



# LA FAMILIA MONOPARENTAL: AUSENCIA DE ATENCIÓN POLÍTICA Y LEGISLATIVA Y SU IMPACTO SOBRE LA SITUACIÓN SOCIOLABORAL DE LA MUJER

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

*Catedrático de Derecho del Trabajo*  
Universidad Pública de Navarra

## EXTRACTO

El objetivo fundamental del este artículo es analizar el grado de atención que dispensa el ordenamiento jurídico español a la familia monoparental, a partir de dos elementos clave de su caracterización: por un lado, el perfil feminizado, esto es, el hecho de que la mayor parte de las familias monoparentales esté encabezado por mujeres, y, por otro, la sobrecarga de trabajo del progenitor sólo, que aqueja en especial a la mujer trabajadora.

En el análisis realizado ha podido comprobarse que una de las variables de mayor peso explicativas de la dimensión de género que presenta la familia monoparental reside en el régimen legal de atribución de la custodia de los hijos separados o divorciados sólo a uno de los padres y en la tendencia cultural y judicial a otorgarla a la madre, lo que perpetúa su anclaje en la esfera doméstica, haciendo aún más gravosa su situación laboral. Esta situación, que constituye un obstáculo serio para la integración social y laboral femenina, no tiene un tratamiento especial en el ordenamiento jurídico laboral español.

Aunque no se descarta que alguna de las medidas de la Ley 39/1999, de Conciliación de la vida laboral y familiar pueda en algún momento facilitar la vida laboral de la madre o padre sólo en estas circunstancias, las medidas, en general, resultan bastante insatisfactorias, toda vez que se basan en un modelo de participación dual, totalmente impracticable en el caso del progenitor monoparental, a menos que se introduzca un verdadero régimen de coparentalidad y se promueva la igualdad biparental tras la ruptura conyugal, que no es, desde luego, intención de la Ley 15/2005, de 8 de julio de reforma del divorcio.

A pesar de lo agudo del problema, la protección de la familia monoparental no se ha incorporado todavía con sustantividad propia a ninguna de las políticas de familia, de empleo o de inclusión social y continúa en espera de una ordenación unívoca. Como fórmulas para superar el estado de imperfección y la ausencia en que de forma casi deliberada ha dejado el legislador la protección de la familia monoparental, en el trabajo se proponen algunas actuaciones dirigidas a responder a la acumulación de tareas y a la falta de apoyos familiares, y a dar solución también a las relaciones materno/paterno filiales y al reparto de responsabilidades familiares de los padres separados.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA SITUACIÓN SOCIODEMOGRÁFICA DE LA FAMILIA MONOPARENTAL EN ESPAÑA
3. LOS PROBLEMAS QUE PADECEN LAS FAMILIAS MONOPARENTALES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA
4. EL TRATAMIENTO DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA
  - 4.1. El concepto de familia protegida por la Constitución Española
  - 4.2. El régimen de la custodia de los hijos en los tipos de monoparentalidad vinculada a la conyugalidad
  - 4.3. La virtualidad aplicativa de las medidas laborales (en especial, los instrumentos de conciliación laboral y familiar) a las familias monoparentales
  - 4.4. La protección de las necesidades de la familia monoparental por el sistema de seguridad social
  - 4.5. La contemplación de la familia monoparental en el plan integral de apoyo a la familia 2001-2004
  - 4.6. La aplicación de las medidas de integración sociolaboral a las familias monoparentales en riesgo de exclusión social
5. INICIATIVAS LEGISLATIVAS: LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO, DE REFORMA DEL DIVORCIO Y LA CUSTODIA COMPARTIDA
6. PROPUESTA DE NUEVAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA MONOPARENTAL

## 1. INTRODUCCIÓN

La estructura familiar muestra signos que apuntan a un cambio de modelo, fruto de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, la autonomía adquirida y de los incrementos de ruptura matrimonial, «que han contribuido de forma conjunta a la separación entre el matrimonio y la parentalidad» (FLAQUER). Aunque siga manteniendo un predominio indiscutible el modelo tradicional de familia integrado por los dos progenitores y su progeñie, son cada vez más frecuentes las familias sin un núcleo básico de conyugalidad, principalmente, las llamadas familias monoparentales compuestas por un solo adulto —generalmente una mujer— y uno o varios hijos menores de 18 años viviendo juntos.

La tendencia ascendente de esta modalidad no está ligada exclusivamente a los procesos de desestructuración de la familia tradicional, derivados de muerte o de ruptura conyugal. Un número creciente de casos aparece vinculada a la finalización de la cohabitación o uniones de hecho sin existencia previa de conyugalidad, dada la cada vez más fuerte incidencia de este tipo de convivencia en nuestro país. Y también tiene que ver con la elección individual, en particular, con la capacidad de decidir directamente sobre la parentalidad al margen de cualquier otro tipo de convivencia añadida. En el momento actual, la lógica de unas vidas basadas en proyectos individuales está adquiriendo cada vez más peso y abundan familias basadas en una simple relación electiva y asociativa de personas individuales

(FLAQUER). Una manifestación muy expresiva se encuentra en las padres o madres solteros que acogen o adoptan hijos.

De todas formas, no es la tendencia cuantitativa de los hogares monoparentales lo que despierta un mayor interés en la atención de esta forma de convivencia, sino la importancia cobrada por la dimensión de género y las situaciones sociales de riesgo. Preocupa el perfil feminizado que presenta; se trata de un nuevo modelo en el que la mujer en una proporción más elevada que el varón, aparece ejerciendo el liderazgo moral y material y asumiendo cotidianamente el grueso de las labores y la responsabilidad diaria de la mayor parte de las cuestiones que afectan directamente a los hijos (BARRÓN). Por otra parte, es frecuente la asociación de esta modalidad de hogar con situaciones sociales de riesgo, vinculada a la pobreza y a la exclusión social (BARAÑANO CID y DE LA PAZ). La relación entre la situación financiera y ocupacional de quien ostenta la jefatura familiar y el grado de pobreza padecido, proporciona seguramente la visión más real de estos fenómenos demográficos, que se encuentran en una situación de desventaja respecto de la familia nuclear, integrada por los dos progenitores.

La finalidad de este trabajo es valorar el tratamiento de la familia monoparental en el ordenamiento jurídico español; ver en qué punto se encuentra la legislación española en materia de protección de la familia monoparental, si atiende —y en qué medida— sus intereses, y, en último término, reflexionar sobre las medidas que es necesario impulsar para conseguir avances en esta materia.

Por lo que al método de análisis y enfoque se refiere, y como paso previo a ese análisis jurídico, parece ineludible hacer una caracterización mínima de la composición y dinámica de la familia monoparental, describiendo con datos estadísticos el número de familias monoparentales, el perfil personal del progenitor sólo, y las tasas de empleo de este grupo; asimismo, se hace imprescindible poner de relieve con algún detalle cuáles son las causas que inducen a la monoparentalidad y los principales problemas que acechan a las familias monoparentales.

Una vez realizado este breve diagnóstico, el objetivo básico y central de este trabajo consistirá en analizar las luces y sombras —o, si prefiere, suficiencias e insuficiencias— que presenta nuestra legislación en esta materia, comenzando por la Constitución Española en lo que se refiere a la configuración de la familia, siguiendo por una de las instituciones de Derecho Civil que más tiene que ver con la ruta hacia la monoparentalidad, como es la guarda y custodia de los hijos separados o divorciados, y haciendo un especial hincapié en todas aquellas medidas de índole laboral o de seguridad social que, concebidas con finalidades varias, puedan incidir en la atención de las necesidades de los integrantes de la familia monoparental. La atención se concentrará especialmente en el análisis de las medidas dirigidas a compatibilizar la vida laboral y familiar y en las previsiones de Segu-

ridad Social en materia de prestaciones, así como en cuantas otras acciones y medidas, encuadradas dentro del ámbito de actuación de los Servicios sociales, puedan ir dirigidas a intervenir en determinadas situaciones de grave riesgo de vulnerabilidad o de exclusión social de la familia monoparental.

Por último, en el ámbito de las propuestas de lege ferenda, se abordará la incidencia de la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio en las relaciones parentales y en el patrón cultural que asigna a las madres la custodia de los hijos separados y que explica una mayor configuración femenina de la monoparentalidad, y se apuntarán algunas líneas de actuación para solucionar los problemas, o, por lo menos, para garantizar una mejor calidad de vida al progenitor sólo que asume el cuidado cotidiano de los hijos menores.

## 2. LA SITUACIÓN SOCIODEMOGRÁFICA DE LA FAMILIA MONOPARENTAL EN ESPAÑA

Como se ha señalado anteriormente, la estructura social de la población, tanto en la Unión Europea como en España, está registrando un importante cambio. Se observa un progresivo incremento de las familias monoparentales. Si en 2000 los resultados de la Encuesta de Población Activa, correspondiente a ese año, arrojaban una cifra de en torno a 182.000 hogares monoparentales en España, con un 6.2 por 100, a mediados de 2003, el número de familias formadas por un adulto sólo con hijos alcanzaba la cifra de 320.000, un 7 por 100 de todos los hogares con hijos dependientes (según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE); *El País*, 25 de octubre de 2003, pág. 27).

Con todo, la proporción española sigue estando por debajo de la media de la UE- 15, donde en su conjunto se alcanzan cifras superiores al 9 por 100, y en la que las posiciones de los países varían mucho, llegando en algún caso, como Suecia, a superar el 22 por 100 (según datos del Panel de Hogares de la Unión Europea, correspondientes a la última oleada de 2001, y por tanto, no muy actualizados aunque se hayan dado a conocer recientemente; CES, «Panorama sociolaboral de la mujer en España», núm. 38, cuarto trimestre 2004).

El rasgo que determina el perfil actual del hogar monoparental es la feminización. Las madres están al frente del 89, 13 por 100 de las familias monoparentales. Y, por tanto, sólo el 10, 87 por 100 de estos hogares están encabezados por hombres. Dicho de otra manera, en 9 de cada 10 familias monoparentales la jefatura familiar la ostenta la madre. Así que, quien sufre en mayor medida la acumulación del ejercicio de responsabilidades familiares y laborales es la mujer, aunque en los últimos años se está produciendo un crecimiento relevante de hogares monoparentales integrados por hombres.



La familia monoparental española se caracteriza, también, por el alto índice de actividad laboral de las personas que están a cargo de estos hogares. Cabe destacar que con los datos del Panel de Hogares de la Unión Europea, la tasa de las madres solas que trabajan resulta 26 puntos porcentuales más alta que la del total de mujeres en un tramo de edad homogéneo entre 25 y 49 años; el porcentaje se sitúa en un 82 por 100 para las madres solas y en un 56 por 100 para el total de mujeres. Este porcentaje de madres solas trabajando es incluso netamente superior al de la U. Europea, que se sitúa en un 69 por 100.

En el surgimiento de la familia monoparental intervienen diversos factores. Tradicionalmente, se han identificado tres posibles «causas precipitadoras de la monoparentalidad» (BARRÓN); a saber: a) la quiebra del vínculo matrimonial o las situaciones de separación en los casos de ausencia de conyugalidad; b) la viudedad, y c) la maternidad solitaria o extraconyugal.

El factor que más incide en la aparición de las familias monoparentales son los procesos de ruptura matrimonial, que no dejan de crecer. En el año 2003 se produjeron más de 126.000 separaciones y divorcios; la ruptura familiar creció en más del 10 por 100 con respecto al año anterior, en 22, 8 por 100 respecto del año 2001, en 31 por 100 respecto de 1999 y más del 50 por 100 desde el año 1996. Es muy probable que con la reforma que pretende introducir el Gobierno en las condiciones para la ruptura matrimonial, se incremente aun más el porcentaje de separaciones y con ello las posibilidades de entrada en la monoparentalidad. De todas formas, estas cifras en sí mismas no son expresivas de monoparentalidad, porque la finalización del vínculo conyugal sin la existencia de la progenie no comporta un tipo de estructura familiar monoparental; son las rupturas de familias con hijos las que lo generan. Pero, en todo caso, es evidente que la ruptura es la principal ruta de entrada, pues la mayoría de las mujeres que están solas al frente del 89, 13 por 100 integran casos de monoparentalidad derivados de un vínculo matrimonial; es decir, son madres separadas o divorciadas (186.400, según el Instituto de la Mujer).

A la monoparentalidad se accede también a través de la viudedad, que no afecta por igual a hombres y mujeres, pues la esperanza de vida de las mujeres supera en siete puntos a la de los hombres. Una buena parte de las familias monoparentales procede de otras familias previas que con el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja se ven reducidas a un solo progenitor y a los hijos no emancipados. Se calcula que hay unas 51.200 viudas al frente de los hogares monoparentales de un total de 61.600 viudas o viudos con hijos a cargo.

Otra ruta posible de entrada a la monoparentalidad es —como se ha observado— la maternidad o paternidad solitaria al margen de la conyugalidad. Junto a las madres solteras, esto es, madres adolescentes o no con hijos, que

involuntariamente entran en la monoparentalidad, ha surgido un nuevo tipo de madre, que decide voluntariamente engendrar biológicamente o ejercer la maternidad en solitario, y que responde al perfil de una mujer que participa en el mercado laboral y que cuenta con autonomía económica. A ello debe añadirse el fenómeno, relativamente minoritario pero que va en aumento, del hombre soltero (hetero u homosexual) que opta por ejercer la paternidad en solitario, bien sea bajo la forma del acogimiento o de adopción de hijos.

Al margen de las indicadas rutas fundamentales, un acercamiento a la realidad sociológica de la estructura familiar del país posibilita contemplar la emigración como otra causa de aparición de la familia monoparental. Aunque no se conoce el peso real, existen casos de familias monoparentales protagonizados por los progenitores inmigrantes, esto es, mujeres embarazadas que traspasan la frontera y dan a luz en nuestro territorio, o madres o padres extranjeros que llegan con algún hijo menor y se instalan en nuestro país, haciéndose cargo temporalmente de los hijos hasta que consiguen reagrupar a toda la familia.

### 3. LOS PROBLEMAS QUE PADECEN LAS FAMILIAS MONOPARENTALES

La situación de monoparentalidad acarrea dificultades y problemas de diversa índole, derivadas de la ausencia parental de uno de los progenitores. No todas ellas están ligadas a la posición económica y la integración sociolaboral del que ostenta la jefatura monoparental, sino también a la atribución de la patria potestad y el desarrollo emocional y social de los hijos de los padres separados.

Merece la pena, ante todo, desglosar estas dos dimensiones porque, al margen de que no puede medirse sólo en términos económicos o laborales este fenómeno, existe una conexión íntima entre ambos, habida cuenta que un aspecto clave en las conformaciones monoparentales, reside en la definición de las relaciones de guarda y custodia, adjudicado generalmente de forma excluyente a la madre, concentrando en un solo progenitor la jefatura familiar.

Por lo que respecta a la relación de guarda de los hijos separados y la asistencia en el desarrollo social de los mismos en las familias monoparentales, se detecta un problema de desigualdad parental que redundan en perjuicio de los hijos de parejas separadas o divorciados.

Como es sabido, en los casos de quiebra del vínculo matrimonial, el criterio ordinario que se viene aplicando es el de atribuir la custodia a uno de los padres. A pesar de las políticas de igualdad de oportunidades entre hombre y mujer, de la evolución social y del derecho del menor a relacio-

narse con los dos padres, la guardia y custodia del menor se otorga a la madre en un 94 por 100 de casos, aplicándose al progenitor no custodio un régimen más o menos quincenal de visitas. No se trata de una decisión que el juez adopta ante la ausencia de convenio regulador o de acuerdo concreto; son los propios padres los que toman la decisión de que la custodia la ejerza la madre. Según estudios realizados, en el 93 por 100 de las rupturas acordadas (que representan el 64 por 100 de las rupturas totales), se acordó que ejerciese tal derecho la madre, lo que supone que gran parte de los hombres renuncian al ejercicio de la parentalidad. Esta tendencia cultural a otorgar el cuidado de los hijos a uno sólo de los conyuges (custodia monoparental), y en concreto a la madre no está claro que no resulte perjudicial al menor, pues, como consecuencia de la separación, se pierde el contacto directo con el padre y eso produce un daño afectivo en el menor que va a experimentar un déficit en su proceso de desarrollo de la personalidad y en el control de los impulsos. Ciertos autores encuentran una fuerte asociación estadística entre ausencia paterna y delincuencia y las variables de «contacto con el padre» y el rendimiento escolar (LLEDÓ SANDOVAL; CHOUHY).

Por otra parte, analizada la situación desde el plano de la integración social y laboral de quien ostenta la jefatura, se identifica la sobrecarga de trabajo como el más importante problema, que dificulta, cuando no imposibilita, garantizar de forma autónoma la supervivencia de la familia. El progenitor que se queda al cargo de la prole, tiene que hacer frente en solitario al grueso de las tareas de mantenimiento del hogar propiamente dichas (limpieza, cocina, etc.), así como a la responsabilidad de las cuestiones que afectan a sus hijos, proporcionándoles una serie de servicios y cuidados, haciendo, además, todo ello compatible con su otra actividad fuera del hogar. Ello constituye un problema especialmente grave para la madre sola, que, por lo general, pasa a tener una posición económica más débil que antes de la entrada en la monoparentalidad, merced a su adscripción cultural prevalente a las tareas domésticas, o a su posición menos favorable en el mercado de trabajo. En muchos casos se ve obligada a trabajar fuera del hogar, con unas posibilidades más reducidas de encontrar empleo con suficiente remuneración. Existe evidencia abundante de esto en los casos de madre sola, donde —como se dijo antes— se registra un alto porcentaje de activas en esta situación.

Unido a lo anterior, se advierte el problema de la ausencia de un servicio de apoyo al cuidado de los niños. El progenitor sólo no cuenta con ayudas externas para hacer compatible la familia y el empleo y se le plantean serias dificultades para atender a los menores en edad preescolar, las enfermedades de los hijos, o para cubrir los desajustes temporales entre jornada laboral y horarios y vacaciones escolares. La consecuencia de la doble carga suele ser que la esfera laboral acaba cediendo terreno parcial o totalmente a la personal. Ante la falta de apoyos externos, algunas madres solas se

ven abocadas a retirarse temporalmente del mercado de trabajo o a renunciar a parte de la jornada para dedicarse a la atención y cuidado de los hijos. Y en no pocos casos, supone la expulsión del mercado de trabajo como consecuencia de las múltiples ausencias, y permisos que han de solicitar a la empresa para atender los requerimientos de los hijos menores.

Por último, es obligado mencionar la situación de riesgo de exclusión social en que se encuentran las familias monoparentales, como consecuencia de las dificultades económicas sobrevenidas. No debe olvidarse que en muchos casos de monoparentalidad vinculada a la separación matrimonial, no se derivan ingresos propios, o bien se percibe una pensión que no garantiza la autosuficiencia a la familia monoparental; de manera que el incumplimiento del pago de las pensiones, puede desembocar fácilmente en los procesos de la pobreza y la exclusión. Por otra parte, el abandono o la expulsión del mercado de trabajo por cuidado de hijos cuando no hay una fuente de ingresos o rentas suficientes, conduce irremisiblemente también a las situaciones de pobreza. Junto a todo lo anterior intervienen también en alguna medida las muy bajas pensiones de viudedad que se perciben, que se tornan asimismo en circunstancias causantes de estos procesos de pobreza. Desde luego, está suficientemente demostrada la relación entre monoparentalidad y pobreza. Distintos estudios ponen de relieve que una de cada tres familias monoparentales encabezadas por una mujer es pobre o muy pobre (SARIEGO). En consecuencia, los progenitores monoparentales (madres especialmente) parecen firmes candidatas a entrar en la pobreza y, en bastantes casos, a padecer incluso la exclusión social.

#### 4. EL TRATAMIENTO DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Tras este acercamiento preliminar a las connotaciones sociales, las causas y los problemas que derivan de la monoparentalidad, procede entrar en el análisis del estado legislativo actual. Metodológicamente, su estudio se hará siguiendo los ámbitos o centros de imputación normativa donde se proyecta principalmente la situación de la monoparentalidad. El objetivo es obtener una idea, lo más aproximada posible, de la atención que, directa o indirectamente, presta el ordenamiento jurídico a las familias monoparentales.

El análisis se realizará, como se ha señalado al principio, desde una triple perspectiva: a) Constitucional: se trata de ver si el concepto de familia protegida por la CE acoge la familia monoparental; b) Derecho civil: se abordará el problema de la custodia de los hijos en los casos de padres separados, por ser la ruptura matrimonial y la asunción del cuidado de los hijos uno de los elementos determinantes de la configuración de la familia monoparental; c) Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: se plantea-



rá, por un lado, si las medidas laborales atienden a la problemática del progenitor monoparental, fundamentalmente, al aumento de carga de trabajo que deriva de la suma de obligaciones familiares y laborales; y, por otro, si las previsiones vigentes en materia de prestaciones y servicios sociales protegen las situaciones de necesidad de las familias monoparentales.

La aproximación jurídica al problema se completará con el análisis de las medidas que se vienen impulsando a favor de la familia, señaladamente desde el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2001-2004, de 8 de noviembre de 2001, y con el estudio de las actuaciones de los poderes públicos en relación con la prevención de los riesgos de exclusión social.

#### 4.1. El concepto de familia protegida por la Constitución Española

La Constitución Española no contiene una definición expresa de la realidad familiar. El art. 39. 1 CE sólo alude a la familia como objeto de protección social, económica y jurídica por parte de los poderes públicos, pero sin dar una noción de la misma. Por lo que no existe un reconocimiento explícito de la familia monoparental.

No obstante, el art. 39. 1 CE, al no hacer referencia en ningún momento al matrimonio, permite entender —como el propio Tribunal Constitucional ha admitido— que la familia protegida constitucionalmente no tiene que ser necesariamente la que tiene su origen en el matrimonio (STC 222/92). El Tribunal Constitucional, desmarcándose de la concepción de la familia contenida en el Código Civil, tiene declarado que el concepto constitucional de familia se corresponde con la formada por un conjunto de personas unidas entre sí por lazos de parentesco o «conyugalidad», sin necesidad de que la convivencia se base y origine en el vínculo jurídico del matrimonio (RIVAS), por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar. De alguna manera, se reconoce que el art. 39.1 CE extiende su protección a la familia fundada en el matrimonio y también a aquellas otras formadas sobre otra relación de convivencia.

Por otra parte, el apartado 2 del art. 39 CE, que se refiere a los componentes de la familia, dice que «los poderes públicos asegurarán la protección integral de los hijos (...) y de las madres cualquiera que sea su estado civil». Parece que lo determinante para la protección de la familia no es sólo la convivencia o unión afectiva y estable entre dos personas, sino también la existencia de hijos. Una vez que se está en presencia de hijo, no cabe excluir la consideración de familia.

Pero es que además, de este apartado 2 se deduce implícitamente un reconocimiento de una determinada familia monoparental, la formada por los hijos y uno de los progenitores, en concreto, la madre, cualquiera que

sea su estado civil, en la medida en que a ambos se les hace objeto de protección conjunta.

Ahora bien, el entramado plural de situaciones que componen la realidad de la familia monoparental, trasciende, sin embargo, la relación específica de la madre con el hijo. El enunciado del art. 39.2 CE no contempla la realidad familiar integrada por el padre (hombre soltero, separado o divorciado) que asume en solitario el cuidado cotidiano de su progenie. Pero esa referencia a la madre sola en el artículo mencionado no puede ser considerada como limitativa de las situaciones que integran la familia monoparental protegida constitucionalmente, porque ya la sola existencia de hijos se convierte en presupuesto para que se reconozca sin más la existencia de familia, por lo que ha de estimarse que la enumeración constitucional no agota el entramado de situaciones de monoparentalidad protegidas, debiendo incluirse el tipo de paternidad solitaria o extraconyugal.

En suma, ya sea porque el contenido constitucional del art. 39.1 acoge distintas realidades de convivencia familiar, o ya sea porque el apartado 2 dispensa protección a toda relación parental, lo que resulta de ambos principios es que la Constitución protege igualmente a las estructuras integradas por un progenitor sólo y su progenie, independientemente de cuál sea la causa originaria de la monoparentalidad.

#### 4.2. El régimen de la custodia de los hijos en los tipos de monoparentalidad vinculada a la conyugalidad

Dado que una de las «causas precipitadoras» de la monoparentalidad es la ruptura del vínculo matrimonial con existencia de progenie, el análisis que interesa desde el punto de vista del Derecho Civil es el de las instituciones que dan lugar a la entrada en la monoparentalidad, en concreto, la atribución de la guarda y custodia de los hijos a uno de los progenitores separados o divorciados. Por tanto, nos centraremos únicamente en las cuestiones que afectan al régimen legal de guarda y custodia de los hijos separados o divorciados.

Recientemente se ha producido un cambio trascendental en esta materia, tras la aprobación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Sus efectos apenas se han hecho notar, porque ha transcurrido muy poco tiempo. Por ello y por cuanto se trata de analizar la situación actual y las causas determinantes de la misma, nos ocuparemos de las disposiciones que han estado en vigor durante todo este tiempo pasado, sin perjuicio de examinar atentamente, más adelante los cambios que trae la nueva Ley de reforma del divorcio.



En nuestro Derecho matrimonial, la anterior Ley del divorcio 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, sólo contemplaba la posibilidad de que la guarda y custodia se diese al padre o a la madre; esto es, se inclinaba a favor de la custodia monoparental. Este es el criterio ordinario que se ha seguido en los convenios reguladores y el que han venido aplicando los Tribunales ante la ausencia de convenio regulador o de acuerdo concreto.

En caso de conflictos personales, el criterio básico a que debía atenderse el juez en la adopción de la guarda o custodia era el *favor filii* (LA CRUZ BERDEJO y OTROS), o lo más beneficioso para los hijos, para cuya ponderación no se proporcionaba criterio de discernimiento alguno, salvo el de la no separación de los hermanos. En todo caso, quedaba excluido tomar en consideración la vieja idea de culpabilidad del cónyuge, que en el antiguo modelo de la separación justificaba que éste quedase aislado, o la obligación de otorgar la guarda a favor de la madre del hijo atendiendo a su corta edad, por ser contrarios al principio de igualdad de sexo. No obstante, y a pesar de la derogación de estos criterios y la evolución social, se ha tendido notoria e injustificadamente a ignorar al padre, otorgando generalmente a la madre la custodia de los hijos menores, dando lugar a la mayoritaria presencia de familias matrifocales.

Al progenitor privado de la guarda y custodia (el padre, normalmente) se le ha venido reconociendo sólo el derecho denominado de visita (art. 94 CC), que en la teoría es algo más amplio que como en la práctica se disciplina. Comprende no sólo el derecho del padre e hijo a verse durante una serie de horas, sin pernoctar, bien sea en el domicilio del progenitor guardador, o en otro lugar, sino el derecho a mantener entre ellos una comunicación a través de los medios de comunicación (correo, teléfono, correo electrónico, etc.), sin que pueda ser intervenida por el progenitor guardador — que debe además, facilitar dicha comunicación—, así como el derecho del progenitor no custodio a tener al hijo en su compañía, pernoctando en su domicilio, bien los fines de semana o en periodo de vacaciones escolares (MONTERO AROCA).

No obstante, cabía que la guarda y custodia fuese compartida; esto es, que se atribuyera a los dos progenitores con alternativas de temporalidad. La posibilidad de la custodia compartida no se negaba en la ley; ningún precepto lo prohibía expresamente. Pero los Tribunales han sido muy remisos a concederla, por considerar que la custodia compartida no es adecuada ni coherente con el *favor filii*, en cuanto «que se revela como permanente fuente de conflictos con repercusión perniciosa en el estado de los hijos menores» (SAP Girona de 9 febrero de 2000) y representa un continuo cambio no solo de ámbito familiar, sino de hábitos y costumbres del hijo con la consiguiente repercusión en su formación integral (SAP Barcelona de 23 de septiembre de 1999).

No obstante, algunas sentencias aisladas han admitido la tutela compartida, atendiendo a las singulares circunstancias de proximidad de las viviendas de los familiares que facilitaban el que el niño no viese agravada la situación por la modificación de sus entorno y la pérdida de la cercanía del padre y de la madre (SAP Barcelona de 16 de septiembre de 1998). Este régimen no se limitaba sólo a los casos de acuerdo entre los progenitores, sino que podía ser concedido por el juez como medida en beneficio del hijo, aun sin solicitarlo ninguno de ellos. Así, al menos la SAP de Valencia de 22 de abril de 1999, al señalar que la custodia compartida puede plantearse de oficio el Tribunal, por cuanto los principios de rogación y congruencia no rigen en materia que afecte al interés público de resolver en beneficio del niño.

La tendencia cultural y judicial a otorgar la custodia del hijo a la madre ha influido decisivamente en la configuración de la familia monoparental, arrojando el resultado —ya señalado— de que la mayoría de las familias monoparentales estén encabezadas por una mujer. Pero lo grave no es que haya venido a romper la aparente neutralidad de la familia monoparental, conformando una familia matrifocal, sino el fuerte impacto negativo que tiene sobre la situación profesional y las condiciones de integración sociolaboral de la mujer en España.

Esta adjudicación a la mujer de la guarda y custodia de los menores ha venido a perpetuar el papel tradicional como responsable en exclusividad de las tareas domésticas y en particular de las tareas de atención a los hijos menores de su familia. Además, a las madres que trabajan fuera del hogar, esa situación les exige un aumento, aún más, si cabe, de la carga de trabajo sin posible descarga de ella, y les entraña diversos riesgos, entre otros, el de perder su empleo por decisión del empresario como consecuencia de las ausencias al trabajo por atención de los hijos. Y para la madre que se encuentre en desempleo, la atribución en exclusiva de los hijos suele desencadenar problemas aun más graves, porque sus expectativas de encontrar empleo se reducen considerablemente, por el recelo empresarial a contratar a una mujer sola separada o divorciada con hijos a cargo, lo que suele acabar generando con frecuencia, situaciones de pobreza y aun de exclusión social, que afectan no solo a las propias madres solas, sino también al núcleo familiar.

#### **4.3. La virtualidad aplicada de las medidas laborales (en especial, de los instrumentos de conciliación laboral y familiar) a las familias monoparentales**

En el ámbito laboral no se otorga un tratamiento específico a las familias monoparentales. La particular situación de liderazgo solitario y de sobrecarga que sufre el progenitor solo no es contemplada, ni hay, por tanto,



una política laboral específicamente dirigida a proteger a la mujer sola de su debilidad laboral y de su posible pérdida de empleo y a garantizar una suficiencia económica.

En ausencia de una política global que contemple de forma integral la problemática laboral de la mujer sola, resulta obligado un análisis diferenciado de los distintos tipos de medidas legales de carácter estrictamente laboral, que pueden estar orientadas a servir a las necesidades de la estructura familiar monoparental, así como de los dispositivos de garantía dirigidos a combatir todas las formas de discriminación en relación con la utilización de los instrumentos de conciliación de la vida familiar y laboral.

1) En primer lugar, habrá que mencionar las medidas articuladas como instrumento de conciliación de la vida familiar y laboral y los mecanismos relativos a la reducción del tiempo de trabajo

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que modificó diversos preceptos del Estatuto de los Trabajadores, contiene interesantes medidas destinadas a garantizar la compatibilidad entre trabajo y familia y a impedir que las responsabilidades familiares sean un obstáculo a la integración de la mujer en el mercado de trabajo, partiendo del hecho objetivo de que en las relaciones familiares el cuidado de la familia y la crianza de los hijos los asume la mujer.

Pero la Ley está basada en un modelo de participación dual en el que ambos progenitores tienen la responsabilidad de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos y están en disposición de colaborar en la vida familiar. Su finalidad es obtener una distribución igualitaria entre los dos progenitores convivientes, de las responsabilidades familiares. Su enfoque revela, pues, ciertas limitaciones en la práctica, en relación con las familias monoparentales, en que un solo progenitor asume todas las responsabilidades familiares. Con todo, no cabe descartar su total operatividad, pues nada impide, salvo en los casos de madres u hombres solteros que deciden engendrar y/o ejercer la paternidad en solitario, que ambos padres continúen ejerciendo la responsabilidad para con los hijos, a pesar de la separación o el divorcio.

Se trata de ver en qué medida los distintos instrumentos de conciliación de la vida laboral y familiar, previstos en el Estatuto de los Trabajadores, se adecuan a las necesidades de la estructura familiar integrada por un progenitor y su progenie.

Nos detendremos únicamente en las concretas medidas de corresponsabilidad familiar, relacionadas con el cuidado de hijos menores, que presentan una significación especial para la familia monoparental.

a) Permisos por enfermedad, accidente y hospitalización:

El art. 37.3, b) ET permite al trabajador ausentarse dos días por enfermedad, accidente u hospitalización de parientes con los que exista una relación de parentesco de primer o segundo grado, dentro de la cual están los

hijos. Las contingencias por las que puede solicitarse este permiso son, entre otras, la enfermedad, accidente u hospitalización del menor a cargo del trabajador. El derecho asiste de igual modo a las madres y padres solteros, a los separados o divorciados con progenie a su cargo y a los padres no custodios, así como a las mujeres viudas con hijos, y por supuesto a cualquier padre y madre convivientes. No existe, además, limitación numérica, por lo que el progenitor solitario podrá disponer del derecho tantas veces como situaciones justificadas se produzcan, siempre que se trate de diferentes enfermedades o accidentes acontecidos. No obstante, la norma exige que el accidente y enfermedad sean graves. Por tanto, no alcanza a cubrir cualquier dolencia o incidente de un familiar. Esto constituye un inconveniente especialmente grave para el progenitor solitario, que asume normalmente la totalidad de los cuidados de los hijos por falta de ayuda de su otro progenitor no custodio, porque se ven obligados a solicitar permisos no retribuidos o a descontarlos de las vacaciones.

b) Permiso por lactancia:

El apartado. 4 del art. 37 prevé, además, un permiso retribuido por lactancia de un hijo menor de nueve meses. Esta situación permite al trabajador y a la trabajadora, optar entre ausentarse al trabajo durante una hora con posibilidad de dividir en dos fracciones, o reducir la jornada en media hora. Dicho permiso puede ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre, pero éste sólo en el caso de que ambos trabajen. En realidad, el titular del derecho es la madre y el trabajador solo puede disfrutarlo cuando la madre renuncia a su favor. La regla tiene cierta lógica, pues, tratándose de lactancia natural, la asignación del derecho corresponde en exclusiva a la madre (MENÉNDEZ). Pero no resulta del todo correcta, pues en caso de lactancia artificial resulta igualmente practicable por hombre y por la mujer. Tratándose de padres separados, el permiso podrá solicitarlo el padre no custodio si la madre renuncia a su favor. En todo caso, la exigencia de que el padre y la madre trabajen, supone la privación del derecho al progenitor solo o sin pareja, que eventualmente tuviera que atender a la alimentación del bebé en los supuestos de viudedad, separación o adopción. Hay quien considera que esta configuración del derecho resulta inconstitucional por ser contrario a la discriminación por razón de estado civil de los padres (LOUSADA)

c) El derecho de ausencia del trabajo o reducción de jornada por hospitalización de hijo prematuro o neonato:

El nuevo apartado 4 bis del art. 37 ET (incorporado por la Disposición adicional octava. 1.a de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de la calidad) reconoce un permiso adicional por cuidado del hijo prematuro o neonato hospitalizado, a fin de compatibilizar el disfrute por maternidad/paternidad con la hospitalización del recién nacido. Este permiso da derecho al trabajador a ausentarse del trabajo durante una hora sin me-



noscabo de la retribución, o a reducir su jornada laboral hasta un máximo de dos horas con disminución proporcional de su salario, en los supuestos en que el niño nazca prematuramente y necesite internamiento hospitalario o nazca de forma normal y requiera hospitalización. Para su disfrute no se exige, a diferencia del permiso anterior, que ambos padres trabajen, por lo que puede hacer uso del mismo cualquiera de los progenitores que trabaje, aunque el otro no, pues la razón por la que se incorpora este derecho es para procurar la atención afectiva al niño, porque se entiende que el cuidado lo garantiza el centro donde está internado (MENÉNDEZ). En el caso de hijo biológico, lo normal es que lo solicite el padre, ya que la madre habrá de disfrutar necesariamente, durante las seis semanas siguientes al parto, del descanso obligatorio por maternidad.

En cuanto a su aplicación a las familias monoparentales, ningún problema debe haber para que este derecho pueda ser disfrutado por el progenitor no conviviente, en el caso de ruptura del vínculo matrimonial. Esta interpretación se impone no ya solo porque la norma, en la relación de sujetos causantes del derecho, alude al padre y a la madre sin exigencia alguna de convivencia entre ellos, sino porque el fin de la norma es igualar la responsabilidad parental y revalorizar el papel del padre en su responsabilidad con los hijos, permitiéndole disponer de más tiempo para la dedicación al hijo. Es, por tanto, una posibilidad abierta en beneficio del menor y también para la mejor realización del interés del progenitor, que no puede negarse al progenitor no custodio.

d) La reducción de jornada por cuidado de hijo menor de seis años:

Otra medida laboral dirigida a garantizar la compatibilidad entre el trabajo externo y las responsabilidades familiares es la reducción de la jornada por cuidado de hijo menor de seis años. El art. 37.5 ET posibilita que el trabajador que, por razón de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún menor de seis años, pueda reducir la jornada de trabajo con una disminución proporcional de salario entre un mínimo de un tercio y un máximo de la mitad de la duración de la misma.

El derecho se reconoce indistinta e individualmente al padre o a la madre y sin preferencia alguna por parte de ésta en caso de vínculo matrimonial con el otro progenitor. No obstante, conviene tener presente que sólo quien «tenga a su cuidado directo» al menor de seis años, tendrá derecho a esa reducción. El precepto parece estar orientado hacia quienes ejercen realmente la patria potestad o tutela sobre el menor de seis años, por lo que los padres biológicos y adoptivos y el tutor del menor serán sujetos beneficiarios en tanto en cuanto asuman realmente su cuidado. Este requisito excluye de la titularidad del derecho a aquellos padres no custodios, que reciban a sus hijos esporádicamente durante el fin de semana o en vacaciones.

En los posibles casos de custodia compartida, se sobreentiende, aunque no queda claro en la ley, que la reducción de jornada puede ser disfru-

tada de forma alternativa o sucesiva por ambos cónyuges con independencia de que estén separados o divorciados, en función del reparto del tiempo del menor con cada uno (MENÉNDEZ)

De todas formas, esta medida conciliadora de la reducción de la jornada no goza de gran aceptación entre las mujeres, en general, y las madres monoparentales, en particular, bien sea por factores de tipo económico o bien por razones de tipo profesional. Se trata de una opción que supone la renuncia del salario que normalmente percibe la trabajadora, lo que en el caso de algunas familias monoparentales sin otra fuente de ingresos, puede acarrear dificultades financieras para la propia supervivencia de la familia. Existe, por otra parte, el temor a las consecuencias negativas que el uso de tal reducción pueda tener en su carrera profesional. Muchas piensan que ello puede implicar escasas posibilidades de promoción o de incrementos salariales, o una no consolidación del puesto de trabajo.

e) Excedencia por cuidado de hijos:

El elenco de medidas favorecedoras de la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales con cierta relevancia en el ámbito de la familia monoparental se completa con la referencia a la «excedencia por cuidado de hijos». Según lo dispuesto en el art. 46.3 ET, los trabajadores tienen derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender el cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, a contar desde la fecha del nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

La figura abarca los supuestos de excedencia por maternidad o paternidad, siendo titulares de tal derecho los cónyuges (con hijo menor de 3 años a cargo) y el padre o la madre solteros, también con hijo a cargo menor de tres años. Es decir, basta la relación de filiación sin que se requiera el vínculo matrimonial con el otro cónyuge para que pueda solicitarse el derecho a la excedencia.

Dado que el fin específico es atender al cuidado del hijo menor de 3 años, de la misma manera que sucedía en la reducción por cuidado de hijo, solo el padre o la madre que se ocupe efectivamente del cuidado del menor podrá solicitar esta excedencia. Asimismo, como la excedencia no es retribuida y, además, solo se establece el derecho a reserva de puesto de trabajo durante el primer año, será una opción que estará condicionada a las necesidades económicas que padece el cabeza de familia monoparental. Teniendo en cuenta su menor estatus económico, cabe pensar que difícilmente va a sacrificar su sustento y el de sus hijos por una mayor atención y cuidado de éstos, salvo en situaciones límite de carencia total o relativa de servicios o infraestructura de apoyo para el cuidado de sus hijos.

f) Por último, otro campo de actuación en la protección de la familia lo constituyen las garantías establecidas por la propia ley de conciliación de

la vida familiar y laboral (art. Séptimo) frente a las medidas discriminatorias del empresario por el ejercicio de los derechos vinculados a la reducción de la jornada o excedencia por cuidado de hijos.

Los permisos, reducciones y situaciones suspensivas, contempladas específicamente para la compatibilidad de la vida familiar y laboral, o bien para atender las necesidades derivadas de la maternidad/paternidad o el cuidado de los hijos menores, están protegidos por la atribución de una serie de derechos instrumentales o garantías frente a posibles actuaciones arbitrarias del empresario. Estas garantías pretenden asegurar la permanencia en la empresa del trabajador o trabajadora que disfruta alguno de aquellos permisos por causa de su maternidad o paternidad, actuando frente al ámbito lícito de despido del empresario.

Dichas garantías se establecen de forma independiente por completo del estado civil (casado, soltero, separado o divorciado) del padre o de la madre que ejercite el derecho, con lo que asisten por igual al cónyuge casado que convive habitualmente en pareja, y al progenitor soltero o separado conyugalmente, o al que no está unido por una relación de convivencia análoga a la del matrimonio

La cautela principal consiste en la prohibición de despedir al progenitor que se halla en situación de suspensión por maternidad o paternidad biológica o adoptiva o por acogimiento preadoptivo o permanente de menores de seis años, y al que se encuentra disfrutando de la reducción de jornada por lactancia y por guarda legal o de la excedencia por cuidado de hijos o familiares, o haya solicitado uno de los referidos permisos o excedencias.

El despido, sea disciplinario o por causas objetivas, durante las referidas situaciones determina la nulidad del mismo, salvo que se produzca por motivos no relacionados con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señaladas (arts. 55.5, 53.4 ET y 108.2 y 122.2 LPL, en la redacción dada por la Ley 39/1999). Se establece, así, una presunción de ilicitud destruible por el empresario mediante prueba en contrario, que acredite la procedencia de la decisión extintiva.

La nulidad acarrea la readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir (art. 55.6 ET), sin posibilidad de extinción indemnizada de la relación laboral.

La segunda de las garantías previstas es el no cómputo como falta de asistencia, a los efectos de extinción del contrato por absentismo laboral (art. 52, d ET), de los permisos o reducciones de jornada por lactancia, hospitalización puerperal de los hijos y por guarda legal.

2) Al margen de la Ley 39/1999 y de las medidas dirigidas a la conciliación de la vida familiar y laboral, otros preceptos legales de contenido laboral se reputan también aplicables a la familia monoparental. Por un lado, se considera que también pueden ser extensibles a ésta los que recogen los derechos laborales de protección contra la violencia de género; y, por otro,

se piensa que les puede afectar el precepto estatutario (art. 40.3 ET) que establece el derecho del consorte al traslado de localidad.

Respecto a lo primero, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género, en su artículo 21.1, reconoce a la trabajadora víctima de violencia el derecho «a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario, o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa» (nuevo párrafo 7.º del art. 37 ET).

Dicho derecho a la modificación en la jornada y tiempo de trabajo únicamente corresponde a las mujeres que hayan sufrido violencia de género en los términos descritos en la LO 1/2004, es decir, las víctimas de maltrato infligido por un hombre ligado a la víctima por relación de afectividad, y sólo podrán hacerlo valer con la finalidad de «hacer efectiva la protección o su derecho a la asistencia integral», y no, por tanto, por «mera conveniencia o ventaja» (FERNÁNDEZ LÓPEZ).

La Ley Orgánica deja sin resolver la cuestión, siempre polémica, de la concreción horaria del derecho. Opta, simplemente por remitir, en primer término al convenio colectivo, o, en su defecto, al acuerdo individual entre el empresario y trabajador, y en último extremo, a la decisión unilateral de la trabajadora, siendo el juez el que, en caso de oposición del empresario, debe resolver las posibles discrepancias.

Además del referido derecho, el nuevo apartado 3 bis del art. 40 ET introducido por la Disp. Adic. 7.ª de la LO 1/2004, prevé otro derecho laboral para las trabajadoras víctimas de la violación de género que se ven obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios. Es «el derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo». No se está propiamente ante un caso de traslado sino de movilidad geográfica, porque «el traslado o el cambio de centro de trabajo tendrá una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaba la trabajadora. Terminado este periodo la trabajadora podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo».

Estas medidas laborales se complementan con otros beneficios de Seguridad Social y ayudas sociales para las trabajadoras, así como con medidas de apoyo indirecto, como la inclusión en el Plan de Empleo de un Programa específico, que tienden a facilitar la vida laboral de la mujer víctima de violencia con sus especiales circunstancias, y a asegurar su independencia económica y profesional.

En muchos supuestos de familia monoparental, la situación de violencia actúa como una antesala de la ruptura conyugal, y a veces no deja de ser



un fenómeno presente, aun cuando deja de haber convivencia, por lo que las medidas señaladas se revelan absolutamente idóneas para proporcionar protección y amparo a las madres solas con hijos, frente a la violencia que pueda ejercer su excónyuge.

Por lo que se refiere al otro precepto, el art. 40. 3 ET, en él se recoge el derecho del consorte a ser trasladado a la misma localidad a la que previamente ha sido trasladado su esposo o esposa cuando ello implica cambio de domicilio y ambos cónyuges trabajen en la misma empresa, siempre que exista un puesto de trabajo vacante, aunque sea de inferior categoría, en el centro de trabajo de destino.

Pueden surgir dudas en torno a su aplicación a la monoparentalidad derivada de ruptura matrimonial, por cuanto la medida parece estar orientada a garantizar el mantenimiento de la convivencia en el seno del grupo familiar, y, en concreto, de la familia formada por vínculo matrimonial, pues se alude solo a cónyuges» y no a convivientes de hecho. Esposa y esposo podrán disfrutar recíprocamente de tal derecho y en las mismas condiciones, si mantienen una convivencia. Esto sugiere que, de producirse la separación o ruptura entre los cónyuges, desaparece el presupuesto base sobre el que descansa el derecho del art. 40.3 ET y, por tanto, la posibilidad de su aplicación a uno de los cónyuges separados o divorciados en los casos de monoparentalidad, originada por separación, divorcio o nulidad del matrimonio.

Pero, dado que lo relevante no es solo la relación de pareja, sino complementariamente, en caso de haberla, también la relación paterno-filial (ALEMÁN), se puede interpretar que el precepto da cobertura también a los supuestos de separación o ruptura matrimonial, siempre que exista relación de filiación con el menor al que se quiere dar cuidados.

En todo caso, no es una conclusión muy segura y lo deseable sería garantizar de forma expresa tal derecho, para evitar hacer a los hijos de padres separados o divorciados de peor condición que a los hijos de un matrimonio no separado.

#### **4.4. La protección de las necesidades de la familia monoparental por el sistema de Seguridad Social**

En nuestro Sistema de Seguridad Social, la familia monoparental, aun cuando no se hace merecedora de una protección específica como tal, goza de una protección similar a la familia de carácter conyugal, dado que hay un principio de protección del cónyuge y de los hijos con independencia de que sobrevenga la separación y el divorcio. Además, aunque se da prevalencia al tipo de familia conyugal, resultan también protegidas otras formas de convivencia como, por ejemplo, la integrada por un solo progenitor y su

progenie, pues, a menudo se hace referencia exclusivamente a la cualidad materno/paterno filial. Se dispensa protección, en todo caso, a los hijos al margen de que puedan serlo de padre o madre solteros, con lo que en algunos supuestos la protección alcanza hasta las situaciones de monoparentalidad no vinculados a la conyugalidad previa.

Esta equiparación se da especialmente en dos tipos de prestaciones: la prestación familiar por hijo a cargo, y la prestación de la asistencia sanitaria. La prestación familiar relativa a la asignación económica por hijo o menor acogido (novedad de la Ley 52/2003) a cargo constituye la típica manifestación protectora de la Seguridad Social que se satisface en razón de los hijos que el beneficiario tiene a cargo (arts. 181 a 184 y 189 y 190 TRLGSS). Se trata de una prestación económica de carácter no contributivo, que se otorga —en función de los ingresos familiares que se establecen en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales (ingresos anuales inferiores a la suma de 8.495,69 euros más un 15% por cada hijo o menor acogido a cargo, a partir del segundo)— por cada hijo menor de 18 años (o incluso mayor si está afectado de una misnusvalía igual o superior al 65%), que esté a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación, así como por los menores acogidos, en acogimiento familiar, permanente o adoptivo. La cuantía de la asignación, en el supuesto de hijo o acogido, menor de 18 años, es de 291 euros anuales. Potenciales beneficiarios de esta prestación pueden ser también el padre o la madre monoparentales por los hijos integrantes de los distintos supuestos de familia monoparental, siempre que reúnan las condiciones para ello.

Por su parte, la prestación de asistencia sanitaria por enfermedad, accidente, maternidad y accidente, si bien se ha universalizado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, aún se presta diferenciando entre el titular del derecho y sus beneficiarios. Son titulares de este derecho, entre otros, los trabajadores por cuenta ajena y los pensionistas de la Seguridad Social o asimilados. Y tienen la consideración de beneficiarios, entre otros, los familiares o asimilados de los titulares del derecho (el cónyuge, descendientes, ... que convivan con el titular y a sus expensas, sin realizar trabajo remunerado, ni percibir rentas superiores al doble del SMI), los menores en acogimiento legal o en adopción, y los separados y divorciados junto con los descendientes que en la fecha de la ruptura matrimonial figurasen como beneficiarios en la cartilla de Asistencia sanitaria de su cónyuge siempre que no tengan derecho a la asistencia por otro concepto. Como asimilado, se incluye también, a los acogidos de hecho, excepcionalmente y previo acuerdo en cada caso de la Dirección Provincial del INSS (art. 2.2. b, 2.º D.A S, RD 2766/1967, 16 de noviembre, sobre asistencia sanitaria de Régimen general de la Seguridad Social; Resolución de la Secretaria General de la Seguridad Social de 11 de noviembre de 1985). Para tener la condición de beneficiario es condición indispensable el convivir con el titular

del derecho y a sus expensas; no obstante, en los supuestos de separación o divorcio se hace una excepción, eximiendo de tal requisito. En relación con la familia monoparental, no debe haber tampoco problema alguno para que la prestación se otorgue a sus miembros en los distintos supuestos de monoparentalidad, ya sean de origen, ya sean derivados de una ruptura de un vínculo matrimonial, o del fallecimiento de uno de los progenitores. La asistencia sanitaria se proporcionará, tanto si el progenitor sólo tiene derecho propio, como si tiene la condición de beneficiario por la existencia previa de vínculo matrimonial.

En los supuestos de muerte y supervivencia, se prevé también un régimen de protección que alcanza distintos supuestos de monoparentalidad, ya sean derivados de la ruptura de una relación matrimonial o del fallecimiento de uno de los progenitores. Las prestaciones que cubren tales contingencias son las pensiones de viudedad, de orfandad y a favor de familiares. Estas prestaciones están destinadas a compensar económicamente la pérdida o minoración de ingresos que provoca el fallecimiento del miembro de la familia (cónyuge, padre o madre) que contribuía al sustento de la familia, independientemente de la convivencia en el momento del hecho causante.

La pensión de viudedad se reconoce solo al cónyuge superviviente, al que haya convivido con el cónyuge fallecido, siendo, por tanto, requisito inexcusable la existencia del vínculo matrimonial. No podrán acceder a la misma los progenitores solos (padre o madre solteros) por la muerte del otro progenitor de sus hijos, en los casos de monoparentalidad no vinculada a la conyugalidad. No obstante, tienen derecho a la pensión de viudedad los cónyuges monoparentales separados o divorciados con ocasión del fallecimiento de su excónyuge, pues, tras las Ley 30/1981 (Ley de divorcio) Disp. Adic. 10.<sup>a</sup>, quedó derogado el requisito de la convivencia y, a tenor del art. 174.2 TRLGSS, se considera beneficiario a quien, en los casos de separación o divorcio, sea o haya sido cónyuge legítimo (en el último caso siempre que no hubiere contraído nuevas nupcias), en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido. Igualmente podrá acceder a la pensión el cónyuge monoparental superviviente en los casos de nulidad matrimonial, siempre que no se aprecie mala fe y no haya contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante.

Tal pensión deberá calcularse, en caso de concurrencia de beneficiarios, según el criterio sentado en la STS 21 de marzo de 1995, AS 2171 y las Instrucciones dadas por el INSS en la Circular núm. 27/1997 de 20 de febrero, prorrateándose el tiempo de convivencia parcial del excónyuge superviviente separado con el causante, tomando como unidad temporal de referencia el periodo transcurrido desde la fecha del primer matrimonio hasta el fallecimiento del causante, entendiéndose por tiempo de convivencia el tiempo transcurrido desde la celebración del matrimonio hasta la fecha de efectos de la separación judicial, del divorcio o de la nulidad declarados por sen-

tencia firme, o de poderse deducir de los hechos probados de la sentencia, hasta la fecha de la sentencia de separación, divorcio o nulidad. El prorrateo procede aunque el cónyuge superviviente no concorra con otros beneficiarios (cónyuges supervivientes), por lo que no puede percibir la pensión íntegra.

En lo que atañe a la protección por orfandad, tampoco se advierten grandes diferencias entre el tratamiento dado a la familia integrada por los dos progenitores y el dispensado a la familia monoparental. La condición de beneficiario se otorga a los hijos del causante (menores de 18 años, e incluso mayores de 18 años si no realizan trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, hasta los 22 ó 24 años de edad en caso de orfandad absoluta), cualquiera que sea el estado civil o la situación matrimonial del cónyuge fallecido (art. 175.1 y 2 TRLGSS). No hay diferencias entre los hijos del causante matrimoniales y los no matrimoniales, ni entre los hijos de padres que conviven juntos y los de padres separados o divorciados. Son también beneficiarios los hijos adoptivos, cuya adopción haya tenido lugar dos años antes del fallecimiento del padre adoptante (art. 16.2 OMS) y los aportados al matrimonio por el cónyuge superviviente sean de adopción o no), siempre que el matrimonio se hubiere celebrado como mínimo dos años antes del fallecimiento del causante, y no tenga derecho a otra pensión de la Seguridad Social, ni existan familiares obligados o con posibilidad de prestar alimentos (art. 16.3 OMS)

Dentro de las distintas figuras de familia monoparental, únicamente quedan fuera de la protección por orfandad los hijos aportados por la pareja superviviente en los casos de convivencia extramatrimonial (pareja de hecho o de monoparentalidad sin existencia previa de conyugalidad) y los hijos acogidos (en caso de fallecimiento de éste) por la persona a quien hubiese sido confiado (RODRÍGUEZ INIESTA) su guarda y educación.

También se produce una situación de desventaja comparativa de los hijos huérfanos de una familia monoparental en relación con el incremento de la pensión de orfandad. La pensión equivalente al 20 por 100 de la base reguladora del causante se puede acrecentar con el porcentaje de la pensión de viudedad cuando a la muerte del causante no queda cónyuge sobreviviente o cuando el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión de viudedad falleciese estando en el disfrute de la misma» (art. 17.2 OMS). Esto que es aplicable en supuestos de convivencia matrimonial, sin embargo, no juega en el caso de madre soltera o de maternidad extramatrimonial, porque los tribunales se niegan a asimilar la figura de madre soltera a «cónyuge sobreviviente» al entender que en estos casos no hay lugar a la pensión de viudedad a favor del otro progenitor (STSJ Asturias 18 de febrero de 2000, AS 263) (RODRÍGUEZ INIESTA)

Sobre las prestaciones a favor de familiares, que constituye la tercera de las prestaciones otorgadas con ocasión del fallecimiento del sujeto cau-



sante, no procede hacer referencia alguna, por la propia definición de la familia monoparental que se ha ido formulando y que no comprende mas que un padre o madre y uno o varios hijos menores de edad. Estas prestaciones se conceden a los parientes del causante (nietos, hermanos, padres, madres, etc.) mayores de 18 años, que conviven con el causante en dependencia económica del mismo y que tras el fallecimiento de éste, se encuentran en situación de desamparo semejante al de un huérfano. Los referidos elementos definitorios de la condición de beneficiario de dicha prestación llevan a descartar la posibilidad de que puedan causar derecho a las mismas los hijos de familias monoparentales.

#### **4.5. La contemplación de la familia monoparental en el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2001-2004**

El Plan Integral de Apoyo a la familia 2001-2004 reconoce, de alguna manera, la problemática de la familia monoparental, al señalar que «requieren de un apoyo adicional y específico» por sus mayores dificultades de conciliación entre trabajo y familia y por su mayor riesgo de exclusión social, pero no presenta una línea estratégica individual de apoyo a la misma. A la familia monoparental se la contempla dentro del objetivo genérico de «apoyo a las familias en situación de riesgo social y otras situaciones especiales», sin que se hayan previsto actuaciones específicamente dirigidas a prevenir y solucionar sus problemas. Las actuaciones que se pretenden realizar en relación con este colectivo son básicamente de carácter asistencial, y están centrados en la atención y prevención de situaciones de dificultad y exclusión social, a través del Sistema Público de Servicios Sociales y de las ONGs (el Plan se propone actuar también en la línea de asegurar la inserción social de los miembros de las familias monoparentales, mediante la promoción de su actividad laboral y el desarrollo de nuevos programas de apoyo).

No obstante, dentro de las otras líneas estratégicas de apoyo a la familia definidas en el Plan, son identificables algunas medidas y actuaciones de carácter general, que pueden tener un impacto favorable en la familia monoparental.

En primer lugar, cabe mencionar los actos de empleo bonificados, que se enmarcan dentro del objetivo de conciliación de la vida familiar y laboral. En dicho Plan se prevé la ampliación de la ayuda de la Seguridad Social para que las mujeres sean contratadas después de su maternidad, estableciéndose una bonificación del 100 por 100 de la cuota empresarial durante un año cuando son contratadas en los 24 meses siguientes a la fecha del parto; asimismo, se contempla el establecimiento de una bonificación del 100 por 100 de la aportación empresarial a la seguridad Social por con-

tingencias comunes durante un año en los supuestos de suspensión del contrato por maternidad cuando se produzca la reincorporación de la mujer al puesto de trabajo; y una bonificación de la aportación empresarial sin especificar el porcentaje para la contratación de padres y madres solteros en situación de paro y con hijos a cargo. Las iniciativas se insertan en el objetivo de propiciar condiciones favorables para que las mujeres, principalmente, puedan incorporarse o reincorporarse al mercado de trabajo, o bien permanecer en él, después de dar a luz o de dedicarse durante un tiempo al cuidado del menor.

Desde el punto de vista de la familia monoparental, estas medidas desempeñan una función importante pero no suficiente, porque no se ocupan del progenitor sólo como miembro fundamental de configuración de la familia monoparental. Con independencia de que la madre monoparental puede también beneficiarse como cualquier otra mujer, no hay una atención diferenciada y englobante de la monoparentalidad. Sólo se piensa en el padre o madre soltero con hijos y se olvida de la mayor parte de los sujetos caracterizantes de la monoparentalidad, como son las madres o padres separadas o divorciados y las viudas o viudos con hijos a cargo. Por otra parte, a ello se añade que las medidas específicas destinadas a las madres y padres solteros no han tenido concreción normativa alguna. Los esfuerzos de concreción se han centrado en la primera de las medidas, teniendo como destinatarios a las mujeres que han dado a luz. Los programas de Fomento de empleo sólo incluyen, así, como actos generadores del derecho a la bonificación de las cotizaciones a la Seguridad Social, la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo en los dos años siguientes a la fecha del parto.

En segundo lugar, el Plan Integral de Apoyo a la Familia, en coincidencia con la Estrategia Europea de Empleo y con los distintos planes de Acción sectorial en España, apuesta también por incrementar los servicios de atención a la primera infancia en colaboración con las Comunidades Autónomas y Entidades locales, con el fin de ampliar las redes de servicios que faciliten la conciliación y extender gradualmente la oferta de plazas públicas para niños y niñas menores de tres años hasta cubrir la demanda existente de creación de servicios de guardería.

Esta medida, aunque está concebida como estímulo para la permanencia de la mujer con hijos de corta edad tiene una gran relevancia desde la perspectiva de la familia monoparental, porque representa una de las principales ayudas de la madre o del padre monoparental. Sin embargo, como señala el Informe CES 3/2003 («La situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española»), la situación en España dista mucho de alcanzar los objetivos señalados; la cobertura actual de los servicios de atención al menor de tres años no alcanza el 10 %, debido a la falta de concreción presupuestaria. Esta iniciativa requiere, pues, un mayor apoyo público para que sea realmente eficaz.



En tercer lugar, dentro de la política fiscal y de rentas, el Plan contempla medidas que se revelan también como un componente clave de respuesta a las demandas de las familias con hijos. Aparte del apoyo fiscal a las familias para el cuidado de hijos y de otras medidas fiscales que se concentran en torno al IRPF, el Plan aboga por introducir nuevas ayudas dirigidas a compensar a la madre durante varios años después del nacimiento. Algunas de estas medidas han tenido su concreción normativa, es el caso por ejemplo de la deducción por maternidad de hasta 1200 euros anuales con posibilidad de pago anticipado, aplicable a las mujeres trabajadoras, por cuenta ajena o propia, con hijos menores de tres años, introducida por la Reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas llevada a cabo por la Ley 46/2002. Otras medidas continúan, sin embargo, en agraz. Con todo, lo interesante desde el punto de vista del progenitor monoparental sería que se introdujeran ayudas destinadas a compensar los gastos por cuidado de hijos pequeños, mientras la madre o el padre sólo trabajan.

En suma, no se ha diseñado una política específica de integración activa en la sociedad laboral de las familias monoparentales. La política familiar en este país va dirigida a proteger a la familia nuclear biparental y no reconoce «entidad real autónoma» (ALMEDA-FLAQUER) a esta otra forma de convivencia familiar. El Estado de bienestar sigue, pues, mostrando escasa sensibilidad hacia la familia monoparental (MORENO).

#### **4.6. La aplicación de las medidas de integración sociolaboral a las familias monoparentales en riesgo de exclusión social**

Ya se ha dicho antes que las familias monoparentales se configuran como uno de los grupos en riesgo de exclusión. La confluencia de factores como la ausencia de trabajo extradoméstico, el impago de las pensiones, o la pérdida de empleo del progenitor monoparental, acaban generando situaciones de pobreza y aun de exclusión, que afectan a todo el núcleo familiar. En estas situaciones, las medidas de integración laboral en conexión con los programas de garantía de los recursos mínimos se configuran como los más importantes mecanismos de atención y prevención de las personas desfavorecidas.

Se realizará aquí una breve referencia a esas dos principales áreas de actuación de los poderes públicos contra la pobreza y la exclusión social desde la perspectiva de su proyección sobre la familia monoparental.

Por lo que respecta a la integración en el mercado laboral, que es la mejor forma de protección contra la exclusión social, los distintos Planes Nacionales de acción para el Empleo (el último correspondiente al periodo 2003-2006) así como el II Plan Nacional de Acción para la Inclusión social,

2003-2005, vienen impulsando la adopción de distintas medidas para mejorar la perspectiva de empleo de los que se hallan en riesgo de exclusión social. En este contexto, los sucesivos Programas de Fomento de Empleo han venido manteniendo como principal medida las bonificaciones de las cotizaciones sociales que las empresas deben pagar por los trabajadores contratados a su servicio. Concretamente, en el programa de fomento de empleo para el año 2004, establecido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se prevé que «las empresas y entidades que contraten indefinidamente, incluida la contratación de trabajadores fijos discontinuos, o temporalmente, bien mediante contrataciones a tiempo completo o parcial, a trabajadores desempleados en situación de exclusión social (...), podrán aplicarse una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes del 65 por ciento, durante un máximo de 24 meses» (art. 44. Tres). La norma considera trabajador en exclusión social a los perceptores de rentas mínimas de inserción y asimilados y a las personas que no pueden acceder a las prestaciones anteriores por no haber completado el periodo mínimo exigido de residencia o empadronamiento, o por haber agotado el periodo máximo de percepción de las rentas mínimas.

También se considera un acto de empleo bonificable «la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo en los dos años siguientes a la fecha del parto» cuando el contrato de trabajo se hubiera suspendido por maternidad o por excedencia por cuidado de hijo (art. 44. Uno 4 Ley 62/2003).

Además de las bonificaciones de las cotizaciones previstas en los planes anuales de fomento de empleo, existe alguna otra medida importante de protección contra la exclusión social, aplicable a las personas excluidas, en general, y al progenitor monoparental en riesgo de exclusión, en particular. Es el Programa de Renta Activa de Inserción, puesto en marcha por primera vez el año 2000, mediante R.D. 236/2000, de 18 de febrero, y que está regulado actualmente por el RD 205/2005, de 25 de febrero. Gestionado por el Servicio Público de Empleo Estatal, está dirigido a combatir el paro de larga duración de desempleados mayores de 45 años y de personas con discapacidad. La Renta Activa de Inserción consiste en una combinación de medidas activas (inserción laboral) y pasivas (protección por desempleo) en el que el trabajador desempleado mayor de 45 años con responsabilidades familiares se incorpora a un plan de empleo y formación, percibiendo a partir del tercer mes de incorporación al programa una renta o subsidio asistencial equivalente al 80% del Indicador Público de renta de Efectos Múltiples (IPREM) (375 euros/mes), durante un plazo máximo de 11 meses. Entre los potenciales beneficiarios del programa se encuentran también las trabajadoras desempleadas que tengan acreditado ante la Administración la condición de víctima de violencia doméstica por parte de la unidad familiar de convivencia.



Dentro de las posibles medidas de inserción laboral, se debe dejar constancia también de la posibilidad de realizar contratos para la formación con desempleados en riesgo de exclusión social, sin que opere el límite máximo de edad establecido con carácter general en los 21 años (art. 11 ET). Este contrato permite a los trabajadores en situación de exclusión social combinar el intercambio de trabajo por salario con la adquisición de una formación teórica y práctica que ofrezca un nivel de cualificación.

En cuanto a la garantía de recursos mínimos, hay que destacar el importante papel que el sistema de rentas mínimas de inserción creadas por las Comunidades Autónomas está teniendo en la protección contra la pobreza absoluta y en la reducción del riesgo de exclusión social, aunque no consiga evitar la pobreza relativa. Este sistema suele comprender normalmente rentas de subsistencia periódica, en cuantía muy variable, según la capacidad económica de las Comunidades Autónomas, dirigidas a cubrir los gastos básicos para la supervivencia de las personas que carecen de recursos económicos. Como pone de relieve el Informe 2/2001 del CES sobre «La pobreza y la exclusión social en España», en algunas Comunidades Autónomas como las del País Vasco y Navarra, estos Programas constituyen mecanismos que vienen no solo a garantizar unos ingresos mínimos, sino a favorecer la integración de sus beneficiarios, mediante la exigencia de un compromiso de formación por parte de la Administración y de participación en actividades de apoyo social, formación e inserción laboral por parte de los beneficiarios.

Como destinatarios de la prestación se consideran a los distintos grupos de convivencia, núcleos familiares y hogares unipersonales. La normativa autonómica se presenta, así, muy próxima a la realidad sociológica, reconociendo virtualidad jurídica a estos efectos a cualquier núcleo convivencial sin otra consideración que la afectiva o parental.

Esta solución legal permite que puedan acceder a la prestación progenitores monoparentales, siempre que reúnan los requisitos de acceso normalmente exigidos, en particular, el haberse constituido la unidad económica de convivencia con una cierta antelación a la fecha de presentación de la solicitud; el de haber cumplido una edad mínima (por ej. 25 años); el estar inscrito en la padrón, y carecer de recursos económicos suficientes.

## **5. INICIATIVAS LEGISLATIVAS: LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO, DE REFORMA DEL DIVORCIO Y LA CUSTODIA COMPARTIDA**

Recientemente, como se ha señalado anteriormente, se ha aprobado la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio, y puesto que la complejidad de los problemas parentales y sociales de la familia monoparental, —señaladamente, la «distribución

persistentemente desigual de responsabilidades parentales, teniendo que asumir las mujeres una sobrecarga que dificulta, si no imposibilita, garantizar de forma autónoma su supervivencia y la de su prole» (BARRÓN)—, están muy determinados por la atribución de la custodia a uno sólo de los progenitores o a ambos, resulta fundamental indagar en qué medida la regulación de la custodia de los hijos separados o divorciados viene a modificar la estructura y las pautas tradicionales de organización doméstica que adoptan las familias monoparentales.

La Ley de Reforma del divorcio incorpora grandes novedades, además de suprimir los requisitos previos de la separación obligatoria y la necesidad de la declaración de culpabilidad del cónyuge, con lo que se simplifica y se agiliza la ruptura (cuando se apruebe, bastará la mera presentación de la demanda), prevé la posibilidad de que la custodia pueda ser compartida por ambos cónyuges. En tal sentido, dispone que los padres podrán acordar en el convenio regulador que el ejercicio de de la patria potestad se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida.

La iniciativa legal pretende, así, impulsar la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores. Hay un intento de superar el modelo vigente de separación-sanción, en el que la culpabilidad del cónyuge justificaba que éste quedase alejado de los hijos. Como pone de relieve la exposición de motivos, «al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores», siendo la consecuencia de esta práctica el «que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que debe evitarse».

La Ley prevé que la custodia compartida pueda ser concedida, aun en el caso en que lo solicite solo uno de los dos progenitores, si el juez justifica que es lo mejor para el hijo. Aunque para ello deberá escuchar al Ministerio Fiscal y a los hijos mayores de 12 años. El propósito del legislador es que, a pesar de la ruptura matrimonial, ambos progenitores continúen ejerciendo su responsabilidad para con los hijos, y determinando, en beneficio del menor, cómo se relacionará del mejor modo con el progenitor no custodio. Por ello, se insiste, desde la exposición de motivos, en que las trabas o dificultades a la relación con uno de los progenitores «deben encontrarse amparadas en serios motivos que deben tener únicamente por justificación «la protección del menor ante un mal cierto o la mejor realización de su beneficio o interés». A tal respecto, la ley señala como posibles causas de denegación de la custodia compartida, la existencia de una causa penal abierta por atentado a la vida e integridad física o moral del cónyuge o de los hijos o por abusos sexuales sobre su pareja o hijos y la concurrencia de indicios fundados de violencia doméstica.



Por último, en la línea de la corresponsabilidad señalada, y a fin de evitar males mayores a los hijos, la ley aporta alguna mención interesante, por cuanto alude, al menos, en la exposición de motivos, a los mecanismos de mediación. Se recuerda que «los padres, cuando la adopción de determinada decisiones relativas al ejercicio de sus potestades presente dificultad, habrán de tener en consideración que pueden optar, antes que por el recurso a la autoridad judicial, por solucionar sus diferencias acudiendo a procedimientos extrajudiciales más adecuados para la resolución de estos conflictos, entre los cabe señalar la mediación».

La Ley posee, en general, un innegable valor porque persigue el loable propósito de revalorizar la figura del progenitor no custodio (el padre, normalmente), que queda apartado del ejercicio de la patria potestad e imposibilitado de mantener una relación personal más allá de los esporádicos encuentros de fin de semana o de las vacaciones. Pero, aun así, no define el principio de coparentalidad o igualdad parental, que es lo que permite a padres y madres, el ejercicio del derecho y la obligación de ambos a educar a sus hijos, y el establecimiento de un equilibrio entre la vida profesional y la vida familiar.

La custodia compartida (por cierto, criticada por las asociaciones feministas que piden que se limite a los casos de acuerdo) se concibe más como una medida conveniente para el niño, que como un derecho del mismo y, al mismo tiempo, como un derecho y un deber del padre y de la madre de mantener relaciones con el hijo. En este sentido, no se garantiza el derecho y la obligación de ambos progenitores a un ejercicio compartido de la patria potestad, a convivir y a educar a sus hijos después del divorcio, así como el derecho del menor a no separarse de sus padres cuando éstos se separen o se divorcien

El ejercicio en común de la custodia es un modelo plenamente consolidado en los Estados Unidos de América, y ha sido adoptado también en el vecino país francés. La Ley francesa núm. 2002-305, de 4 de marzo de 2002, relativa a la patria potestad, reconoce la igualdad de derechos de hombres y mujeres en cuanto a la guarda y custodia de los hijos tras la separación de la pareja; por otra parte, otorga una autoridad compartida a ambos padres en cuanto a la educación de los hijos, favoreciendo que los niños vivan alternativamente en casa de cada uno de los padres. Y en esa línea, incita fuertemente a los padres a organizarse de forma responsable, facultando al juez la posibilidad de proponer una solución de mediación en caso de desacuerdo entre los padres.

Nuestra Ley de Reforma del Divorcio no consagra, sin embargo, este reconocimiento del principio de igualdad entre el padre y la madre divorciados. No hay un reconocimiento explícito del derecho y obligación de ambos a compartir la decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto de todas las cuestiones de importancia que conciernen a sus hijos, tras la rup-

tura matrimonial. Se limita a señalar que «la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos» (art. 92 CC).

Por otra parte, las expectativas suscitadas en la exposición de motivos, en relación con la custodia compartida, se convierten en papel mojado, ante la falta de precisión de algunos preceptos y ante las lagunas que presenta. Es evidente que el interés del menor debe prevalecer en todo momento, pero, en nombre de ese interés, se ha venido negando en épocas pasadas, precisamente, la custodia alterna. Ese interés carece en la Ley de concreción, dotándose a los jueces de unos márgenes de discrecionalidad muy amplios. Además, la posible denegación de la custodia compartida en función de la relación de los padres, convierte en agua de borrajas las buenas intenciones de la Ley, ya que supone rescatar la idea de culpabilidad y con ello la decisión sobre la guarda del menor como un premio o castigo a los esposos y no en atención a la relación paterno filial, que debe quedar por encima de cualquier relación entre los esposos. Cada hijo tiene derecho a ser educado por su padre y su madre con independencia de las desavenencias particulares de sus padres, a menos que por motivos graves de violencia o de incapacidad el Juez considere a uno de los progenitores inidóneo para ejercer la custodia.

Pero quizás el mayor déficit de la Ley reside en la falta de articulación de un mecanismo de mediación familiar que pueda llevar a los padres a ponerse de acuerdo sobre el ejercicio de la custodia (los tiempos de residencia con el niño, y respecto de todas las cuestiones de importancia que afecten al cuidado del menor). Aparte de no imponer a los padres un deber de negociar, es que la Ley no prevé la mediación como forma previa de resolución heterónoma del conflicto por parte del juez, de manera que se faculte a los jueces para proponerles una solución de mediación. Tan sólo se dice en la Disposición Final tercera que «el Gobierno remitirá a Cortes un proyecto de Ley sobre mediación basada entre otros principios, en el de voluntariedad.

En suma, la posible incidencia de la iniciativa legal en la situación de la familia monoparental, aun cuando representa un avance significativo en el obsoleto régimen actual, se antoja bastante relativa. La coparentalidad real es el elemento fundamental para hacer frente a los problemas de relación parental y sobrecarga de trabajo del progenitor sólo (la madre, principalmente), pero mientras no se modifiquen las pautas de atribución de la custodia y no se promueva la igualdad biparental a pesar de la ruptura matrimonial, sus efectos finales sobre la organización doméstica de la familia monoparental serán escasos o nulos. Para su efectividad hace falta reconocer que el régimen de alternancia en la convivencia no solo es más conveniente para el niño sino necesario también para el progenitor solo, lo cual demanda una mayor implicación y ejercicio de corresponsabilidad por par-



te del cónyuge habitualmente ausente o apartado de las tareas domésticas, y a la vez que los jueces se convenzan también de ello y fomenten ese régimen de alternancia en la convivencia, intentando conciliar a las padres y madres separados o remitiendo los casos a los servicios de mediación.

## 6. PROPUESTA DE NUEVAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA MONOPARENTAL

Existe —como se acaba de observar— un gran vacío regulador sobre las familias monoparentales. No hay un sistema coherente, eficaz y eficiente de protección a la familia monoparental. Lo que hay son medidas aisladas e inconexas, de carácter general que constituyen el resultado casual de acciones o medidas emprendidas con otros objetivos (ALMEDA-FLAQUER). La principal intervención normativa en relación con la monoparentalidad se establece en el ámbito de la Seguridad Social, donde la relación paterno/materno filial se toma como un criterio para reconocer algunas prestaciones sociales. Fuera del mismo, cobran también un cierto protagonismo algunas medidas de carácter laboral, o social, dirigidas a facilitar la compatibilidad entre la vida familiar y laboral o a intervenir en procesos de grave riesgo de exclusión social, en la medida que contribuyen a paliar los problemas del progenitor monoparental y a reducir los niveles de pobreza y de exclusión de los integrantes de la familia monoparental. En todo caso, todas estas actuaciones se revelan en su conjunto insuficientes para dar solución a los problemas comunes detectados en las familias monoparentales.

En el marco de una política de atención integral de la familia monoparental, se hace necesario dirigir un mayor esfuerzo, tanto en medidas de protección como en términos presupuestarios, hacia varias áreas de intervención de interés desde el punto de vista de la situación de liderazgo familiar en solitario de las madres y padres solos, para favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral y hacer frente a los problemas económicos sobrevenidos. En este sentido se hace necesario avanzar, al menos, en los siguientes puntos:

1. Mejora de la provisión de servicios para el cuidado de los hijos en edad preescolar. La ayuda externa es la única manera que tienen muchas madres o padres solos de hacer compatibles el empleo y la familia. Por tanto, resulta crucial contar con servicios de atención a los menores y en especial de cuidado de los hijos menores de cuatro años o en edad preescolar. En relación con algunos países comunitarios la distancia en cuanto a la cobertura de los servicios de atención a los menores de 3 años, es considerable: España no alcanza el 10%, mientras que países, como Dinamarca, Suecia o Eslovaquia llegan al 65%, 50% ó 45% respectivamente (Informe CES 2/2003). Se requiere, pues, un mayor esfuerzo de inversión pública en este

área de la acción social, que beneficia, además, a otras situaciones familiares y no sólo a los supuestos de monoparentalidad.

2. Ampliación de ciertos derechos laborales de los padres y madres trabajadoras con hijos recién nacidos a cargo. Igualmente, es evidente, ante la falta de servicios de apoyo al cuidado de los niños, que todavía caracteriza al sistema español, la necesidad de prolongar la suspensión del contrato con motivo de la excedencia por cuidado de hijo para los progenitores monoparentales, durante, al menos, la etapa previa a la escolarización, y extender, a su vez, el derecho de reserva del puesto de trabajo por todo ese tiempo de suspensión del contrato. Ya se ha dado algún paso en este sentido, al ampliar el periodo de reserva del puesto de trabajo hasta un máximo de 15 ó 18 meses en los supuestos de excedencia por cuidado de hijos, cuando el progenitor monoparental trabajador forme parte de una familia numerosa de categoría general o especial, respectivamente (Dispos. Adic. Primera, Tres, Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las familias numerosas, que añade un párrafo sexto al apartado 3 del art. 46 ET).

3. Comoquiera que la solución anterior resulta muy gravosa porque implica pérdida del salario, y para garantizar la supervivencia económica de los realmente necesitados, se hace necesario establecer, asimismo, un sistema de ayudas económicas al progenitor monoparental durante esos tres primeros años de maternidad, que, bien trate de compensar la ausencia de ingresos económicos, o bien sirva para sufragar los gastos derivados de la utilización de servicios privados de atención a la infancia o la asistencia personal contratada para el cuidado del hijo. No olvidemos que la ayuda doméstica remunerada es el recurso más habitual al que recurren las madres solas, incluso con un nivel económico bajo, cuando no disponen de otros servicios o recursos de apoyo familiar o externo.

4. En la situación familiar de padres solos con hijos en edad escolar, es importante introducir medidas laborales que faciliten las posibilidades de adaptación de los tiempos de trabajo (jornada, horario, principalmente) a las necesidades de los progenitores monoparentales. Las situaciones más problemáticas para compaginar empleo y familia, identificadas en esta etapa de la escolarización de menores, son los desajustes temporales entre jornada laboral y horarios y entre el calendario laboral y las vacaciones escolares, así como las enfermedades de los hijos (Informe CES 3/2003). Ello hace necesario reconocer la posibilidad de permisos parentales por horas para acudir a la consulta del médico o para atender cualquier otra causa de urgencia familiar. Esto se podría articular mediante la entrega de una bolsa de horas disponible para destinarlo a ocupaciones familiares, compensable con prolongación de jornada o reducción del periodo de vacaciones. Cabe regular, también la posibilidad de flexibilizar los horarios, permitiendo al progenitor monoparental que, en función de las necesidades escolares o familiares, anticipe o retrase las entradas o salidas del trabajo, así como la posibilidad



de hacer coincidir los periodos de descanso anuales con las vacaciones escolares de sus hijos, estableciendo un régimen de preferencia en la elección de las vacaciones.

5. En el supuesto de que la aplicación de las anteriores propuestas fuera inviable o plantease problemas, o como fórmula alternativa, se podría prever, de acuerdo con lo ya contemplado en el IV Plan de igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres (2003-2007), la creación de servicios de atención de necesidades puntuales de los progenitores monoparentales, en colaboración con las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales. Estos servicios de guarda temporal podrían ser también asumidos por las propias empresas, bien unilateralmente, o bien mediante acuerdo con los representantes de los trabajadores. Al margen de ello, la negociación colectiva ofrece un amplio margen para establecer un régimen de preferencias, sobre las más diversas materias (movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y extinción de contrato de trabajo), a favor de los progenitores monoparentales.

6. Desde el ámbito de la seguridad Social, convendría reflexionar sobre si la familia monoparental, atendiendo al perfil socioeconómico y a la situación de riesgo de exclusión social que presenta, no debería ser objeto de algún tipo de protección específica. El sistema de rentas mínimas, tal como observa el CES en su Informe 2/2001, está generando desigualdades en función del territorio de aplicación, con grandes diferencias entre cuantías y grado de cobertura y de definición de población con derecho al acceso a la misma. Todo lo cual apunta a la necesidad de articular un tipo de prestación de carácter no contributivo de la Seguridad Social incompatible con la percepción de otras prestaciones del Sistema de Seguridad Social, que cubra alguna de las situaciones más apremiantes de necesidad de las familias monoparentales. Otra posibilidad sería abordar, en colaboración con las Comunidades Autónomas —que son las que tienen competencias en materia de asistencia social— una regulación de contenidos mínimos que garantice una prestación asistencial a familiares monoparentales, que se encuentren en situación de necesidad y de ausencia casi total de recursos económicos.

7. Parece necesario, también, introducir alguna medida correctora en relación con la carrera de seguro del progenitor monoparental, para que no quede en situación de desventaja en lo que se refiere al acceso a las prestaciones como consecuencia de la falta de ingresos en periodos de excedencia y de reducción de jornada durante el periodo dedicado al cuidado de los hijos. En este sentido, debería impulsarse un cambio normativo que recogiera el derecho de los padres y madres solos a computar todo el tiempo de suspensión del contrato de reducción de jornada invertido en el cuidado de los hijos como tiempo efectivamente cotizado a los efectos de causar derecho a las prestaciones de la Seguridad Social. Tal medida ya ha sido adoptada en relación con los progenitores trabajadores que forman parte de una

familia numerosa (Disp. Adic. Primera, Dos, Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las familias numerosas, que añade un párrafo segundo al artículo 180. b TRLGSS); ahora hace falta que se extienda a los progenitores de las familias monoparentales no numerosas.

8. Además, harían falta otras muchas medidas para cumplir con los objetivos que pretende garantizar la nueva Ley del divorcio, de respeto al derecho del menor a relacionarse con ambos padres y de implicación de ambos en el cuidado y educación de los hijos, así como con otros intereses identificables dentro del concepto de familia monoparental. Uno decisivo y trascendental, que no ha regulado la Ley, se refiere a la Mediación Familiar, pieza insustituible no solo para reducir la conflictividad, sino para el ejercicio corresponsable y compartido de la guardia y custodia del hijo menor. Otro sería el establecimiento de un fondo de garantía para cubrir el impago de las pensiones alimenticias y complementarias, medida que ha sido introducida en la Ley (Dips. Adic. Única), merced a una enmienda de CIU, pero que está pendiente de desarrollo a través de una legislación específica que concrete el sistema de cobertura en dichos supuestos. Al mismo tiempo, y con independencia de algunas iniciativas aisladas ya existentes a nivel municipal o autonómico, es necesario que se establezcan programas sociales de atención integral y pluridisciplinar a las familias en crisis, o prever algunos beneficios específicos para las familias monoparentales que reúnan requisitos de necesidad, tales como el acceso en alquiler o propiedad a viviendas sociales.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEMÁN PÁEZ, Fr.: *La movilidad geográfica. Problemática social y régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 2001.
- ALMEDA, E., FLAQUER, LL.: «Las familias monoparentales en España», *Revista Internacional de Sociología*, núm. 26, 2000.
- BARAÑANO CID, M., DE LA PAZ, J.: «Pluralización y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia posttradicional», AA.VV. (coord. GONZÁLEZ ORTEGA, S.) *Seguridad Social y familia*, La Ley-Instituto de Seguridad Social Juan Vives, Universidad Carlos III, Madrid, 1999.
- BARRÓN LÓPEZ, S.: «Familias monoparentales: un ejercicio de clarificación conceptual y sociológica», *Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 40.
- CES: *Informe 2/2001. La pobreza y la exclusión social en España: propuesta de actuación en el marco del plan nacional para la inclusión social*, CES, Madrid, 2001.
- CES: *Informe 3/2003. Segundo Informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española*, CES, Madrid, 2003.
- CHOUHY, R.: «Función paterna y familia monoparental: ¿cuál es el coste de prescindir del padre?», *Psicología y Psicopedagogía*. Publicación Virtual de la Facultad de Psicología y Psico-

- pedagogía de la USAL núm. 2 junio 2000.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup>, F.: *La dimensión laboral de la violencia de género*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- FLAQUER, LL.: «Ley Catalana de apoyo a las familias: ¿una oportunidad perdida?» *Working Paper de Dret Catalá* núm. 12, Barcelona, abril 2004.
- LA CRUZ BERDEJO, J. L., DE ASÍS, Fr., LUNA, A., RIVERO, Fr., RAMS, J.: *Elementos de derecho Civil IV, Derecho de Familia*, Vol Primero, Bosch, Barcelona, 1990.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El permiso de lactancia», *Rel. Lab.* Núm. 14, 1996.
- LLEDÓ SANDOVAL, J. L.: *La familia monoparental: de lo accidental a lo programado*. <http://www.centropsicoanaliticomadrid.com>.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «Reducciones de jornada y ausencias por motivos familiares. Permisos retribuidos», en ARGÜELLES BLANCO, A. R., MARTÍNEZ MORENO, C., MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares. Estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001-2002)*, CES, Madrid, 2004.
- MONTERO AROCA, J.: *El convenio regulador en la separación y en el divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MORENO, Al.: «Las familias monoparentales en España», *Revista Internacional de Sociología*, núm. 26, 2000.
- RIVAS VALLEJO, P. (Cap. II), en AA. VV. (Coord. GARCÍA NINET, J. Ig.): *La dependencia de las personas mayores y su protección desde la perspectiva sociolaboral y de Seguridad Social en Cataluña*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2004.
- RODRÍGUEZ INIESTA y OTROS (Dir. SEMPERE, A.V.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2003.
- SARIEGGO, J. L.: *La custodia compartida: proyectos legislativos en curso*, <http://www.heterodoxia.net/comments.pl?sid=192&cid=208>