elevadas cotas de precariedad laboral y sobre todo en un período de profunda crisis económica, es explicable que aumenten los impagados.

En el marco del principio constitucional de protección integral de la infancia y de la familia (arts. 9.2 y 39 CE. 1978), se creó el *Fondo de Garantía del Pago de Alimentos* con la finalidad de garantizar, mediante un sistema de anticipos, el pago de alimentos reconocidos a favor de los hijos menores de edad en convenios judicialmente aprobados o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, procesos de filiación o de alimentos⁹⁰. Así, la Disposición Transitoria Undécima de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, reitero la exigencia legal de crear el Fondo de Garantía, ya prevista en la D. A. Única de la Ley 8/2005, para garantizar el pago de las pensiones de alimentos a los hijos e hijas menores de edad. Finalmente, el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos se crea por el RD. 1618/2007, de 7 de diciembre⁹¹. Este sistema de pago de alimentos está ideado para ayudar a las madres o padres separados o divorciados que tengan hijos a su cargo y que no reciban del otro cónyuge la pensión de alimentos establecida judicialmente y tiene como finalidad garantizar a los hijos menores de edad el pago de alimentos reconocidos e impagados establecidos en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial en procesos de separación,

⁸⁹ Vid. FLAQUER, L., “Liberalización y protección: Un avance de los resultados de la aplicación de la Ley de Divorcio de 2005”, cit.

⁹⁰ Desde la perspectiva de los Estados del Bienestar, se ha señalado que la existencia de medidas como la del adelanto de la pensión alimenticia nos da información, entre otras cosas, sobre cómo son atendidas las obligaciones familiares por parte del Estado; vid. MADRUGA TORREMACHA, I., “Las pensiones alimenticias en España: De la responsabilidad privada a la responsabilidad pública”, Ponencia presentada al X Congreso Español de Sociología de la FES. Grupo de Trabajo 3 de Sociología de la Familia. Pamplona, julio de 2010.

http://www.fes-web.org/archivos/congresos/congreso_10/grupos-trabajo/ponencias/290.pdf

⁹¹ Vid. PICONTO NOVALES, T., “Familias monoparentales en España: Un análisis socio-jurídico”, en ALMEDA SAMARANCH, E. y DI NELLA, D., *Familias monoparentales a debate*, vol. III, *Entre la Ley y la experiencia. Nociones de redes de familias monoparentales*, Copalqui, Barcelona, 2011, pp. 85-104.

divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, filiación o alimentos, mediante el abono de una cantidad que tendrá la condición de anticipo.

Para tener derecho a las prestaciones los beneficiarios deben acreditar unos ingresos de la unidad familiar relativamente bajos, que varía según el número de hijos⁹². La cuantía de los anticipos no puede exceder de los 100€ por hijo. En el caso en que la resolución judicial fije una cantidad mensual inferior se abonará dicho importe fijado. La duración de la percepción del anticipo se limita a 18 meses (ya sea de forma continuada o discontinua). El derecho se extingue con el cumplimiento de la mayoría de edad del beneficiario. Por último, la percepción del anticipo es incompatible con la de otras prestaciones o ayudas de la misma naturaleza y finalidad reconocidas por las distintas Administraciones Públicas. El titular de la guarda y custodia exclusiva del menor beneficiario deberá optar por una de ellas.

Los fondos de garantía se crearon en países de nuestro entorno hace ya muchos años. Desde el punto de vista de la cuantía de las prestaciones, el fondo español deja asimismo mucho que desear. Por ejemplo, la ley alemana establece una pensión mínima de alimentos de 279€ para los menores de seis años y de 322€ para los mayores de seis y menores de doce. Desde el punto de vista de los derechos de los menores⁹³ si lo que hay que hacer es luchar contra la pobreza infantil⁹⁴ y tratar de hacer frente a las carencias y privaciones de los menores, cuando menos llama la atención el contraste entre los recursos que se destinan a la respuesta represiva y a la protección social. Mientras que tan solo se consignan 600.000€ para pagar las prestaciones del fondo, el coste anual de la manutención de los penados por delitos contra las Relaciones Familiares es de 30 millones de euros, esto es, se dedican 50 veces más medios a las

⁹² Los ingresos de los beneficiarios no deben superar los 9.585€ para familias con un hijo y los 15.975€ para familias con cinco hijos (baremos de 2011). Se trata del importe íntegro del salario, o sea, la cantidad bruta sujeta a retención del IRPF. Para el cómputo anual de los ingresos de la unidad familiar se tendrán en cuenta aquellos de que disponga o se prevea que va a disponer en el año natural en el que se solicita el anticipo.

⁹³ No hay que olvidar que España firmó la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989) que en su artículo 27.4 establece: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero.”

⁹⁴ No debemos olvidar que en España las tasas de pobreza infantil, tanto la moderada como la severa, son de las más altas de Europa; vid. FLAQUER, L., “Pobreza infantil y familias en Europa”, *Educación social: Revista de intervención socio-educativa*, n.º 46, 2010, Fundación Pere Tarrés, Universidad Ramon Llull, Barcelona, pp. 11-28.

medidas represivas⁹⁵. Sin duda alguna, utilizando los mismos recursos y cambiando las prioridades los menores saldrían ganando.

1.2. Nuevos modelos familiares. Especial referencia a las familias monoparentales

Intimamente ligado al tema de las situaciones de ruptura, pero con una transcendencia singular, nos encontramos con la problemática de las familias monoparentales. Como se ha apuntado, las familias monoparentales siguen representado uno de los colectivos con una mayor precariedad y que requieren de unas determinadas prestaciones y servicios adecuados desde las políticas sociales y económicas. Ahora bien, hay que precisar que no todas las familias monoparentales están afectadas de la misma manera por la discriminación, por desventajas económicas e incluso por la exclusión. Y ello, entre otras cosas, porque las vías de entrada en la monoparentalidad son variadas y también son diversas las realidades familiares en las que viven este amplio y plural colectivo⁹⁶. En las últimas décadas estas familias han experimentado en España un continuo crecimiento; así como un mayor riesgo de pobreza si se las compara con los otros tipos de familia.

Frente a esta situación, desde una perspectiva comparada europea, se ha señalado que la sociedad española se caracteriza por el hecho de que son las propias familias las que asumen gran parte de las funciones de protección social. Situación que da razón del escaso desarrollo de las políticas de atención a las familias en España. Lo cierto es que las políticas sociales y económicas en España presentan una eficacia limitada si se las compara con las políticas de otros países de la U.E. Además, se ha criticado también cómo estas políticas familiares favorecen más a los hogares en los que solo hay adultos, en lugar de estar fundamentalmente dirigidas a aquellas familias con hijos a cargo, como ocurre en países como Suecia o Dinamarca. A ello hay que añadir que las familias son a su vez prestadoras de asistencia a sus miembros, lo que se acentúa con niños y personas con dependencias en general.

⁹⁵ Vid. FLAQUER, L., “Liberalización y protección: Un avance de los resultados de la aplicación de la Ley de Divorcio de 2005”, cit.

⁹⁶ Vid. PICONTO NOVALES, T., “Familias monoparentales en España: Un análisis socio-jurídico”, cit., p. 85.

Todo ello explicaría en parte el escaso nivel de prestaciones y servicios destinados a las familias y entre ellas, a uno de sus grupos más vulnerables, el de las familias monoparentales. En este sentido, la elevada proporción de familias monoparentales que viven en hogares complejos da idea de las pocas ayudas que reciben estas familias. Por otro lado, las políticas sociales y económicas basadas en la concepción del sustentador masculino discriminan a los grupos monoparentales formados por mujeres con hijos⁹⁷. Ello explicaría que no se haya producido una adaptación y modernización de las relaciones familiares de acuerdo con unos parámetros de igualdad y pluralidad, que hayan conseguido superar definitivamente los anacronismos de un marco de relaciones que sigue basado en valores patriarcales y a veces también religiosos ya trasnochados, por amplios sectores de la sociedad española. Más concretamente, algunas de las políticas de protección social sigue dando un trato favorable a algunos de estos núcleos monoparentales más tradicionales (los formados por padres o madres viudos) frente a los otros grupos monoparentales⁹⁸.

En las condiciones actuales, la titularidad y ejercicio de la potestad parental discrimina y devalúa -en tanto que cuidadoras principales - el trabajo de las mujeres que gestionan situaciones de monoparentalidad y grupos de convivencia familiar monoparental, una de las vías de entrada principales a la monoparentalidad por separación y divorcio⁹⁹.

Así, se ha señalado que las mujeres solas a cargo de un hogar monoparental tienen una mayor probabilidad de tener dificultades de conseguir ingresos debido sobre todo a factores demográficos, a su falta de participación en el mercado laboral. Las estrategias políticas y legales para hacer frente a estos riesgos es la de combinar su participación en el mercado de trabajo con prestaciones sociales.

Las diferentes leyes que regulan las relaciones familiares en España están regidas por los derechos fundamentales de los individuos que forman parte de los diversos grupos familiares. Ahora bien, las políticas sociales y económicas no han cambiado substancialmente en relación al colectivo de las familias monoparentales en

⁹⁷ *Ibidem*, p. 111.

⁹⁸ Vid. ALMEDA, E. y DI NELLA, D., “Monoparentalidad y Responsabilidad Parental”, en PICONTÓ NOVALES, T. (ed.), *La custodia compartida a debate*, cit..

⁹⁹ *Ibidem*.

particular y con respecto a las nuevas necesidades surgidas con los cambios en la estructura de las familias producto de la pluralidad familiar existente en nuestra sociedad¹⁰⁰. Como mucho el Estado articula políticas para extender la solidaridad familiar por razones de género o generacionales.

Las políticas familiares sobre la monoparentalidad en algunos países europeos han tenido como objetivo fundamental el de la madre como trabajadora (es el caso de Suecia, Reino Unido, Francia, etc.) Sin embargo, en España estas medidas han ido a mejorar las condiciones de las bajas por maternidad, servicios de atención a la infancia y por tanto, han estado dirigidas a la madre cuidadora¹⁰¹. Por todo ello, no se produjeron en España los cambios necesarios en las prestaciones familiares, las prestaciones asistenciales o hasta muy recientemente no se han creado medidas como el adelanto de la pensión alimenticia en los casos de ruptura matrimonial (Fondo de Garantía de Pago de Alimentos, creado por el RD1618/2007 de 7 de diciembre).

En definitiva, se está produciendo un crecimiento de la monoparentalidad, del número de parejas sin hijos/as y de los hogares sin núcleo, tanto los unipersonales como los de dos o más personas, caracteriza a grandes rasgos los cambios de la morfología familiar española de las dos últimas décadas. Todo ello informa de la proliferación de una creciente diversidad familiar e indica que los ciudadanos y ciudadanas españoles están adoptando nuevas formas de hogar, en detrimento de las más tradicionales, como las constituidas por parejas con hijos, que siguen siendo las mayoritarias pero cuyo peso relativo ha empezado a retroceder. Paralelamente, han crecido también los denominados hogares complejos, en que viven tres o más adultos. Es posible que la formación de hogares complejos sea una estrategia de conciliación entre la vida laboral y familiar; como forma de hacer frente a las situaciones de pobreza infantil en un contexto de aumento de la monoparentalidad. (como ocurre, p.e. con los hogares multigeneracionales). Si bien, podría también estar relacionado con el importante influjo de inmigrantes desde la segunda mitad de los años noventa en España. Por otro lado, hay que subrayar que la tendencia a formar hogares complejos es mucho mayor en el caso de los núcleos monoparentales que en el de los biparentales.

¹⁰⁰ Vid. PICONTO NOVALES, T., "Familias monoparentales en España: Un análisis socio-jurídico", cit., p. 89.

¹⁰¹ *Ibidem*.

Además, los movimientos migratorios de la población a nivel mundial conllevan la incorporación de nuevos modelos familiares en los países más desarrollados y que a veces, en medio de algunos de esos valores culturales se pueden encontrar los niños y niñas en situaciones de vulnerabilidad frente al grupo al que pertenecen. Dentro de este contexto puede darse el caso además de que las niñas puedan verse doblemente discriminadas por razones de género y de minoría de edad¹⁰². En medio de todos estos procesos de transformación, la participación del menor resulta imprescindible para proteger sus derechos y su superior interés. Por tanto, el crecimiento de la diversidad familiar exige de una mayor atención a la existencia de posibles diferencias en el bienestar de los menores que viven en distintos tipos de hogar con el fin de evitar que las situaciones en las que viven esos menores dé al traste con la necesaria igualdad de oportunidades ante el sistema educativo¹⁰³ que toda sociedad debiera garantizar.

2. CRISIS ECONÓMICA Y AUMENTO DE LA POBREZA INFANTIL

En otro orden de cosas, la crisis económica y financiera actual, que está sumiendo en la pobreza a muchas familias como consecuencia de las altas tasas de desempleo y el consiguiente aumento de la pobreza; el despliegue de nuevos mecanismos de exclusión social, entre los que no una cuestión menor los procesos derivados de los nuevos flujos migratorios; también está siendo determinante en el aumento de la pobreza infantil en nuestras sociedades. En el contexto actual los niños sufren la crisis cuando sus padres se quedan sin trabajo y sin ingresos, cuando ellos y sus familias son desahuciados o cuando se empobrece la calidad de su alimentación o cuando no pueden pagarse tratamientos médicos no incluidos en los sistemas públicos¹⁰⁴. Por tanto, la crisis económica está teniendo ya un impacto enorme sobre la infancia y la adolescencia en España y a pesar de la gravedad este tema permanece prácticamente invisible en los discursos políticos, sociales y mediáticos.

¹⁰² Vid. BANDA, F. y CHINKIN, Ch., *Gender, Minorities and Indigenous People*, Minority Rights Group International, Londres, 2004.

¹⁰³ Sobre las desigualdades en el desarrollo infantil temprano y sus consecuencias en los logros educativos y la productividad de los adultos, contribuyendo a perpetuar el ciclo de la pobreza: vid. UNICEF (2012), *Inequidades en el desarrollo en la primera infancia. El impacto de la crisis en los niños*, UNICEF, Madrid, 2012.

¹⁰⁴ Vid. UNICEF-ESPAÑA, *La Infancia en España 2012-2013. El impacto de la crisis en los niños*, UNICEF, Madrid, 2012, pp. 6 y ss.

Además la crisis financiera está suponiendo una importante y progresiva reducción del gasto social y eso indudablemente tiene repercusiones sobre los colectivos más vulnerables como es el de las niñas y niños¹⁰⁵. Los datos existentes muestran que la crisis está sumiendo en la pobreza a muchas familias como consecuencia de las altas tasas de desempleo y el consiguiente aumento de la pobreza. Además no hay que olvidar que la crisis no sólo incorpora a nuevos hogares a la pobreza, sino que ahonda la precariedad de los que ya estaban en ella y, en particular, la de los grupos más vulnerables. La infancia está sufriendo especialmente las consecuencias de la crisis¹⁰⁶.

Tal y como señala el segundo informe sobre la infancia en España: “el incremento de la pobreza en general está siendo una de las consecuencias más visibles de la crisis y con los datos estadísticos más recientes se puede afirmar que la repercusión sobre los niños está siendo especialmente preocupante”¹⁰⁷. En el primer informe¹⁰⁸ se indicaba que la pobreza infantil en España se acercaba a los 2.000.000 de niños. Con los datos actuales, “en sólo dos años esta cifra ha crecido un 10%, aproximándose a 2.200.000 el número de menores de 18 años que viven en hogares que están por debajo del umbral de la pobreza”¹⁰⁹. Además “el incremento de la pobreza en la infancia ha sido significativamente mayor que el del total de la población. Es decir, el impacto de la crisis ha sido más duro en los hogares con niños que en el conjunto de los hogares”. Por último, señala el mismo informe, “la pobreza de los menores de 18 años también se está haciendo más persistente. En este sentido, la pobreza crónica en la infancia ha crecido casi seis puntos porcentuales desde 2007 hasta 2010, hasta casi el 16,7%”¹¹⁰.

En un contexto de retroceso de los derechos y en el que las políticas económicas contra la crisis conducen a nuevas desigualdades y recortes en el gasto social, se hace más imperiosa la necesidad de asegurar la protección de los derechos de los grupos sociales más vulnerables y, en particular, los derechos de las niñas y niños. En este

¹⁰⁵ Vid. PICONTO NOVALES, T., “Children’s Rights in a globalized world”, en SOUSA SANTOS, B de y MacDOWELL, C., *Who Needs Human Rights? New Perspectives on Global Justice*, cit.

¹⁰⁶ Vid. UNICEF-ESPAÑA, *La Infancia en España 2012-2013*, cit.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 8.

¹⁰⁸ Vid. UNICEF-ESPAÑA, *La Infancia en España 2010-2011*, cit.

¹⁰⁹ Vid. UNICEF-ESPAÑA, *La Infancia en España 2012-2013*, cit., p. 8.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 9.

sentido, hay que destacar que al acentuarse la crisis económica de 2010 en España la reacción ha sido la de reducir las ayudas monetarias a la infancia y sus familias en prácticamente todas las Comunidades Autónomas. Concretamente, la reducción de las ayudas monetarias se han visto acompañadas de la reducción en otro tipo de medidas en el ámbito educativo, becas y ayudas, libros de texto y el servicio de comedor para los niños con familias de pocos ingresos¹¹¹.

Ya en 2009, España era el quinto país de los 35 países ricos que menor capacidad tenía para reducir la pobreza entre sus niños y niñas. Desde entonces, la debilidad del sistema público de protección hacia la infancia y la familia se ha hecho mayor como consecuencia de la reducción de las ayudas y de los servicios públicos, especialmente a partir de 2010¹¹².

Por tanto, la coyuntura actual exige reformas profundas en las políticas familiares y en los sistemas de protección social con el fin de evitar las violaciones y la insuficiente cobertura de necesidades que viven esos menores, los recortes del gasto social que está originando la crisis multiplicarán exponencialmente las situaciones de riesgo y el retroceso de los derechos de la infancia. Además, tal y como ha reiterado en sus diversos informes el *Comité de los Derechos del Niño*, en el interior de los llamados Estados desarrollados es problemática la realización de los derechos de la infancia y de la adolescencia como consecuencia de los efectos y condicionamientos de una globalización que se estaría desarrollando de espaldas a los derechos y, en particular, de espaldas a los derechos económicos, sociales y culturales y al bienestar de las niñas y de los niños.

Frente a esta situación parece razonable sostener que el condicionamiento en función de la disponibilidad de recursos no impide hablar de obligaciones y que el compromiso de proceder a la implementación de estos derechos “hasta el máximo de los recursos disponibles” no deja de ser exigible. Sucede simplemente -y ya es bastante grave- que esas obligaciones se condicionan y limitan hasta un máximo determinado por los recursos o las posibilidades de los Estados partes. Esto puede dificultar el control jurídico-formal, pero no excluye su exigibilidad ni tampoco debe suponer una

¹¹¹ *Ibidem*, p. 15.

¹¹² *Ibidem*, p. 9.

renuncia a su control. Las medidas que supongan un retroceso deliberado de los derechos de la infancia y de la adolescencia ya sea como consecuencia del recorte del gasto social o de la normativa o los procedimientos necesarios para ejercer un derecho son una violación de derechos y no se justifican sin más apelando a la crisis. La justificación habrá de ser plena y razonable aún en ese contexto de crisis y en la misma habrán de contemplarse la referencia a todos los derechos de todas las personas en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos de que dispone el Estado, y no solo por referencia a políticas económicas para salir de la crisis impuestas por los agentes y los Estados que lideran la globalización y en las que no participan ni los Estados en desarrollo ni los grupos sociales más vulnerables que padecen en mayor medida las consecuencias de las crisis. Por lo demás, el contexto de crisis de los derechos de la infancia originado como consecuencia de la crisis financiera provocada por políticas económicas y modelos de desarrollo especulativos en los que no han tenido voz alguna los Estados en desarrollo y los grupos sociales aludidos está sirviendo ya para comprobar que la declaración del artículo 4 de la *Convención*, cuando apela a la “cooperación internacional” no deja de ser pura retórica.

RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS

1. El debate sobre la protección de la familia se sitúa, fundamentalmente, en su redefinición y límites para establecer un nivel mínimo de protección contra toda una serie de riesgos.

Pero, más allá de las diversas modalidades de protección de la familia existentes, las cuestiones que deben tenerse en cuenta para mejorar la eficacia de las medidas tomadas por los poderes públicos son: la determinación de un orden de prioridades que adapte la escasez de recursos a los problemas más graves; la optimización en la combinación de los fondos públicos y privados; la simplificación de los procedimientos; la aclaración de las responsabilidades de cada parte, ampliando la participación a escala regional y local, involucrando a los interlocutores sociales y manteniendo la flexibilidad para responder a las nuevas situaciones.

2. Apreciando que la diversidad y la complejidad de los sistemas que regulan la protección de la familia permiten establecer un *minimum*, se debería profundizar en la elaboración de una estrategia de convergencia a varias escalas.

Las posibles escalas recomendadas son: entre las políticas internas de los Estados y entre las políticas de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros espacios regionales dentro de la coherencia, estabilidad y competencia de las políticas comunes, que descansa en un alto grado de consenso político y social. Los objetivos establecidos de común acuerdo sirven de directrices para adaptar los sistemas nacionales a los cambios de la estructura familiar y a la evolución demográfica, garantizando el mantenimiento y estimulando el desarrollo de la protección social.

3. En el terreno de la protección de la familia, no se ha de reducir todo a la acción de la Administración pública, sino que se ha de potenciar la actuación de otros protagonistas.

Aparte de la acción de la Administración pública, debe potenciarse la acción de los jueces. La discreción judicial actúa para lograr la adecuación particular de las

normas jurídicas a los conflictos que surgen en las relaciones familiares para el logro justo de una auténtica satisfacción del interés de la familia, y de este modo obtener un respeto a la naturaleza del objeto regulado sin dejar a un lado sus notas consustanciales relativas a la índole y fin de la relación jurídica familiar, las particularidades de dicho objeto y los intereses ponderables. Similarmente, es conveniente potenciar la labor de las ONG, dentro de las que cabe destacar las que se interesan directamente por la familia y las que se ocupan de la educación para el desarrollo y la sensibilización de valores, junto a las que se orientan al estudio e investigación y a la elaboración de propuestas.

4. La protección de la familia ha de estar en consonancia con las importantes funciones que le son atribuidas y reconocidas socialmente.

La familia es un sistema social universal, un elemento clave en las estrategias de reproducción -biológica, económica, social y cultural- y una institución imprescindible en la formación de nuevos ciudadanos. Funciones tan importantes como la educadora, proveedora de recursos, socializadora, preventiva de riesgos de exclusión social, de solidaridad entre generaciones o transmisora de las ideas y valores fundamentales de una sociedad, colocan a la familia en una posición estratégica como destinataria de políticas públicas de protección jurídica, para lograr una mayor efectividad y garantía de los derechos de sus integrantes.

5. El Derecho ha de buscar respuestas actualizadas y adecuadas a unas familias que no permanecen estacionarias y que generan nuevas necesidades, en atención a sus diversas circunstancias de vida.

Pese a que la familia es un modelo universal no hay un modelo universal de familia. Una de las características de la familia es su diversidad, precisamente por su capacidad de adaptación a las circunstancias económicas, morales, sociales y culturales en las que se desenvuelve su vida. Los poderes públicos han de dar respuestas a las nuevas necesidades que van generando las familias, en unas nuevas condiciones de vida, en las que se plantean retos de gran calado para toda la sociedad, tales como: la baja tasa de natalidad, el envejecimiento de la población, el aumento de los divorcios, la monoparentalidad, la pobreza y la exclusión social o la atención a la dependencia.

6. Las personas, y sus derechos, han de ser las primeras y últimas destinatarias de la protección familiar.

La familia no es una institución orgánica en la que sus miembros pierdan su individualidad y las oportunidades de desarrollo personal. Las personas han de ser las últimas destinatarias de la acción pública y la familia, por sus importantes funciones en la formación de los individuos, un instrumento fundamental para proteger, garantizar y hacer efectivos los derechos humanos. Libertad, pluralismo, autonomía, responsabilidad y solidaridad son los ejes principales con los que se debe contar en el establecimiento de políticas familiares, en orden a la salvaguarda de los derechos de quienes las integran, especialmente de las personas que se encuentran en una posición más vulnerables y, por tanto, más necesitadas de la intervención del Derecho.

7. Se recomienda que haya una mayor consideración de las diferentes realidades familiares migrantes y la solidaridad familiar valedora de la protección y bienestar social de las mismas.

Una aplicación estricta de la legislación nacional y comunitaria, marcada por la nula sensibilidad al ámbito familiar, no evita la existencia de posibles situaciones de vulneración flagrante del derecho a la vida en familia como si no se tratara de un derecho fundamental y humano acorde con el estándar internacional de derechos humanos y la interpretación del artículo 8 CEDH del Tribunal europeo de Derechos Humanos¹¹³.

8. Se debe ampliar la protección jurídica a “otros posibles familiares que el reagrupante acredite como tales y con los que precise agruparse” con independencia de la dependencia económica.

Pese a las inclusiones de las parejas de hecho en el círculo familiar migrante se deben regular determinados vínculos de modo amplio y no estrictamente bajo pautas económicas (como, por ejemplo, aquellos entre los padres-abuelos de los inmigrantes, que pueden a menudo configurarse como un recurso crucial para el cuidado) así como tener en cuenta la gestión autónoma bagaje cultural para la protección de la situación de vulnerabilidad generadas por la eficacia de instituciones jurídicas extranjeras.

¹¹³ European Court of Human Rights (Third Section), 10/04/2012, Case K.A.B. v. Spain (Application no. 59819/08),

9. Debe existir un mínimo de garantías jurídicas ineludibles en el *iter* procedimental de la reagrupación familiar con el propósito de promover el disfrute del derecho a la vida familiar de modo expeditivo, humanitario y positivo.

Es necesario preservar la igualdad en derechos de los miembros de la familia, los bienes o intereses constitucionalmente protegidos en su conjunto, guardando la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida en la fiscalización administrativa de supuestos de fraude: matrimonios de conveniencia o pruebas de ADN. Además de promover la eliminación de requisitos restrictivos (casa, renta) o valorativos (esfuerzo de integración) como presupuesto para reconocer a los inmigrantes mayor autonomía y responsabilidad en la gestión de la propia vida familiar de la que ya gozan en el caso de que decidan formar, más que reagrupar, una familia.

Las propuestas números 7, 8 y 9, como punto de partida, podrían equilibrar así los desajustes compositivos y las etiquetas derivadas de una normativa de extranjería y unas políticas migratorias empeñadas en una defensa del mercado laboral que hace ceder la cohesión y protección integrada de las familias migrantes.

10. En relación con la protección de la mujer en el contexto familiar se propone:

a) Liberar a la mujer de la lógica opresiva del cuidado fomentando su autonomía.

En este punto resulta imprescindible visibilizar y poner en valor el trabajo de cuidado que tradicionalmente han venido desarrollando las mujeres en el espacio privado como contribución esencial al mantenimiento y al buen funcionamiento de la sociedad. Y, además, favorecer que la función de cuidado no sea asumida en exclusiva por las mujeres evitando los efectos perversos que ello supone para su realización personal y profesional. En este sentido, se apuesta por el tránsito definitivo desde las políticas de conciliación a las políticas de corresponsabilidad social. Desde el enfoque de la corresponsabilidad la responsabilidad del cuidado no debe recaer solo en las mujeres, sino también en los varones (que deben hacer uso de los derechos de conciliación rompiendo con la tradicional división sexual del trabajo), en otros miembros de la familia (como una cuestión de solidaridad y de apoyo intrafamiliar), en el Estado (que debe proporcionar servicios e infraestructuras de cuidado suficientes y

flexibles adaptados a las necesidades reales de las familias) en otros agentes sociales (como lo sindicatos que deben contemplar los derechos de conciliación como parte esencial de la negociación colectiva) en el mercado y las empresas (que han de cambiar su percepción negativa de la conciliación como un coste inasumible y favorecerla) y en la sociedad en general.

b) Resulta imprescindible avanzar en la erradicación de la lacra de la violencia contra las mujeres que se ejerce en el contexto familiar que debe ser considerada, en todas sus expresiones, como una vulneración de derechos humanos.

Para ello se proponen algunas mejoras de la regulación contenida en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Estas mejoras consisten en lo esencial en promover los aspectos preventivos, de sensibilización y de detección, en perfeccionar el sistema de valoración del riesgo, en promover un diseño personalizado y eficaz de las medidas de protección dotando de recursos adecuados, en mejorar la coordinación de las Administraciones y servicios implicados, en profundizar en la formación de profesionales especializados en todos los ámbitos en los que interactúan las víctimas, en erradicar las barreras que dificultan el acceso a la justicia, en prestar atención especializada a los menores y las mujeres en situación de especial vulnerabilidad, en avanzar en la asistencia integral a las víctimas y en garantizar el derecho de reparación.

En todo caso, la crisis económica no puede suponer un paso atrás en la lucha por la igualdad de la mujer en el contexto familiar. Por ello debe evaluarse el impacto de género de los recortes en servicios sociales, re-activarse plenamente la Ley de dependencia y exigir que las empresas no utilicen la crisis como excusa para incumplir los derechos de conciliación. El presupuesto para la lucha contra la violencia de género no puede verse afectado por la política de austeridad. Por el contrario deben invertirse más recursos humanos, técnicos y materiales en su erradicación.

c) Debe apostarse de manera clara y decidida por la formación y la educación en derechos humanos y en igualdad sexual.

Este es el camino más eficaz para acabar con toda clase de discriminación y de sexismo en cualquier ámbito, y también en el contexto familiar. En este sentido, y en

cumplimiento de algunas de las previsiones contenidas en la legislación española, deben diseñarse e implementarse programas de formación de profesionales, incluir contenidos relacionados con los derechos de las mujeres, la erradicación de la división sexual del trabajo y la lucha contra la violencia de género en los estudios universitarios, y tratar esta materia en la nueva asignatura Educación cívica y constitucional.

11. En relación con la protección de la infancia en las familias las propuestas son:

a) Debe haber un cambio en la solución a los problemas que provienen del impago de pensiones.

Las políticas familiares y el Derecho en general -de familia y penal- vienen dando una respuesta insuficiente y mal gestionada a los problemas que plantea el impago de las pensiones de alimentos en las situaciones de ruptura familiar y, en general, a la pobreza que muchos niños y niñas españoles están padeciendo actualmente. Debería plantearse críticamente las prioridades entre la respuesta represiva y la protección social frente al impago de pensiones de alimentos.

b) Las políticas públicas que tienen como objeto a las familias monoparentales deben ser de distinta naturaleza.

Al desafío que plantea el previsible aumento de las familias monoparentales en los países europeos y también en España, así como la diversidad y pluralidad existente entre ellas, hay que responder desde las políticas públicas tanto sociales, económicas como legislativas. Dado que estas familias siguen siendo uno de los colectivos con una mayor precariedad -en medio de las cuales existen unas preocupantes tasas de pobreza infantil- y que requieren de unas determinadas prestaciones y servicios adecuados.

c) Hay que cambiar la dirección de los destinatarios de las políticas públicas.

Habría que plantearse seriamente, también, un cambio en la dirección de las actuales políticas que favorecen más a los hogares en los que solo hay adultos para que fueran dirigidas prioritariamente a las familias con hijos a cargo, tal y como ocurre en otros países de nuestro entorno. No hay que olvidar que no todas las familias disponen

de los mismos recursos y que el asunto del cuidado y atención de los hijos no es un asunto privado sino que el Estado y las Comunidades Autónomas tienen funciones de protección social y de atención a las familias y a sus miembros.

d) Para que haya una mejor protección de los derechos de los niños y niñas se precisa llevar a cabo reformas importantes.

En la coyuntura actual se necesita de reformas profundas en las políticas familiares y en los sistemas de protección social con el fin de evitar las violaciones y la insuficiente cobertura de necesidades que viven niños y niñas, teniendo en cuenta que los recortes del gasto social que está originando la crisis multiplicarán exponencialmente las situaciones de riesgo y el retroceso de los derechos de la infancia.