

De la tutela diferenciada de la maternidad y la paternidad a la protección por nacimiento y cuidado de menor desde una perspectiva constitucional

From differentiated maternity and paternity protection to shared parental protection and childcare from a constitutional perspective

SALVADOR PERÁN QUESADA

*PROFESOR AYUDANTE DOCTOR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
COORDINADOR DEL OBSERVATORIO JURÍDICO LABORAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO*

Resumen

Las últimas sentencias del Tribunal Constitucional sobre si constituye discriminación la diferente extensión de los permisos de maternidad y paternidad derivados de parto, alimentó un cierto debate social sobre el necesario impulso de la corresponsabilidad. El Tribunal Constitucional ratificó su doctrina consolidada al respecto, y el legislador cerró el debate por la vía de la equiparación en derechos –y deberes– para ambos progenitores. La virtualidad adquirida por el mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 CE a través de la LO 3/2007, nos invita a reflexionar sobre esta doctrina constitucional, bajo la premisa de que, todo tratamiento diferenciado basado en la maternidad deberá someterse al juicio de legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad, pero también al de su conexión o su contribución con el fin de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, debiendo descartarse cuando constituya el fundamento para las menores oportunidades de empleo de las mujeres.

Abstract

The latest rulings of the Constitutional Court on whether the different length of maternity and paternity leave was discriminatory fuelled a social debate about the need to foster shared responsibility. The Constitutional Court ratified its established doctrine in this regard and the lawmaker closed the debate by equalising rights - and duties - for both parents. The virtual nature acquired by the constitutional mandate contained in Article 9.2 EC of Organic Law 3/2007 invites us to reflect on this constitutional doctrine, under the premise that all differentiated treatment based on maternity should be submitted to legitimacy, reasonableness and proportionality. However, it should also be submitted to their connection or their contribution in order to achieve real and effective equality between women and men in the labour market, and should be discarded when it forms the basis for fewer employment opportunities for women.

Palabras clave

Corresponsabilidad; discriminación; igualdad; maternidad; paternidad

Keywords

Shared responsibility; discrimination; equality; maternity; paternity

1. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DISTINTO ALCANCE DE LOS PERMISOS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD

Las recientes sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de enero y 17 de diciembre (STC 2/2019 y 138/2018 respectivamente) vienen a ratificar una doctrina consolidada (STC 75/2011) respecto a la ausencia de discriminación en el diferente tratamiento dado normativamente a la maternidad y la paternidad, y por tanto no representan una novedad sustancial, máxime cuando, tal y como en ellas mismas remarcan, las normas legales aplicables son claras y no presentan ninguna duda interpretativa (STC 2/2019). Sin duda parece un debate cerrado en espacial tras la trascendente reforma operada vía Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de

oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, por la que los permisos de paternidad y maternidad van a reinventarse de forma profunda. Rasgos como la equiparación temporal entre los permisos de ambos progenitores, su carácter de intransferibilidad y obligatoriedad durante las primeras seis semanas –para ambos–, o la quiebra del disfrute ininterrumpido de los mismos, representan la mayor de las esperanzas –aunque no sean las únicas¹– para reducir las evidentes diferencias de género en el mercado laboral español. Esta norma cambia paradigmáticamente el modo de entender la protección por nacimiento y cuidado del menor, y condena a un cierto ostracismo histórico una doctrina constitucional envejecida repentinamente, no tanto por que el constitucional debiese asumir tareas cercanas a las del legislador que no le corresponden, sino porque debió tener más presente el mandato al que la propia Constitución le somete vía artículo 9.2 CE, reformulando las acciones de conciliación de la vida personal y laboral desde el punto de vista de sus efectos hacia la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, lo que hubiese implicado situar la acción en el ámbito de la corresponsabilidad.

El principio de Igualdad se configura a través de un doble mandato constitucional, tanto general como específico, que obliga a activar las garantías antidiscriminatorias incorporando el análisis de sus efectos sociales, económicos, políticos o culturales en el acceso al conjunto de bienes sociales relevantes, esto es, el contenido y alcance del artículo 14 CE debe tamizarse bajo el mandato expreso del 9.2 CE. De este modo, la decisión administrativa del INSS de no equiparar la prestación de paternidad con la de maternidad, tanto en lo que se refiere a sus condiciones de disfrute como su duración, debe ser valorada a través de las clásicas cláusulas antidiscriminatorias, pero también debe ser valorada desde la perspectiva de la corresponsabilidad. Incorporar la perspectiva de la corresponsabilidad va a forzar a entender que el disfrute de estos derechos debe posibilitar la necesaria compatibilidad entre cargas familiares y laborales, sin olvidar que estas medidas deberán adoptar aquella forma que favorezcan de un modo más eficaz la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.

El radio de acción del artículo 9.2 CE a juicio del propio Constitucional no vincula o se circunscribe exclusivamente a la acción de aquellas Administraciones públicas con competencias formales en asistencia social que pueden adoptar medidas sociales o beneficiosas de colectivos desfavorecidos, sino que debe proyectarse en todos los ámbitos de la sociedad y del ordenamiento jurídico por voluntad del constituyente, dada su naturaleza transversal y de cláusula del Estado social (STC 18/2017, de 2 de febrero).

Estas sentencias han hecho pivotar su resolución en torno a un concreto bien jurídico protegido, el delimitado por la posible afectación del derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo, derivado del artículo 14 CE, así como del mandato de protección de la familia, consecuencia del artículo 39 CE, del que deduce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, quedando al margen el oportuno escrutinio del modo en que esta medida, sin ser discriminatoria pueda acercar o alejar el objeto último de la igualdad real y efectiva mandatado en el artículo 9.2 CE. Ciertamente, la configuración constitucional del sistema de seguridad social, otorga un legítimo ejercicio de

¹ En este sentido ver: MOLINA NAVARRETE, C. (2018). “El «fin» de la «reconciliación» trabajo/familia como derecho social fundamental ¿«sexuado»? sin «corresponsabilidad» no hay «paraíso» de igualdad”. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, nº 47, 16-34.

libertad al legislador para que en base a su singular apreciación de las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento o en función de los recursos disponibles para atender las necesidades sociales (STC 197/2003, de 30 de octubre; STC 41/2013, de 14 de febrero), pueda atribuir concretas formas de protección social, sin que ello signifique que la opción legislativa sea inconstitucional por el hecho de contemplar una atribución singular de este derecho al padre trabajador (STC 75/2011).

Desde el punto de vista Constitucional, el diferente régimen jurídico de los permisos de maternidad y paternidad no contradice las exigencias del principio de igualdad y de no discriminación (STC 2/2019), dado que se trata de situaciones jurídicas distintas que justifican el trato desigual en base a razones objetivas que pretenden, de una parte la protección de la condición biológica de la mujer y, de otro lado, la salvaguarda de las particulares relaciones entre madre e hijo tras el parto (STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto *Roca Álvarez*). Pero el permiso de maternidad no solo pretende la protección concreta de la salud de la madre y el neonato, además, se manifiesta como una cláusula garantista hacia aquellas circunstancias desfavorables derivadas del hecho biológico de la maternidad, así como de la incidencia que tal hecho tiene sobre la situación laboral de la trabajadora que es madre. Ello significa, que el singular instrumento de protección de la maternidad pretende compensar, además, *las desventajas reales que, para la conservación de su puesto de trabajo, soporta la mujer, a diferencia del hombre* (STC 75/2011).

El permiso de maternidad, singular, de mayor duración y diferenciado del permiso de paternidad, tiene como doble finalidad, garantizar la necesaria recuperación física de la trabajadora después de alumbrar una nueva vida y proteger la salud del neonato y la madre, y a su vez, reforzar a la trabajadora en sus derechos como tal, y en especial, en el mantenimiento del empleo. Desde este punto de vista, cabría preguntarse si el mandato contenido en el artículo 9.2 CE hubiese sido un sustento sólido para un replanteamiento en su doctrina, como consecuencia de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental (STC 155/2009), dado que la propia Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombre, establece el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres como la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil, especialmente por la vía de la discriminación indirecta, esto es, aquella forma discriminatoria de resultado, donde no resulta suficiente la cláusula tradicional de igualdad formalista y no discriminación, sino que es necesario incorporar los efectos o resultados de una medida aparentemente neutral desde el punto de vista discriminatorio.

Contemplar el conjunto de derechos relativos a la conciliación de la vida laboral y familiar, exige hoy más que nunca, un planteamiento desde dos aspectos jurídicos esenciales: como derecho social –y, por tanto, de carácter prestacional–, y desde la perspectiva de género –y, por tanto, de carácter socialmente transformador–, lo que implica, que deberán atenderse no solo al principio de igualdad derivado del artículo 14 CE, sino especialmente a su contribución para la igualdad real y efectiva.

2. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA FEMINIZACIÓN DEL PERMISO DE MATERNIDAD POR PARTO

El Tribunal Constitucional había rechazado la inconstitucionalidad del precepto del Estatuto de los Trabajadores en su redacción dada por la Ley 39/1999, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral, por la que, en el supuesto de parto, el padre trabajador sólo podría disfrutar del periodo de descanso “voluntario” de maternidad, y percibir el correspondiente subsidio durante ese periodo, si la madre le cediese el derecho a disfrutar ese periodo, lo que sólo era posible si se trataba de una trabajadora incluida en algún régimen de la Seguridad Social, circunstancia que, como comentaremos, fue modificada vía LO 3/2007. Este hecho tenía una consecuencia de mayor alcance, ya que en caso de adopción el progenitor sí tendría derecho al subsidio por maternidad, en el supuesto de que la madre no tuviera derecho a ello, mientras que en el supuesto de parto, este subsidio al ser originario de la trabajadora embarazada solo podría ser cedido en el caso de que ella misma tuviera derecho al mismo, lo que significa que el permiso de maternidad por parto se configuraba como un derecho originario de la trabajadora embarazada, con un régimen y naturaleza jurídica distinta que el supuesto de adopción y acogimiento.

De este modo, a criterio del TC, el derecho a suspender el contrato de trabajo, y a percibir la prestación de maternidad, siempre que se reuniesen los requisitos específicos exigidos por la normativa de Seguridad Social, se dispone como un derecho de la mujer trabajadora. Ciertamente, la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y de la Ley 39/1999 transpusieron las dos primeras Directivas europeas, si bien de forma incompleta e insuficiente. Y ya, atendiendo de mejor manera al contenido y finalidad de las normas europeas, la LO 3/2007, mejoró la transposición inicial, sobre todo en lo que respecta al reconocimiento de nuevos riesgos –la lactancia materna–, dotando de un mejor sistema de protección –el subsidio por maternidad²– y, especialmente, dando entrada al permiso parental, como un derecho exclusivo, individual e intransferible del trabajador en los casos de nacimiento o adopción del menor³. No obstante, ni siquiera en esta Ley, que se quería integral y completa, se llegó a cambiar el tratamiento normativo de los derechos reconocidos. Así, el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad –pero también en los derechos por lactancia del menor– continuaban siendo derechos referidos a la mujer trabajadora, como derecho originario, que podía –o no– ceder al padre en el caso en que ambos trabajasen. En ambos casos, el tratamiento legislativo perpetuaba los roles sociales de género al primar la titularidad de los derechos de la mujer y otorgar al hombre un papel secundario en todas las tareas de cuidado de personas dependientes⁴.

² PERAN QUESADA, S. (2014) *Derecho Social y Género*, Aranzadi.: En las situaciones de parto, adopción o acogimiento se tendrá derecho a la prestación por maternidad de la Seguridad Social si se acreditan los requisitos de cotización previa necesarios. Ley de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres flexibilizó los requisitos de cotización previa para el acceso a la prestación de maternidad, y, lo importante, reconoció un nuevo subsidio para las trabajadoras jóvenes que no pudieran acreditar dichos requisitos.

³ GARCÍA VIÑA, J. (2008) *La paternidad como nueva situación protegida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº extra 74.

⁴ CONDE-PUMPIDO, T. (2007) *Maternidad y la conciliación dentro de la tutela de igualdad. Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida laboral y protección contra la violencia de género*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p.44. MOLINA HERMOSILLA, O. (2012) *Crisis económica, derechos sociales y contención del gasto. ¿Queda espacio para el derecho a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres?*, XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas: *el mantenimiento de esta regla confirma (...)*

Como se ha señalado, el propio Tribunal Constitucional rechazó que la atribución del descanso en su integridad a la mujer trabajadora en el supuesto de parto significase una discriminación al hombre, ya que *maternidad, embarazo y parto, son realidades biológicas exclusivas de la mujer y no son objeto de protección derivada directamente del art. 39.2 CE o una sobreprotección injusta a la mujer embarazada susceptible igualmente de ser discriminatoria* (STC 75/2011; STC 117/2018). Y, en igual sentido, otra resolución del Tribunal Constitucional había mantenido la legalidad de la norma ya que la finalidad histórica de dicho permiso era la protección de la salud de la mujer y las *especiales relaciones de la madre con el hijo en el periodo que sigue al embarazo* (STC 78/2011, de 6 de junio⁵) y al parto, *sin que, necesariamente cualquier ventaja legal otorgada a la mujer sea discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle participe de la misma* (STC 109/1993, de 25 de marzo, STC 162/2016, de 3 de octubre).

Por otra parte, la Ley 39/1999, había introducido también, la opción a favor de la madre trabajadora para ceder parte o todo el periodo de duración del mismo de dieciséis semanas –salvo las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre de acuerdo al Convenio núm. 103 OIT–, al otro progenitor siempre que ambos fueran trabajadores, o bien la posibilidad de compartir con el mismo de forma sucesiva o complementaria. Lo importante en este caso fue que la Ley 39/1999 abrió la posibilidad a la asunción compartida de las responsabilidades familiares de cuidado⁶, en este caso, del recién nacido. Como hemos remarcado, la cuestión criticable es que no pudo –o supo– hacerlo de manera más completa en el sentido de considerar la suspensión por nacimiento de hijo como un derecho que pudiera ser ejercido indistintamente por uno u otro de los padres cuando ambos trabajasen, en lugar de establecerlo como un derecho prevalente de la mujer trabajadora que podía cederlo o reservárselo por su voluntad.

Aún manteniendo una redacción similar, la LO 3/2007 estableció una regla importante, que avanza en la idea de la corresponsabilidad. En el supuesto de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones por no tener cubierto el periodo de carencia correspondiente, el otro progenitor tendría derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre⁷. Esta previsión normativa deja sin efecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo que negaba que una trabajadora autónoma o una abogada no incluida en el sistema de la Seguridad Social pudieran ceder este derecho a favor del otro progenitor, trabajador por cuenta ajena o

el derecho prevalente de la madre a este permiso y con ello, el modelo familiar tradicional en el que la mujer ha venido durante siglos asumiendo, en exclusiva, las responsabilidades derivadas del ámbito familiar.

⁵ Cabe preguntarse cual es la naturaleza jurídica de la relación materno filial como bien jurídico singular y diferenciado del que pueda establecerse en la relación de apego entre el hijo y el otro progenitor, en este sentido ver: GARCÍA CAMPÁ, S. (2019) *Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre*, Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 433, 1-22.

⁶ Lo que implicaba una ampliación del concepto de licencia maternal – LÓPEZ CUMBRE, L., DE LA VILLA GIL, L. E. (1999) *Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34/CE sobre permiso parental*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, N° Extra 1, págs. 41-70.

⁷ Debe destacarse ciertamente la doble naturaleza jurídica del permiso de maternidad - paternidad como supuesto de suspensión del contrato de trabajo y a su vez como prestación económica de la Seguridad Social sometida a las reglas oportunas de cotización previa, en este sentido ver: GARCÍA VIÑA, J. (2009) *El permiso de paternidad, cuestiones laborales y de Seguridad Social*, Revista Actualidad Laboral, nº16.

funcionario, basándose en que la normativa correspondiente no reconocía, en estos casos, el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad⁸.

Cabe remarcar un supuesto cercano e importante resuelto por la Sentencia TJUE de 16 de julio de 2015 en el asunto C-222/14⁹, al declarar que el permiso parental es un derecho individual que no puede depender de la situación del cónyuge: *con arreglo a la Directiva sobre el permiso parental, cada uno de los progenitores es titular, individualmente, del derecho al permiso parental*. Recuerda, que, además, la Directiva es *una disposición mínima que los Estados miembros no pueden abstenerse de aplicar en su legislación o en sus convenios colectivos*. De ello resulta que un progenitor no puede ser privado del derecho a disfrutar de un permiso parental como consecuencia de la situación laboral del cónyuge. Y cabe traerlo a colación porque la argumentación del TJUE, se fundamenta, no solo el objetivo de conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares de los padres trabajadores, sino también al cumplimiento de un derecho social fundamental que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea otorga al permiso parental.

Sin embargo, el debate más intenso y trascendente en torno al posible tratamiento diferenciado en el reconocimiento de derechos relativos a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar se produjo en torno al permiso de lactancia contenido en el artículo 37.4 ET, cuya titularidad se reconocía únicamente a la madre trabajadora y de forma secundaria y condicionada al padre. Con criterio diferente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁰ corregía la norma del derecho laboral español, entendiéndolo que *la promoción del disfrute femenino de este permiso produce un efecto adverso en los derechos laborales de la mujer y contradice el concepto de corresponsabilidad que debe estar ligado a la igualdad efectiva*. Y es que, de acuerdo con esta resolución, el permiso por lactancia ha perdido en nuestros días la vinculación que en otra época presentaba con la lactancia natural, y por tanto, con la condición biológica de la maternidad, para pasar ahora a ser configurado como un periodo de tiempo dedicado al cuidado del recién nacido, por lo que resultaba irrelevante entonces quien fuera titular del mismo, y quedaba sin justificación el reconocimiento de este derecho con carácter originario a favor de la madre. De este modo, el permiso de maternidad por parto, paternidad y lactancia, podrán tener un tratamiento diferenciado y singular en base a diferentes razones, cabiendo exclusivamente la feminización en el supuesto de parto.

⁸ STS 28-12-2000, y 20-11-2001.

⁹ En esta resolución el Tribunal de Justicia denuncia la legislación griega que reconoce solo a funcionarias el permiso parental, mientras que los padres que tienen la misma condición solo pueden disfrutar de dicho permiso en caso de que la madre ejerza una actividad laboral o profesional.

¹⁰ STJEU de 30 de septiembre de 2010, asunto Roca Álvarez: *la disposición que excluye el permiso de lactancia a los padres trabajadores por cuenta ajena cuando la madre del niño no tiene a su vez la condición de trabajadora por cuenta ajena constituye una diferencia de trato por razón de sexo contraria a la Directiva 76/2007/CEE... al haberse desvinculado el referido permiso del hecho biológico de la lactancia natural no puede entenderse que este permiso asegure la protección biológica de la mujer después de su embarazo y parto, sino que debe considerarse actualmente como un mero tiempo de cuidado en favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute del permiso de maternidad*.

3. NUEVO MARCO NORMATIVO, DEL DIFERENTE TRATO DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD AL CUIDADO DE MENOR COMO FUNDAMENTO NECESARIO PARA LA CORRESPONSABILIDAD

A la Ley Orgánica 3/2007 se debe un importante avance al introducir, por primera vez en nuestro ordenamiento, el permiso por paternidad, transponiendo la Directiva 96/34/CE, como derecho individual e intransferible del progenitor al cuidado del recién nacido, independiente del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad. No obstante, el legislador no fue capaz –debe pensarse que es una prestación cubierta por la Seguridad Social– de implantar desde un principio al menos el periodo de cuatro semanas de duración del permiso parental, de acuerdo con la Directiva europea, fijando una duración –de forma transitoria– únicamente por un periodo de trece días ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. La norma diferenciaba el contenido del derecho, al distinguir entre el supuesto de parto –en donde la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor– y los supuestos de adopción o acogimiento –en cuyo caso el derecho corresponderá sólo a uno de los padres, a elección de los interesados–; no obstante, cuando el permiso de maternidad era disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podría ser ejercido por el otro, sin que, obviamente cupiese una acumulación genérica de los permisos. Sin duda fue un avance considerable en apoyo a la nueva concepción de los derechos de corresponsabilidad el atribuir este derecho de forma intransferible e independiente al padre trabajador.

Pero sin duda, el refuerzo actual del principio de corresponsabilidad, se está sedimentando en la equiparación e intransferibilidad¹¹ de los permisos de los progenitores por parto y cuidado de menor –según una nueva denominación que supera las clásicas de maternidad y paternidad–. Si se identifica como principal factor de la desigualdad de género en el mercado de trabajo las diferencias en la asunción de cargas familiares, los permisos igualitarios deberán evitar estos tratamientos diferenciados, al *penalizar* por igual a mujeres y hombres –al menos desde un punto de vista teórico¹²–.

La duración del periodo prevista inicialmente fue mejorada considerablemente vía Ley 9/2009, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida. No obstante, la norma quedó *congelada* en un largo periodo de *vacatio legis*¹³ en la que se mantuvo la aplicación de la regla anterior, circunstancia que fue corregida en un primer momento por la Disposición final 38 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 que establecía –e incrementaba–

¹¹ En línea con la propuesta de Directiva comunitaria relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se derogaría la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

¹² Ya que influirán diversos factores sociales, culturales y económicos. En el Informe sobre los permisos de paternidad y maternidad en el mundo, realizado por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2017) se señala como *con la crisis se estableció de forma generalizada un techo máximo para los salarios, lo que supuso que menos padres quieran o puedan permitirse renunciar a una parte de su salario para estar con sus hijos*, pese a, como también se destaca en este Informe: *en los países donde existen permisos de maternidad y paternidad prolongados se ha demostrado el impacto positivo en las relaciones sociales y en la mejora de la salud psicológica y la autoestima del menor*.

¹³ Mantenido en el tiempo a través de la disposición final vigésima segunda de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 y de la disposición final décima de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015.

el permiso por paternidad hasta las cinco semanas de duración, produciéndose la definitiva equiparación a través del Real Decreto-ley 6/2019, por el que se establece un permiso parental de 16 semanas, con el escenario de 2021 para su definitiva y completa materialización. Esta norma va a significar una auténtica reinversión de la protección de la maternidad y la paternidad en nuestro país.

En primer lugar, quiebra un principio nuclear del antiguo régimen de maternidad y paternidad al suprimir el disfrute ininterrumpido de los permisos. Es una novedad de profundo calado, ya que incorpora una definición de nacimiento que no comprende o se agota exclusivamente el hecho biológico del parto, sino que incluye el cuidado del menor a lo largo de su primer año de vida, lo que significa asumir un principio rector fundamental en la crianza y la construcción del apego que excede de la protección de la salud de la trabajadora y el neonato vinculado exclusivamente al hecho biológico del parto. De este modo, el ámbito de protección –que no su extensión material– del permiso de cuidados derivado de la maternidad y paternidad va a incorporar o extenderse a los doce primeros meses de vida del menor.

Ciertamente, el permiso de la trabajadora madre sigue teniendo una estructura compleja y flexible en la que caben diferenciar distintas fases y fines del mismo. Por una parte, se mantiene un tratamiento especial para las seis semanas posteriores al parto, dirigidas funcionalmente a la recuperación y protección de la salud de la trabajadora y el neonato, y normativamente obligatorias en virtud de tratados internacionales ya citados. Estas seis semanas deberán ser disfrutadas de modo ininterrumpido y a jornada completa obligatoriamente. Por otra parte, el resto del permiso hasta completar las 16 semanas podrá ser disfrutado a voluntad de la trabajadora, en periodos semanales, permitiendo su ejercicio desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto, hasta que el menor cumpla los doce meses. Se mantiene cierta flexibilidad en el disfrute anticipado, concretando que podrá anticiparse el disfrute del permiso hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. De este modo, se reformula el concepto de permiso de maternidad –y paternidad– ya que permite un régimen ciertamente flexible a lo largo del primer año de vida del menor. Estamos ante un auténtico derecho subjetivo de los trabajadores que les faculta a disponer de los tiempos necesarios para el ejercicio de la maternidad y paternidad, en la que, como única carga, se exige un preaviso de 15 días para delimitar el disfrute de cada una de estas semanas, que podrán ser, siempre ininterrumpidas en el cómputo semanal, acumulables en base a la liberalidad de la interesada.

En segundo lugar, reconfigura el permiso de paternidad en torno al necesario cumplimiento del deber de compartir responsabilidades, cuidado y atención de los descendientes –con similar obligación para los ascendientes y demás personas dependientes a su cargo– contenido en el artículo 68 del Código Civil. De este modo, incorpora igualmente un régimen flexible y diverso, similar al de la maternidad, por el que de modo obligatorio deberán disfrutarse seis semanas posteriores al parto en régimen de jornada completa, pudiendo las diez semanas restantes distribuirse en los mismos términos anteriormente descritos.

En tercer lugar, se vinculan al principio de corresponsabilidad, al desaparecer la transferibilidad de periodos de disfrute entre progenitores. Esto significa que la extensión material del ámbito de protección de la maternidad y la paternidad ha optado por la vía

igualitaria, suprimiendo cualquier marco de liberalidad a los progenitores. Este rasgo nos diferencia claramente de otras estrategias de países europeos, que optan por alargar los periodos de disfrute de la madre, en consonancia con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud de reforzar la lactancia natural y el vínculo materno-filial. En dudas la opción del legislador español es legítima, y se complementa –de un modo más o menos intenso– con el conjunto de derechos a los que haremos mención en el siguiente apartado. En todo caso, la opción por los permisos igualitarios e intransferibles es contundente, ya que alcanza todos los rincones y ámbitos de estos permisos, así debemos destacar, que, en caso de discapacidad del hijo o la hija en el nacimiento o la adopción o nacimiento o adopción múltiples, los permisos se ampliarán en dos semanas –en el segundo de los supuestos por cada menor distinto al primero– una para cada una de los progenitores.

4. CONCLUSIÓN

4.1. PREMISA: LA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA CONCILIACIÓN COMO CLAUSULA DE GARANTÍA INTERPRETATIVA

La relevancia constitucional del derecho a la conciliación ha sido puesta de manifiesto por nuestro propio Tribunal Constitucional, a través de la importante y trascendente STC 3/2007¹⁴, que realizó una lectura ponderada del derecho a la reducción de la jornada de trabajo por guarda legal de menor de una trabajadora, en atención a los fines de relevancia constitucional que la propia norma persigue, como son el mandato de protección a la familia y la infancia –vía artículo 39 CE– pero especialmente, la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo –artículo 14 CE– de las mujeres trabajadoras, en la que declara que *la dimensión constitucional de las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida familiar y laboral de los trabajadores, ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.*

Sentencia importante que reconoce al conjunto de derechos de conciliación aquella relevancia constitucional que justifica su tutela preferente frente a los intereses organizativos empresariales, no siempre aplicada por la jurisdicción social de nuestro país. Ejemplo de ello, la STC 24/2011, de 14 de marzo¹⁵, en donde no se aplica ponderación alguna, al entender el Tribunal –con apoyo legal– que, en este caso, los supuestos son distintos. Aquí la trabajadora no solicitó a la empresa una reducción de su jornada al amparo del artículo 37.5 ET –tal y como así ocurrió en el supuesto enjuiciado por la STC 3/2007– sino que, estando sujeta a un régimen de turnos rotativos, su solicitud se dirigió exclusivamente a obtener su adscripción permanente al turno de mañana para poder cuidar mejor a su hija recién nacida.

¹⁴ En síntesis los hechos son: una cajera-dependienta de Alcampo S.A. que tenía establecida como jornada turnos rotativos de mañana y tarde, solicitó a la empresa la reducción de su jornada de trabajo por guarda legal de un hijo menor de seis años, eligiendo como horario reducido el de tarde, de 16:00 a 21:15 horas, de lunes a miércoles exclusivamente.

¹⁵ Resumidamente: una trabajadora de Telefónica de España que venía prestando sus servicios en régimen de trabajo a turnos, solicita su adscripción permanente al turno de mañana por considerarlo más idóneo para el cuidado de su hija recién nacida. La empresa le niega su petición y ésta la recurre judicialmente. Esta decisión es confirmada en diversas instancias y es recurrida ante el Tribunal Constitucional, pues según la recurrente, vulnera su derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) por entender que ha sido privada, por su condición de mujer, del disfrute de un derecho íntimamente ligado a la conciliación de la vida familiar y laboral.

El razonamiento que contiene la sentencia constitucional para descartar la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo es claro y literal –cerrando toda posibilidad a una interpretación ponderada en función de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación–: el artículo 34.8 ET a diferencia del artículo 37.5 ET, condiciona los cambios pretendidos en la jornada a la existencia de un pacto colectivo o individual, y a falta de dicho acuerdo, dicha reducción no puede ejercitarse. O, dicho de otra forma, si por cuidado de personas dependientes quieres tener derecho a adaptar la jornada de trabajo concretando los momentos en que se cumple, debes sacrificar también parte de tu salario. En caso contrario, tu derecho –tan reconocido– se limita a la posibilidad del pacto individual con el empresario o a la existencia de un convenio colectivo que lo haya previsto. Dos posibilidades que, como otras muchas, siempre han estado abiertas sin necesidad de que lo establezca una norma legal, si bien el redactado dado por el RD 6/2019 incorpora mayores certidumbres en el ejercicio de este derecho, al designar a la negociación colectiva como el ámbito apropiado donde se pacten los términos de su ejercicio, y en su ausencia, mandata una negociación entre empresa y trabajador, en la que deberán valorarse de una parte las necesidades de conciliación de la persona trabajadora y de otra la competitividad de la empresa, cabiendo la revisión judicial vía procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social. Ello asegura una activa acción de los tribunales de lo social en determinar el modo en que se debe desarrollar la conciliación, sin duda, no recomendable, pero en lo que aquí interesa, dicho control judicial no podrá limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de la decisión empresarial (STC 30/2000 de 31 de enero), sino que será preciso analizar si la misma resulta o no vulneradora del ejercicio de los derechos fundamentales alegados, esto es, no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego, atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde (STC 3/2007).

La conciliación no se conecta con un mero ejercicio de tiempo de trabajo, sino que invoca y fundamenta la posibilidad concreta del principio de igualdad, de este modo, se incorpora dentro de la cláusula de igualdad un nuevo elemento delimitador, dado que, todo elemento valorativo del ejercicio concreto de los derechos de conciliación deberán contener un juicio ponderado sobre las consecuencias que para el disfrute del principio de igualdad tenga la posible medida delimitadora o limitadora de su ejercicio.

4.2. PREMISA: LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES COMO FUNDAMENTO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

La prohibición de discriminación por razón de sexo tiene como fundamento *la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer* (STC 17/2003, de 30 de enero). El principio de igualdad como fin instrumental, impedir el trato peyorativo o menos favorable hacia las mujeres para remover así los obstáculos que impiden la igualdad real y efectiva con los hombres, máxima expresión de la fuerza transversal del mandato constitucional del artículo 9.2 CE, fundamento del Estado social (STC 18/2017).

La doctrina constitucional ha ido concretando el modo en que tratamientos diferenciados deben ser analizados con el objeto de determinar su carácter discriminatorio o

su legitimidad, de este modo, *el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas* (STC 22/1981, de 2 de julio).

Cláusula de igualdad que prohíbe las desigualdades, –y en especial aquellas que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (STC 173/1994 de 7 junio)–, que resulten injustificadas bajo criterios objetivos y razonables. Este ejercicio de ponderación deberá ser completado bajo dos premisas, en primer lugar, el término de comparación no podrá ser arbitrario o caprichoso (STC 148/1986, de 25 de noviembre), y, en segundo lugar, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deberán ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos (STC 200/2001, de 4 de octubre; STC 88/2005, de 18 de abril).

Desde un punto de vista del TC se contempla la maternidad como aquella medida que debe contener un doble objetivo, de una parte, la protección de la salud de la trabajadora embarazada que hubiese dado a luz –con todas las implicaciones debidas a la propia salud del neonato y a la especial relación de apego entre ambos–, de otra, la salvaguarda de sus derechos laborales. Desde una tutela clásica, su consecuencia lógica era el deber de asegurar un periodo de descanso para la madre durante el cual el contrato de trabajo quedase suspendido, con reserva de puesto, y garantías frente al despido¹⁶, y a su vez, se asegurase una prestación económica de la Seguridad Social dirigida a satisfacer la pérdida de rentas laborales de la mujer trabajadora durante ese periodo de descanso.

De modo coherente, se ha rechazado el carácter discriminatorio hacia el hombre de la atribución del derecho al descanso por maternidad en su integridad a la mujer trabajadora en el supuesto de parto y ello en base a una aplastante lógica, *la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre* (STC 109/1993, de 25 de marzo). Pero cabe resaltar que la protección de la mujer *no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también persigue evitar en el marco del contrato de trabajo las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzar, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora, al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado* (STC 161/2004 de 4 de octubre).

¹⁶ En este sentido ver: PERAN QUESADA, S. (2019) *La protección de la trabajadora embarazada frente al despido*, en GÓMEZ SALADO, M.A. (Dir.) *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum.

De este modo, el TC ha entendido que la protección especial, singular y diferenciada de la trabajadora embarazada adquiriría fuerza como instrumento garantista frente a *la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)* (STC 109/1993).

4.3. LA TRANSVERSALIDAD DEL MANDATO CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 9.2 CE

El Tribunal Constitucional ha defendido de modo coherente la legitimidad del singular régimen jurídico del antiguo permiso de maternidad por parto, bajo una doctrina sólidamente elaborada desde sus primeros pronunciamientos. Debemos celebrar, en todo caso, que el legislador haya decidido superar un marco normativo que establecía un trato diferenciado en torno a los periodos de disfrute de cada progenitor, y en especial por que la maternidad sigue penalizando las carreras profesionales de las mujeres de un modo claro, grave y directo. Lo que aquí se pretende es introducir la siguiente cuestión, ¿qué sucede cuando un trato diferenciado –en apariencia– legítimo se manifiesta como el principal obstáculo de la mujer en el mercado de trabajo? A nuestro Tribunal constitucional se le planteaba una pregunta concreta en la STC 2/2019, ¿representa una discriminación hacia el hombre la diferente extensión de los permisos de maternidad y paternidad?, la respuesta ha sido la clásica, ¿cabía alguna otra? La existencia de un voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer en la STC 138/2018, nos invita a pensar que sí.

Sabemos que la ratio de acción del TC se haya limitado bajo diferentes circunstancias. Por una parte, deberá abstenerse en interferir en el equilibrio económico financiero del sistema de Seguridad Social, ya que nadie con mayor legitimidad que el legislador podrá determinar el modo concreto en que el sistema debe configurarse, lo que no es óbice para desactivar su vigilancia antidiscriminatoria (STC 184/1993, de 31 de mayo), por otra parte, deberá resolver, no sobre la aplicación o interpretación del derecho ordinario, sino sobre el modo que este pueda afectar a alguno de los Derechos Fundamentales o Libertades públicas.

El singular régimen jurídico del antiguo permiso de maternidad no discrimina al varón, por las razones que se han esgrimido a lo largo de este texto, pero debería haberse valorado el factor legitimador de esta diferencia en base a las nuevas circunstancias derivadas de la LO 3/2007. Esta norma viene a proscribir cualquier efecto negativo –aun indirecto– que el embarazo pueda producir a la mujer. Si en un primer momento eran necesarias normas que protegiesen de modo singular la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora, a la vez que la conservación de sus derechos profesionales (STC 182/2005, de 4 de julio), ahora, estas medidas necesarias, deben completarse, con la evaluación de los efectos globales que la feminización de los permisos tiene para el empleo de las mujeres respecto al de los hombres, para evitar el efecto contrario que se pretende, ya que si la justificación de tal diferencia podría hallarse en una situación de desventaja de la mujer que se trata de compensar (STC 109/1993), deberá valorarse necesariamente, si esta medida contribuye efectivamente a compensar dicha desventaja o si por el contrario la acentúa.

El principio igualitario se ve afectado, no solo cuando las normas jurídicas ignoran a las mujeres en la consecución de derechos y deberes, sino también, cuando se otorga derechos a las mujeres que las sitúa en una posición diferenciada respecto de la conciliación familiar y laboral, reforzando el nexo de unión *discriminatorio* entre mujer y cargas familiares. El bien jurídico afectado en estos casos es la igualdad real –o *material*– entre mujeres y hombres, derivado o condicionado por la existencia de normas sociales de género, y materializado en una atribución diferenciada de las responsabilidades ligadas al cuidado del hogar y de la familia y al acceso o mantenimiento de la actividad profesional¹⁷. De este modo, la equiparación de los permisos de ambos progenitores deberá ser una consecuencia lógica, no tanto del refuerzo del derecho del varón –que también–, sino como fundamento material para la igualdad real y efectiva en el mercado de trabajo, por la tanto, cuando se valora el elemento legitimador del trato diferenciado deberá tenerse en cuenta, en contrario, cuantas mujeres son expulsadas del mercado de trabajo a consecuencia de la maternidad, dado que el tratamiento discriminatorio persigue también aquellas situaciones cuya finalidad sea plenamente legítima desde el punto de vista del artículo 14 CE, pero sus efectos no lo sean (STC 181/2000, de 29 de junio).

El TC ha tenido la oportunidad de dar una virtualidad renovada al alcance del artículo 14 CE en línea con el mandato del artículo 9.2 CE, en cuanto exigen a los poderes públicos una acción eficaz, real y efectiva en la protección del principio de igualdad, al artículo 39 CE en cuanto declara, como principio inspirador de las políticas públicas, la protección de la familia y de los hijos menores, y al artículo 41CE, en cuanto establece la obligación de mantener un régimen público de Seguridad Social, con carácter universal, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. De este modo, las medidas de conciliación deberán constituirse en un instrumento clave para alcanzar la igualdad de oportunidades. Esto significa, que todo tratamiento diferenciado por causa del embarazo de una trabajadora deberá someterse a un escrutinio de legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad, así como de su conexión o su contribución con el fin de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, debiendo descartarse cuando constituya el fundamento para las menores tasas de empleo de las mujeres.

¹⁷ PERAN QUESADA, S. (2014) *La necesaria configuración jurídica de la discriminación por razón de género desde la perspectiva constitucional*, Revista de Derecho Social, nº66.