

LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL, O DE LA DIMENSIÓN DOMÉSTICA DE LA CIUDADANÍA

BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL, LA DEFERENCIA HACIA LA JURISDICCIÓN SOCIAL, Y EL DILEMA DE CÓMO PROMOVER LA CIUDADANÍA ACTIVA DE LAS MUJERES SIN PROBLEMATIZARLA.—III. PROBLEMATIZANDO LA CIUDADANÍA MASCULINA. LA DIMENSIÓN DOMÉSTICA DE LA CIUDADANÍA Y LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL (STC 26/2011, DE 15 DE MARZO).—IV. LA ELUSIVA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL. LA STC 75/2011, DE 19 DE MAYO, Y LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR M/PATERNIDAD.—V. REFLEXIONES FINALES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque no sin reticencias ni incoherencias, la percepción que nuestros poderes públicos tienen de la interdicción de discriminación por razón de sexo recogida en el artículo 14 CE parece estar evolucionando. Más allá de las exigencias de la igualdad jurídica, nuestros poderes públicos empiezan a ahondar en las dinámicas de poder intergrupal que sustentan nuestro sistema sexo-género (1), resultado de la atribución de roles ciudadanos diferenciados dentro del Estado. Este construyó a los varones como ciudadanos activos, depositarios de los ideales de independencia, racionalidad y participación libre e igual en

(1) Es así como Gayle RUBIN (1975: 159) apodó el «sistema de acuerdos sociales por el que la sexualidad biológica se transforma en productos de la actividad humana y en los que se da satisfacción a las necesidades sexuales que resultan de esa transformación» (mi traducción).

el espacio público, como los ciudadanos por antonomasia, en definitiva (2). Y construyó a las mujeres como depositarias de toda manifestación de dependencia, irracionalidad, emotividad o relacionalidad, tan inclinadas a cuidar como necesitadas de cuidados, tan ineptas para participar en lo público como destinadas a dar sentido a su vida en la esfera de lo doméstico. Construyó así a las mujeres como ciudadanas pasivas, definiendo nuestra pertenencia al Estado en negativo —como lo no independiente, lo no público, lo no masculino—, con un contenido fuertemente asistencial (3). Esta distribución de roles ciudadanos, fruto del contrato social (hetero)sexual fraternal (4) sobre el que se asienta el Estado, se articuló en el seno de la familia nuclear moderna basada en el matrimonio entre un varón ganador del sustento familiar y representante de la familia en el espacio público, y una mujer ama de casa. A ella subyace una jerarquización valorativa que sitúa las cualidades ciudadanas definidas en masculino por encima de las que se definen en femenino. El resultado es la atribución a los varones de poder estructural sobre las mujeres, es la subdiscriminación (5) de las segundas a los primeros dentro del Estado.

Pues bien, tanto la legislación como la jurisprudencia constitucional españolas parecen estar abriéndose a la dimensión estructural de las dinámicas de poder intergrupual de varones sobre mujeres y a la necesidad de atajarla (6). Atrás hemos dejado la reducción de la discriminación a su modalidad directa, al «tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo» (*vid.* por todas STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 3) para incorporar su modalidad indirecta (7). Se entiende por tal «aquél tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo» (*vid.* por todas STC 3/2007, FJ 3),

(2) Es el modelo clásico de ciudadanía articulado por T. H. MARSHALL (1949).

(3) RODRÍGUEZ RUIZ (2010: 91-97).

(4) LANDES (1988); PATEMAN (1988); WITTIG (1992).

(5) BARRÈRE UNZUETA (2008: 45); BARRÈRE UNZUETA y MORONDO (2011).

(6) Esta es también la tendencia europea, recogida en el artículo II-23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reza: «La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.» Con todo, y pese a la ampliación de ámbitos de aplicación de la igualdad en la agenda europea, esta sigue presidida por intereses de mercado, lo que ha dado lugar a lo que se ha llamado «ampliación sin profundización» (LOMBARDO & MEIER, 2008).

(7) Este concepto fue introducido hace ya décadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. *Vid.* entre otras SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötél; o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez —*cf.* SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 7; 3/2007, FJ 3.

salvo que este pueda justificarse «en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados» (art. 6.2 LO 3/2007, de 22 de marzo). La discriminación indirecta permite así reaccionar contra dinámicas objetivas de poder intergrupar, con un matiz: hoy se exige a quien la alega no solo la pertenencia al sexo objetivamente perjudicado por la norma o medida denunciada, sino que de esta derive además una «desventaja particular» respecto de las personas del otro sexo (8).

Atrás hemos dejado también una aproximación meramente formal a la igualdad entre los sexos como igualdad de trato, con abstracción del contexto socio-jurídico que rige sus relaciones, a favor de un mayor compromiso con la igualdad efectiva como objetivo a lograr (art. 9.2 CE). Un objetivo que, aunque a veces precisa de la igualdad formal como instrumento (9), va más allá de esta (10). La adhesión a la igualdad formal puede tener consecuencias perversas. Durante la década de los ochenta y buena parte de los noventa llevó al Tribunal Constitucional a considerar discriminatoria normativa pre-constitucional que en cuestiones puntuales, como el acceso a pensiones o a la jubilación, otorgaba a las mujeres un trato favorable, a modo de compensación por su preterición socio-jurídica durante la dictadura (11). Consciente, ya sí, de que la desigualdad «no se suprime por el simple procedimiento de ignorarla y se hace más dura mediante la anulación de normas cuya finalidad palmaria es la de compensarla» (12), hoy el Tribunal Constitucional parece asumir un compromiso con la igualdad efectiva, conceptualizada como «parificación» —parificación ciudadana, hemos de entender— (*vid.* por todas SSTC 3/2007, de 15 de marzo, FJ 2; 26/2011, de 15 de marzo, FJ 5). La cual requiere de medidas de acción afirmativa. Estas han proliferado en el ámbito del empleo, contrarrestando las desventajas a que se enfrentan las mujeres por su sexo, o por circunstancias

(8) En un principio, la discriminación indirecta se entendió en términos objetivos, en el sentido de que no exigía que quien alegase haberla sufrido tuviera que dar cuentas de perjuicio personal alguno; bastaba con pertenecer al colectivo (al sexo) genéricamente perjudicado. La subjetivización implícita en la obligación de alegar desventaja particular ha sido introducida recientemente en normativa tanto europea [*vid.* arts. 2.2.b) de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, y 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio] como española (art. 6.2 de la LO 3/2007, de 22 de marzo). Para una crítica de esta evolución, *vid.* CABEZA PEREIRO (2007: 148-149).

(9) Es el caso de la igualdad de trato entre varones y mujeres que el artículo 32 CE impone en la regulación del matrimonio.

(10) FERRAJOLI (1997).

(11) *Vid.* SSTC 103/1983, de 22 de noviembre; 104/1983, de 22 de noviembre; 253/1988, de 20 de diciembre; 144/1989, de 18 de septiembre; 176/1989, de 30 de octubre; 142/1990, de 20 de septiembre; 158/1990, de 18 de octubre; 58/1991, de 14 de marzo; 102/1992, de 25 de junio; 3/1993, de 14 de enero. Sobre este tema, *vid.* RUBIO MARÍN (1999, págs. 18-56).

(12) Voto particular de Francisco Rubio Llorente a la STC 103/1983, de 22 de noviembre.

directamente conectadas con la naturaleza femenina, como el embarazo o, solía decir el Tribunal, la lactancia (13). Y empiezan a extenderse a otros ámbitos. Es la concepción de la igualdad que ha respaldado la constitucionalidad de normas como la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, o la Disposición Adicional Segunda de la en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que introduce la paridad electoral (14) (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, y 12/2008, de 29 de enero, respectivamente).

Y legislación y jurisprudencia constitucional empiezan, en fin, a dejar atrás una concepción de la igualdad material centrada en el terreno laboral, en consonancia con la construcción moderna de la ciudadanía en torno a la figura del varón trabajador (15). Durante esta última década, el legislador estatal ha mirado más allá de lo laboral para atajar en sus raíces las dinámicas de poder, de subdiscriminación, que estructuran las relaciones entre varones y mujeres. Es el espíritu que ha inspirado las leyes arriba mencionadas, y otras como la Ley 30/2003, de 13 de octubre, conocida como ley de impacto de género o la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (16). Mención especial merecen las normas orientadas a deconstruir el género en su origen, cuestionando la definición del espacio público como masculino (es lo que hace la mencionada paridad electoral) y del espacio doméstico como femenino con base en la familia nuclear clásica. Es lo que vienen a hacer la Ley 13/2005, de 1 de julio, reconociendo la validez de los matrimonios del mismo sexo, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa

(13) *Vid.* SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 19/1989, de 31 de enero, FJ 4; 109/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 317/1994, de 28 de noviembre, FJ 2; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 6; 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4. Como veremos, con todo, y siguiendo jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 30 de septiembre de 2010 —caso Roca Álvarez), nuestro Tribunal Constitucional desvincula ya el permiso de lactancia de la lactancia natural, y considera discriminatorio el reconocimiento de dicho permiso solo a las madres trabajadoras (STC 75/2011, de 19 de mayo, FJ 7).

(14) Como recoge el voto particular de Jorge Rodríguez-Zapata a la STC 12/2008, las dudas sobre la constitucionalidad de la paridad electoral se canalizan a través de la defensa del modelo moderno de representación unitaria, que consagra la igualdad formal en materia electoral. Sobre la conexión entre este modelo y la concepción formal y presunta de la igualdad, característica, como el primero, del siglo XIX, *vid.* RODRÍGUEZ RUIZ y RUBIO MARÍN (2010).

(15) MARSHALL (1949). Para un comentario crítico de esta construcción de la ciudadanía, *vid.* RODRÍGUEZ RUIZ (2010).

(16) Para un comentario crítico de estas leyes y de su contribución a la deconstrucción del género, *vid.* RODRÍGUEZ RUIZ (2010: 106-116).

al sexo de las personas, o ley de identidad sexual, o la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (17). Es también el objetivo del permiso de paternidad intransferible que recoge el artículo 48bis de la Ley del Estatuto de los Trabajadores —en adelante, LET—, y que fue introducido por la LO 3/2007 (DA 11.^a, apartado 11), si bien se trata de un permiso de tan solo trece días, aún pendientes de ampliación a cuatro semanas (18). Y es lo que pretenden potenciar las reformas de la Ley del Estatuto de los Trabajadores —en adelante, LET—, operadas por esta misma LO 3/2007 y, más recientemente, por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, al fomentar la corresponsabilidad entre mujeres y varones en la conciliación de vida familiar y laboral, en materia de tiempo de trabajo (arts. 34.8, 37.4 y 37.5 LET), excedencias para cuidado de hijas/os (art. 46.3 LET) o suspensión del contrato laboral por m/paternidad (art. 48.4 LET).

Estas normas profundizan en la dimensión doméstica de la ciudadanía, de la subdiscriminación y del objetivo de la parificación ciudadana. También el Tribunal Constitucional profundiza en esta dimensión, con una jurisprudencia que argumenta que el derecho a la conciliación de vida familiar y laboral, con su componente de corresponsabilidad entre los géneros, tiene una dimensión constitucional, anclada en una lectura sistemática de los artículos 14 y 39 CE (19). Una dimensión que, dice, «ha de prevalecer y servir de orientación para la so-

(17) *Vid.* RODRÍGUEZ RUIZ (2010: 106-116).

(18) La Disposición Final Décima de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 establece que dicha ampliación entrará en vigor el 1 de enero de 2016. Ya con anterioridad la Disposición Final Vigésimo Segunda de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, había establecido dicha entrada en vigor para el 1 de enero de 2015, y la Disposición Final Décimo Octava de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013, lo había dispuesto a partir del 1 de enero de 2014. La corta duración de este permiso y la resistencia a su ampliación reflejan y refuerzan la percepción social del cuidado de hijas/os como una tarea fundamentalmente materna. Lo cual se corresponde con la excepcionalidad en derecho civil común de la custodia compartida de hijas/os en casos de crisis matrimonial (en la actualidad debe ser acordada por ambos progenitores —art. 92 del Código Civil), y la tendencia a atribuir a la madre la custodia exclusiva pese a la neutralidad formal del artículo 92 del Código Civil en este punto. Sobre este tema, *vid.* PICONTO NOVALES (2012). En el momento de escribir, existe un Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio, que reforma este artículo, otorgando a los órganos judiciales mayor margen de discrecionalidad para imponer la custodia compartida en interés del o de la menor. El Consejo de Estado rechaza, con todo, que esta pueda imponerse si ninguno de los padres la solicita.

(19) *Vid.* SSTC 240/1999, de 20 de diciembre; 203/2000, de 24 de julio; 3/2007, de 15 de enero; 233/2007, de 5 de noviembre; 24/2011, de 14 de marzo; 26/2011, de 15 de marzo, y 75/2011, de 19 de mayo.

lución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional» (*vid.* por todas STC 26/2011, de 15 de marzo, FJ 5). El objetivo de este artículo es explorar cómo el Tribunal Constitucional articula y hace valer el contenido de dicha dimensión.

II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL, LA DEFERENCIA HACIA LA JURISDICCIÓN SOCIAL, Y EL DILEMA DE CÓMO PROMOVER LA CIUDADANÍA ACTIVA DE LAS MUJERES SIN PROBLEMATIZARLA

Desde hace ya más de una década, el Tribunal Constitucional viene estableciendo que las medidas orientadas a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral tienen una dimensión constitucional que, afirma, se desprende de la lectura conjunta de los artículos 14 y 39 CE: de la obligación de los poderes públicos de proteger la familia, la maternidad y la filiación, así como de fomentar el cumplimiento de responsabilidades parentales, y de hacer todo ello en términos coherentes con el principio de igualdad y la interdicción de discriminación por razón de sexo que recoge el artículo 14 CE.

Nos aleja aquí el Tribunal Constitucional del terreno de la discrecionalidad legislativa para adentrarnos en el de las obligaciones constitucionales de los poderes públicos para con la conciliación de vida familiar y laboral y la corresponsabilidad. Son estas, sin duda, obligaciones más fáciles de articular en el terreno de la función pública. Aquí el Tribunal ha declarado que la práctica de impedir que funcionarias interinas de larga duración se acojan a una excedencia voluntaria para el cuidado de hijas/os menores constituye un caso de discriminación indirecta por razón de sexo contrario al artículo 14 CE, en conexión con el artículo 39 CE. Y lo es aun cuando pudiera contar con cobertura legal [art. 29.4 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (20), y

(20) Artículo 29.4: «Los funcionarios tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa».

La LO 3/2007 (DA 19.1) añadió el siguiente párrafo segundo: «También tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años, los funcionarios para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.»

art. 105 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado —texto articulado aprobado por Decreto 315/1964 (21)]. Se apoya el Tribunal Constitucional en tres consideraciones. La primera es que la denegación de la excedencia voluntaria con base en el carácter temporal de la interinidad pierde toda justificación razonable donde la interinidad es de larga duración —en el caso concreto era de más de cinco años—. La segunda es que la falta de previsión legal de medidas de conciliación afecta aquí a un colectivo, el de las/os funcionarias/os interinas/os de larga duración, integrado mayoritariamente por mujeres. Y la tercera es «un dato extraído de la realidad social imperante, que sin duda debe tenerse en cuenta al interpretar y aplicar las reglas jurídicas, a saber: que, hoy por hoy, son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos y, en consecuencia, al serles denegado, prácticamente solo las mujeres se ven obligadas a abandonar sus puestos de trabajo y a salir del mercado laboral por este motivo» (SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, FFJJ 4-5; 203/2000, de 24 de julio, FFJJ 5-6).

Consideraciones de este tipo aparecen también en el ámbito laboral. También aquí el Tribunal Constitucional ha afirmado la dimensión constitucional de las medidas de conciliación, cuya previsión se entiende como desarrollo de los artículos 14 y 39 CE. Y también aquí ha llamado la atención sobre la «necesidad de compensación de las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre», de la que «se deduce la afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo cuando se produzcan decisiones empresariales contrarias al ejercicio de un derecho de maternidad en sentido estricto, así como también cuando se den otras que resulten contrarias al ejercicio por parte de la mujer de derechos asociados a su maternidad» (STC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 6). Ciertamente, estas desventajas laborales no derivan de que las mujeres soporten respecto a los varones obligaciones superiores de orden jurídico o moral para con los hijos, sino de las que soportan «por imposición de la realidad social». Es esta la que hace que sean «mayoritariamente las mujeres las que en la práctica tienen dificultades para compatibilizar la vida laboral y familiar» (ibídem). De ahí deduce el Tribunal que, aunque las medidas de conciliación reguladas en la LET «no limita(n) su reconocimien-

(21) Artículo 105 (derogado por la Ley 7/2007, de 12 abril, del Estatuto Básico del Empleado Público): «A los funcionarios de empleo les será aplicable por analogía, y en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, con excepción del derecho a la permanencia en la función, a niveles de remuneración determinados, o al régimen de clases pasivas» (mi énfasis).

El Tribunal se enfrentó a decisiones que consideraban el régimen de excedencias inadecuado a la naturaleza de la interinidad, en atención a la urgente necesidad de los servicios a cubrir.

to a las mujeres..., sensibilizando en el reparto de las responsabilidades y en la modificación de patrones socioculturales de conducta», con todo, «en una perspectiva constitucional (dichas medidas) sigue(n) en el presente vinculada(s) singularmente con la maternidad y, a través de ella, con el artículo 14 CE, porque “hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan”» este tipo de medidas. Es pues patente, concluye, «que ese derecho y su ejercicio pueden quedar comprometidos por prácticas discriminatorias» (ibídem) trátese de discriminación directa (22) o indirecta.

Elocuente en este sentido es la STC 3/2007, de 15 de enero. El Tribunal resuelve aquí un recurso de amparo presentado por una trabajadora que desarrollaba su jornada de trabajo en turnos rotativos de mañana y tarde, de lunes a sábado, de 10 a 16 horas y de 16 a 22:15 horas. Esta trabajadora solicitó a la empresa la reducción de su jornada de trabajo por guarda legal de un hijo menor de seis años, al amparo de lo dispuesto en el artículo 37.5 LET (23), solicitando horario de tarde, de 16:00 a 21:15 horas, de lunes a miércoles. La empresa

(22) La STC 233/2007 no apreció que en este caso hubiese discriminación. La aquí recurrente en amparo denuncia que, tras su reincorporación al trabajo después de un complicado embarazo, con varias bajas y consiguiente maternidad, y la sucesiva excedencia para el cuidado de su hijo prematuro, la empresa no le reservó su puesto de trabajo, le privó de ocupación efectiva, de sitio físico donde estar y de herramientas de trabajo, encomendándole tareas de inferior categoría profesional (FJ 1). Todo ello en contra del artículo 46.3 LET, que dispone: «Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque estos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. [...]»

«(Párr. 5) El período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente».

Pese a la vulneración del artículo 46.3, párr. 5, LET, el Tribunal Constitucional entendió que no existe «una conexión automática entre incumplimiento normativo y vulneración del derecho fundamental» (FJ 7), y que esta en este caso no se da, al no haber habido ánimo discriminatorio ni perjuicio salarial, de horario, o de otro tipo para la trabajadora. Para un comentario crítico de esta Sentencia, *vid.* CABEZA PEREIRO (2007).

(23) Artículo 37.5 LET: «Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.» El Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, aumentó ese límite de edad a los doce años.

denegó la reducción solicitada, señalando que con base en el artículo 37.6 LET el horario reducido a aplicar debía desarrollarse dentro de su jornada ordinaria en turnos rotativos de mañana y tarde y de lunes a sábado. Entonces, el artículo 37.6 LET disponía: «La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderá al trabajador, *dentro de su jornada ordinaria*. El trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria» —mi cursiva (24). Pues bien, el Tribunal Constitucional declaró que denegar a una trabajadora una reducción de jornada con el único argumento de que su solicitud no se ajusta a los criterios legales, sin analizar la dimensión constitucional del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral a la luz de los artículos 14 y 39 CE, constituye discriminación indirecta por razón de sexo, habida cuenta de que son las mujeres «notoriamente el colectivo que ejercita en mayor medida tal derecho» (STC 3/2007, FJ 4).

También en el terreno laboral es, pues, clara la toma de postura del Tribunal Constitucional sobre el contenido constitucional de la conciliación, y sobre el carácter indirectamente discriminatorio por razón de sexo de toda medida que afecte negativamente a la posibilidad de conciliar la vida familiar y laboral, por ser las mujeres quienes se ven principalmente afectadas. Con todo, al Tribunal Constitucional le cuesta más hacer valer el contenido constitucional de la conciliación en el ámbito laboral que en el de la función pública. Y es que mientras en esta última nos encontramos en el terreno de las relaciones de los individuos con los poderes públicos, y de la eficacia vertical de los derechos fundamentales en el marco de esas relaciones, el ámbito laboral nos sumerge en la eficacia horizontal o frente a terceros de estos derechos. Aunque la eficacia horizontal

(24) En su redacción actual, introducida por la Ley 3/2012, el artículo 37.6 LET dispone:

«La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 5, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada.

Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social».

de los derechos se ha afirmado ante todo en el marco de las relaciones laborales (25), es este un ámbito propicio a las matizaciones de dicha eficacia. Lo es porque la dogmática laboral apunta con frecuencia hacia un sentido diverso de los parámetros de la igualdad constitucional y los derechos fundamentales, ofreciendo resistencia a acomodarse a ellos. Pues bien, allí donde el Tribunal Constitucional se mueve aún con titubeos dogmáticos, en terrenos donde él mismo no parece haber aprehendido aún las implicaciones de esos parámetros constitucionales de la igualdad y los derechos, este Tribunal tiende a convertirse en cómplice de dicha resistencia. Y lo hace mostrando para con la jurisdicción social más deferencia que para con la contencioso-administrativa (26). En concreto, en materia de conciliación de vida familiar y laboral y de corresponsabilidad familiar, el Tribunal se limita a verificar si los tribunales de la jurisdicción social han incorporado o no en sus razonamientos la dimensión constitucional de la conciliación, sin entrar a analizar si lo han hecho en términos que puedan considerarse conformes a los parámetros constitucionales. Donde esa dimensión ha sido tenida en cuenta, y con independencia de cómo haya sido tenida en cuenta, el Tribunal no encuentra infracción constitucional por violación del artículo 14, en conjunción con el 39 CE.

No la encontró en la STC 24/2011, de 14 de marzo. En este caso, la recurrente en amparo, trabajadora de Telefónica de España, S.A.U., con turnos rotativos, solicitó su adscripción permanente al turno de mañana para cuidar de su hija recién nacida, acogiéndose para ello al artículo 34.8 LET (27). Su solicitud

(25) Véanse los estudios en la materia, ya clásicos entre nosotros, de BILBAO UBILLOS (1997) y NARANJO DE LA CRUZ (2000).

(26) Elocuentes en este sentido son las SSTC 241/2012, de 17 de diciembre, y 170/2013, de 7 de octubre, sobre el derecho de los trabajadores frente a la empresa al secreto de sus comunicaciones por correo electrónico.

(27) Artículo 34.8 LET, introducido por la LO 3/2007, de 22 de marzo: «El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella». En opinión del Tribunal Supremo, no cabe hacer en estos casos una interpretación extensiva del artículo 37.5 LET (SSTS de 13 y 18 de junio de 2008, Sala General —*vid.* en contra, los votos particulares a ambas sentencias). Para una crítica de esta doctrina, *vid.* MORÓN PRIETO (2009). Hay, por lo demás, y como señala este autor, resoluciones judiciales de instancia que, ante la falta de acuerdo entre la empresa y la trabajadora, sí acogen la pretensión de esta última de modificación de horarios o turnos sin previa solicitud de reducción de jornada, recurriendo para ello a la analogía o a la interpretación amplia del artículo 37.6 ET. Cfr. MORÓN PRIETO (2000: 174). El artículo 9.2 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral le añadió el siguiente párrafo: «A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y

fue denegada por la empresa y desestimada en todas las instancias judiciales, con el argumento de que el artículo 34.8 LET hace depender la adscripción a un turno de trabajo de la existencia de un acuerdo colectivo o individual. Ante el Tribunal Constitucional, la recurrente alegó la violación de su derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo, apelando a la dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral. El Tribunal Constitucional denegó el amparo con el argumento de que, a diferencia de lo que sucedía en el caso resuelto por la STC 3/2007, en este caso dicha dimensión sí había sido tenida en cuenta por los órganos judiciales. Y ello con independencia de cuál fuera su decisión final. El Tribunal, esto es, no consideró necesario entrar a examinar los términos en que los tribunales habían tomado en consideración dicha dimensión. Le bastó con constatar que, de un modo u otro, en uno u otro sentido, lo hubieran hecho. Solo donde los órganos de la jurisdicción social han desconocido de plano esta dimensión entiende el Tribunal Constitucional que se ha producido una violación del artículo 14 CE, en conjunción con el artículo 39 CE. Es más, en tales casos, el Tribunal no restablece en su derecho a la recurrente, como hace cuando la violación del artículo 14 se ha producido en el ámbito de la función pública (SSTC 240/1999; 203/2000), sino que se limita a retrotraer actuaciones «al momento procesal oportuno a fin de que por el órgano judicial se dicte, con plenitud de jurisdicción, nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido» (STC 3/2007, punto 3 del Fallo; *vid.* también 26/2011, punto 3 del Fallo).

Las consideraciones del Tribunal Constitucional en torno al papel familiar de las mujeres presiden, pues, su jurisprudencia sobre la dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral tanto en el terreno laboral como en el ámbito de la función pública. La diferencia es que, si en el segundo el Tribunal Constitucional hace valer dicha dimensión constitucional, en el primero se contenta con poner fin al desconocimiento de dicha dimensión, remitiendo la definición de su contenido, de entrada, a la jurisdicción laboral. Esas consideraciones en torno al papel familiar de las mujeres resucitan la cuestión de hasta qué punto se contribuye con ellas a retroalimentar la construcción moderna del género (28). Resucitan, en concreto, el debate en torno a dos posibles estrategias para avanzar hacia la efectiva igualdad, cada una de las cuales conlleva un coste de oportunidad. La primera apunta a la importancia de romper con la construcción moderna del género que adscribe a las mujeres al terreno

de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas.»

(28) *Vid.* voto particular de Vicente Conde a la STC 240/1999.

privado de la ciudadanía pasiva y que condiciona su ingreso en la ciudadanía activa a la asistencia estatal. Y lo hace fomentando la igualdad formal o de trato, a costa de ignorar los obstáculos que efectivamente jalonan el camino hacia la ciudadanía activa de las mujeres. La segunda apunta a la necesidad de compensar jurídicamente a las mujeres por los obstáculos estructurales que se oponen a su presencia en la esfera pública, muy especialmente en el mundo laboral. El coste supone ofrecer reconocimiento jurídico a dichos obstáculos, reforzando la adscripción de las mujeres a la ciudadanía pasiva, problematizando nuestro acceso a la ciudadanía activa, incluso victimizándonos (29).

El Tribunal Constitucional no se ha decantado claramente por ninguna de las dos estrategias. Puede, con todo, percibirse una evolución desde la primera hacia la segunda, al hilo de la evolución hacia una concepción más efectiva y menos formal de la igualdad. Así, cuando en su temprana jurisprudencia se ocupó de normativa pre-constitucional, el Tribunal Constitucional tendió a adoptar la primera estrategia y con ella, como vimos, una lectura formal de la igualdad (*vid.* por todas STC 3/1993, de 14 de enero, en materia de pensiones a favor de familiares). En ocasiones, con todo, el Tribunal apostó también entonces por la segunda (*vid.* SSTC 19/1989, de 31 de enero, y 68/1991, de 8 de abril, en materia de pensiones de orfandad), oscilando entre ambas a veces incluso en el marco de un mismo tema (*vid.* SSTC 315/1994, de 28 de noviembre, y 16/1995, de 24 de enero, en materia de jubilación anticipada). Todo ello sin justificar su opción por uno u otro criterio. Hoy la apuesta es más bien a favor de la segunda estrategia, a favor, esto es, de tomar conciencia de los obstáculos que se oponen a la igualdad efectiva de las mujeres con las condiciones de ciudadanía que disfrutaban los varones, con el objetivo de removerlos. Con esta apuesta por la igualdad efectiva, con todo, se asume también el riesgo de ahondar en la problematización la ciudadanía activa de las mujeres, al tiempo que la de los varones se consolida como el modelo «normal» o no problemático de ciudadanía.

El mejor antídoto frente a este riesgo consiste en problematizar, no la ciudadanía de las mujeres, sino la construcción moderna de la ciudadanía, con sus dos modelos dicotómicos, el femenino y el masculino. Y consiste en diseñar medidas orientadas a atajarla, no solo equiparando la ciudadanía de las mujeres a la de los varones, sino también la de estos a la de las primeras. Consiste, en definitiva, en problematizar también la construcción moderna de la masculinidad y de la ciudadanía de los varones (30). El Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de hacerlo en la STC 26/2011. En ella, como en casos anteriores,

(29) RODRÍGUEZ RUIZ (2013: 95-100).

(30) SALAZAR BENÍTEZ (2012).

el Tribunal resolvió un recurso de amparo contra la denegación de una solicitud de reducción de jornada laboral, de medidas pues de conciliación de su vida familiar y laboral. La peculiaridad de este recurso es que fue presentado por un trabajador varón. Esta circunstancia ofreció al Tribunal Constitucional la posibilidad de enfrentarse a la dimensión constitucional, no solo de la conciliación de la vida familiar y laboral, sino de la obligación de orientarla hacia la corresponsabilidad entre mujeres y varones —a la dimensión constitucional, en definitiva, de la corresponsabilidad entre mujeres y varones en las labores de cuidado que imperan en la vida familiar—. El siguiente apartado está dedicado al análisis de esta Sentencia.

III. PROBLEMATIZANDO LA CIUDADANÍA MASCULINA. LA DIMENSIÓN DOMÉSTICA DE LA CIUDADANÍA Y LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL (STC 26/2011, DE 15 DE MARZO)

D. Germán Higuelmo Pérez, ayudante técnico educativo en una residencia de educación especial de Palencia dependiente de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, solicitó trabajar en horario nocturno durante el curso 2007-2008, con el objetivo de conciliar su actividad laboral con el cuidado de sus dos hijos de corta edad. Su pretensión fue resuelta negativamente por dicha Consejería con base en que, según el calendario pactado para el curso escolar 2007-2008, no existía en su centro de trabajo puesto específico de ayudante técnico educativo con horario exclusivamente nocturno. Esta resolución fue confirmada en todas las instancias judiciales (31), con el argumento de que, aunque nuestro ordenamiento promueve la adopción de medidas para la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, no se reconoce en él un derecho individual a elegir turno de trabajo por motivos familiares, salvo que este venga aparejado a una reducción de jornada (32). Más allá de estos casos, la LET reconoce, sí, el derecho a «adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral», pero solo «en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o por acuerdo con el empresario» (33). D. Germán re-

(31) Sentencia de 15 de febrero de 2008 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Palencia, confirmada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 9 de julio de 2008, y por el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2009, que inadmite el subsiguiente recurso de casación para la unificación de doctrina.

(32) Artículos 37.5 y 37.6 LET, *vid.* nota 23 y el texto que acompaña a la nota 24 *supra*.

(33) *Vid.* artículo 34.8 LET, nota 27 *supra*.

currió en amparo contra dichas resoluciones judiciales, apelando a la dimensión constitucional de la conciliación de vida familiar y laboral. Nos encontramos, pues, ante un caso similar al resuelto por el Tribunal Constitucional tan solo un día antes en la STC 26/2011, y al que se hizo referencia en el apartado anterior. A diferencia de entonces, el ahora recurrente argumenta que los órganos judiciales ordinarios habían ignorado por completo en sus consideraciones dicha dimensión constitucional —y el Tribunal Constitucional, como veremos, le dará la razón.

Como en otros casos, el Tribunal Constitucional asume la dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral e impone su prevalencia en la solución de casos concretos, «tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE)» (FJ 5). La peculiaridad de este caso reside en que aquí es un varón quien recurre. Lo peculiar de esta circunstancia se pone de manifiesto en la alegación del recurrente de que «el rechazo de su pretensión implica convertir», no a él, sino «a su esposa, trabajadora y madre de los menores, en víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo, al verse obligada a reducir su jornada laboral para atender al cuidado de los hijos» (FJ 4). Es precisamente el sexo del recurrente lo que, dice el Tribunal, otorga al caso especial relevancia constitucional (50 LOTC), al permitirle «perfilar, como consecuencia del surgimiento de nuevas realidades sociales, la doctrina constitucional sobre el derecho a la no discriminación en el ámbito laboral» (FJ 2).

Permítaseme comenzar el análisis de esta Sentencia adelantando su fallo: el recurso se resuelve con la concesión del amparo al recurrente, por entender el Tribunal Constitucional que, efectivamente, las resoluciones judiciales impugnadas no tuvieron en cuenta la dimensión constitucional de su pretensión. No valoraron, dice, sus circunstancias personales y familiares, la importancia que para la efectividad de su derecho a la no discriminación pudiera tener su pretensión de cambio de horario laboral, ni las dificultades que, en su caso, esta pretensión pudiera ocasionar para el funcionamiento regular de la empresa como motivo para oponerse a ella; todo ello de cara a ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituía o no un obstáculo justificado para la conciliación de su vida familiar y profesional. En consecuencia, entiende el Tribunal, las resoluciones judiciales impugnadas incurrieron en una violación del derecho del recurrente a no sufrir discriminación, reconocido en el artículo 14 CE, en conjunción con el artículo 39 CE (FJ 6). Lo cual le lleva, en consonancia con la jurisprudencia en materia laboral comentada en el apartado anterior, a retrotraer actuaciones «al momento procesal inmedia-

tamente anterior al dictado de la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Palencia de 15 de febrero de 2008, a fin de que por este órgano judicial se dicte, con plenitud de jurisdicción, nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido» (punto 3 del Fallo) (34).

En este caso, con todo, y esto es lo interesante, el Tribunal no concluye que haya habido discriminación por razón de sexo. Más bien, como veremos, concibe el caso como un supuesto de discriminación por razón de circunstancias familiares. Descarta el Tribunal, para empezar, que el recurrente haya sido víctima de discriminación directa por razón de sexo, esto es, que de forma abierta o encubierta (35) su sexo jugara papel alguno en la denegación de su pretensión (FJ 4). Y descarta también que estemos ante un caso de discriminación indirecta por razón de sexo, en contraste con lo dispuesto en sentencias anteriores en que el Tribunal calificó como tal la imposibilidad de acceder a medidas de conciliación (STC 240/1999, FJ 6; 203/2000, FJ 5; 3/2007, FJ 5). La diferencia con el caso actual reside en que en aquellos el recurso de amparo había sido presentado por una mujer. Que el recurrente sea un varón influye decisivamente en el razonamiento del Tribunal. Admite este que la denegación de la medida solicitada por el recurrente puede contribuir a reforzar la construcción moderna del género, que de ella pueden derivarse perjuicios que se traducen en pérdida de poder social ligada a la definición de roles de género. Con todo, y como el propio recurrente alega, quien sufre dichos perjuicios en su posición social no es él, sino su esposa. Es su esposa quien, como consecuencia de dichas resoluciones, se ve obligada a acomodar su jornada laboral para atender a sus hijos comunes. Ello enlaza con el hecho de que el cuidado de los hijos haya sido una función históricamente impuesta a las mujeres, no a los varones. No es a estos, sino a las primeras a quienes dicho cuidado ha supuesto dificultades específicas para su adscripción al mercado de trabajo, y con él a la ciudadanía activa. Son pues las mujeres las verdaderas destinatarias de las medidas de conciliación, quienes se benefician de su puesta en práctica o bien sufren una discriminación indirecta cuando son denegadas, con independencia de que sean ellas o el pro-

(34) El recurrente canaliza su recurso a través del artículo 44 LOTC, no del artículo 43 LOTC, pese a que la alegada violación del artículo 14 CE se produce en el marco de una relación laboral con un ente público, la Junta de Castilla y León, y pese a que acogerse al artículo 44 LOTC implica asumir el riesgo de que, de concederle el amparo, el Tribunal Constitucional no le restablezca en el disfrute del derecho, sino que se limite, como de hecho hizo, a retrotraer actuaciones al momento judicial inmediatamente anterior a aquel en el que se violó el derecho (*vid.* el punto 1 del voto particular de Pablo Pérez Tremps).

(35) Sobre la distinción entre discriminación abierta y encubierta y su incorporación a nuestra jurisprudencia constitucional, *vid.* RUBIO MARÍN (1999: 13).

genitor varón quien pretenda disfrutarlas. No puede pues el recurrente alegar una discriminación indirecta de la que no es objeto él, sino su esposa (FJ 4).

Este razonamiento deja ante todo abierto el interrogante de cómo se puede recurrir en amparo contra la denegación de medidas de conciliación solicitadas por un varón. ¿Puede recurrir su esposa, alegando ser titular de un interés legítimo, con base en el artículo 162.1.b), como víctima de discriminación indirecta de dichas medidas? Si el razonamiento ha de tener alguna virtualidad, habrá que entender que sí podría hacerlo, siempre que haya sido o intentado ser parte en el proceso judicial ordinario (*vid.* STC 158/2002, de 16 de septiembre). Al igual que, como apunta el voto particular de Pablo Pérez Tremps, no cabe descartar que el varón a quien se deniega la posibilidad de acogerse a una medida de conciliación pueda alegar un interés legítimo para recurrir contra la discriminación indirecta que sufre su esposa. Sea esto como fuere, lo interesante de este razonamiento es que con él se convierte a las mujeres en las únicas posibles víctimas de discriminación por razón de sexo, al menos en su dimensión indirecta. Recuerda en este sentido el Tribunal que «la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo» (FJ 4).

El Tribunal vuelve así a desvincularse de una lectura formalmente neutra del artículo 14 CE, para asumir el objetivo de lograr la igualdad efectiva de las mujeres en las condiciones de ciudadanía que disfrutaban los varones. Al mismo tiempo, el Tribunal es consciente de que «(l)a prohibición de discriminación entre mujeres y hombres (art. 14 CE), que postula como fin y generalmente como medio la parificación, impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles», y ello no solo en el mercado de trabajo, sino también, y muy especialmente, «en las responsabilidades familiares» (FJ 5). El Tribunal es consciente, esto es, de que combatir la discriminación por razón de sexo pasa por interpretar las normas de conciliación en términos que permitan articular la corresponsabilidad familiar entre mujeres y varones (36) —en términos que favorezcan que los varones concilien.

(36) A este objetivo apunta la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, en su Exposición de Motivo, así como en su artículo 44, cuyo apartado 1 establece que «los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio». Este objetivo no se traduce, sin embargo en el reconocimiento de

Tomarnos en serio la parificación ciudadana entre los sexos como fin del artículo 14 CE —como fin al servicio del fin último de eliminar el poder intergrupar de varones sobre mujeres—, nos obliga pues a cuestionarnos en qué medida denegar la solicitud del recurrente tiene contenido discriminatorio por razón de sexo, al confirmar la construcción dicotómica de los géneros. Pero, sobre todo, y aquí está el reto, tomarnos en serio la parificación entre los sexos como objetivo del artículo 14 CE nos obliga a abandonar la ciudadanía activa masculina como el modelo no problemático de ciudadanía, como el modelo de ciudadanía por antonomasia al que todos y todas debemos aspirar. Nos obliga a contemplar más bien ese modelo como uno de los dos pilares que sustentan la construcción moderna dicotómica del género, que tiene que ser deconstruido, a la par que la ciudadanía pasiva de las mujeres, para dar paso a un nuevo modelo integrador de ciudadanía. Este razonamiento permite perseguir como discriminatorios, no ya los obstáculos que las mujeres encontramos para adherirnos al modelo masculino de ciudadanía, sino los que dificultan la construcción de un modelo de ciudadanía integrador, tanto si afectan a mujeres como a varones. Y es que si descartamos la superioridad valorativa, tanto funcional como simbólica, de lo masculino sobre lo femenino, es posible construir como discriminatorios, no solo los obstáculos estructurales que dificultan el ingreso de las mujeres en el modelo masculino de ciudadanía activa, sino también los que los varones encuentran para adherirse a las tareas de cuidado que han venido definiendo la ciudadanía de las mujeres. Es coherente, desde esta perspectiva, argumentar que un varón tiene, no ya un interés legítimo para recurrir contra medidas que le impidan conciliar vida familiar y laboral y discriminen indirectamente a su esposa [art. 162.1.b) CE], sino un derecho fundamental en toda regla a la remoción de los obstáculos que se opongan a su igual participación en el mundo relacional y del cuidado.

Es esta reflexión la que informa la configuración legal de medidas de conciliación de vida familiar y laboral como un derecho tanto de madres como de padres trabajadoras/es, en una clara apuesta por promover la corresponsabilidad familiar con fines antidiscriminatorios, premisa para avanzar hacia un modelo integrador de ciudadanía. Es el caso de la reducción de jornada de trabajo y de las excedencias para cuidado de hijas/os [arts. 37.5 (37) y 46.3 (38) LET]; es también el caso, como veremos en el siguiente apartado, de la suspensión del

derechos concretos, salvo en la tímida regulación del permiso de paternidad. Para una crítica, *vid.* CABEZA PEREIRO (2007: esp. 150-151).

(37) *Vid.* nota 23 *supra*.

(38) *Vid.* nota 22 *supra*.

contrato de trabajo por m/paternidad por adopción o acogimiento, e incluso, por parto (art. 48.4 LET), y la pauta que marca la jurisprudencia europea en materia de permiso de lactancia (*vid.* la sentencia de 30 de septiembre de 2010 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —caso Roca Álvarez). Es incluso la apuesta programática de la LET en materia de cambio de horario laboral para cuidado de hijas/os menores [arts. 37.5 (39) y 37.6 (40) LET].

El Tribunal Constitucional da la bienvenida a estas medidas. Lo que niega en la STC 26/2011 es que dicha apuesta legal encuentre su dimensión constitucional en la prohibición de discriminación por razón de sexo. Más bien, como hemos visto, se decanta por definir a las mujeres como únicas beneficiarias de dicha prohibición, al menos en su dimensión indirecta, apelando a nuestra historia de discriminación estructural, y distanciándose así de visiones neutras, formales, de la discriminación por razón de sexo que puedan perder de vista su contexto sociológico para acabar, en una lectura perversa, profundizando en el poder estructural de los varones. Pero el Tribunal Constitucional va más allá. Al mismo tiempo, y aquí reside el mérito de la STC 26/2011, el Tribunal logra aquí salir al paso del riesgo de que problematizar la ciudadanía activa de las mujeres, de que compensar la discriminación histórica de las mujeres venga a costa de consolidar la ciudadanía activa de los varones, definida en clave laboral, como modelo «normal» o a-problemático de ciudadanía, de consagrar la ciudadanía de las mujeres como patológica en relación con ese modelo, como la única cuyo disfrute precisa de asistencia estatal. Para salir al paso de este riesgo el Tribunal apela, por primera vez en su jurisprudencia, a las circunstancias familiares como motivo de discriminación constitucionalmente proscrito, ubicándola en la interdicción de discriminación por cualquier «condición o circunstancia personal o social» (art. 14 CE). Es ahí donde el Tribunal Constitucional sitúa la dimensión constitucional de la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral de los varones, en conexión con el mandato del artículo 39 CE a los poderes públicos y a madres y padres de proteger, unos la familia y la infancia, otras y otros a sus hijas/os durante su minoría de edad. Y es ahí donde el Tribunal se apoya para dar rango de derecho fundamental a las pretensiones de los varones de conciliación de su vida familiar y laboral, de inclusión, en definitiva, en un modelo integrador, relacional (41), de ciudadanía.

De este modo el Tribunal Constitucional asume tanto que la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene como objetivo proteger a las mujeres,

(39) *Vid.* nota 23 *supra*.

(40) *Vid.* nota 24 *supra*.

(41) RODRÍGUEZ RUIZ (2010: 99 y sigs; 2013).

como que la denegación de la solicitud de conciliación de vida familiar y laboral a varones tiene contenido discriminatorio que afecta a la construcción del género. Para hacer ambas consideraciones compatibles, construye la prohibición de discriminación por circunstancias familiares como destinada a proteger por igual a mujeres y a varones (42). El Tribunal logra así complementar el alcance de la primera sin diluir su cometido de poner fin a la discriminación estructural de las mujeres. Donde los varones han gozado tradicionalmente de menores facilidades para acceder al cuidado de hijas/os menores respecto de las mujeres, esta circunstancia debe ser corregida. Ello es así pese a que, lejos de traducirse en desventajas socio-jurídicas, la tradicional postergación de los varones en el cuidado de hijas/os está en la base de la construcción del género que les otorga poder estructural sobre las mujeres. Pese a que, como destaca el voto particular del Magistrado Pérez Tremps, la situación familiar está íntimamente ligada al género y a la discriminación por razón de sexo, este análisis permite al Tribunal Constitucional elevarse por encima de la construcción de esta última que la pone al servicio de atajar las dificultades laborales de las mujeres, con desconocimiento de las que jalonan el ingreso de los varones en el universo familiar del cuidado, así como de la sinergia estructural entre ambas. Ello le permite elevarse a su vez por encima de la construcción tradicional de lo que constituye una desventaja en el acceso a la ciudadanía en términos exclusivamente laborales, para aproximarse al cuidado de hijas/os como un fin en sí mismo, y a la postergación injustificada en el mismo como discriminatoria. Le permite, en fin, subrayar la dimensión doméstica de la ciudadanía, avanzando hacia una construcción integradora de esta que supere las dicotomías modernas de género.

IV. LA ELUSIVA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL. LA STC 75/2011, DE 19 DE MAYO, Y LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR M/PATERNIDAD

El Tribunal Constitucional volvió a tener ocasión, también en 2011, de evaluar la dimensión constitucional del derecho de los varones a disfrutar de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, esta vez de la suspensión de su contrato laboral por paternidad por parto, en supuestos en que la madre no

(42) Como señala CABEZA PEREIRO (2007: 146), pese a que la igualdad de las mujeres pasa en buena medida por la protección de la familia, por impedir que dinámicas familiares se interpongan en su disfrute, es preciso evitar el «cortísimo trecho que hay hasta dar por bueno que solo la mujer requiere protección de la familia para trabajar en igualdad».

fuera trabajadora incluida en un régimen de la Seguridad Social. En mayo de 2005, el Juzgado de lo Social número 1 de Lleida elevó cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, al considerar que el artículo 48.4 LET, en la redacción dada por el artículo 5 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (43), podría ser contrario al derecho a la igualdad constitucional (art. 14 CE), así como a los principios rectores de protección social de la familia (art. 39 CE) y de mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social que garantice prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (art. 41 CE). El motivo es que, en esa redacción, dicho artículo reconocía el derecho a disfrutar de la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto por parto de hija/o a la mujer trabajadora, permitiendo que, más allá de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, de descanso obligatorio para la

(43) El artículo 48.4 LET pasó a estar redactado como sigue (art. 5 de la Ley 39/1999): «En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que el padre y la madre trabajen, esta, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud.

En los supuestos de adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a la elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. La duración de la suspensión será, asimismo, de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de menores mayores de seis años de edad cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o que por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. En caso de que la madre y el padre trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados.

En los casos de disfrute simultáneo de períodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los apartados anteriores o de las que correspondan en caso de parto múltiple.

Los períodos a los que se refiere el presente artículo podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen.»

madre, el padre pudiera disfrutar de una parte de dicho período de descanso de forma simultánea o sucesiva con la madre, pero solo en casos en que esta fuera trabajadora incluida en algún régimen de la Seguridad Social. Esta situación contrastaba con la regulación, aún vigente, de la suspensión del contrato de trabajo en casos de adopción y acogimiento. Aquí ese mismo derecho a la suspensión del contrato de trabajo se reconoce tanto a madres como a padres, si bien en el caso de que ambos trabajen el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre dentro del límite máximo total establecido. El Juzgado de lo Social de Lleida cuestionó la conformidad del artículo 48.4 LET con el artículo 14 CE, por no reconocer a los varones un derecho propio a disfrutar de la suspensión de su contrato de trabajo por nacimiento de hija o hijo. Y lo hizo entendiendo que podría incurrir tanto en discriminación por razón de sexo, como en trato diferenciador no justificado respecto de la situación de los padres (varones) por adopción o acogimiento.

Permítaseme, una vez más, comenzar adelantando el fallo de esta Sentencia: el Tribunal Constitucional entendió que la norma cuestionada no vulnera el artículo 14 en ninguno de esos dos aspectos. Lo interesante, de nuevo y como es habitual, es cómo el Tribunal justifica su fallo. Y es que el caso ofrece una vez más al Tribunal Constitucional la oportunidad de reflexionar sobre la dimensión constitucional de la conciliación de vida familiar y laboral, sobre la conciliación como corresponsabilidad desde una perspectiva de género, y sobre la relación entre la interdicción de discriminación por razón de sexo y la protección constitucional de la maternidad y la familia. En esta ocasión lo hace asomándose a la evolución de la suspensión del contrato de trabajo por m/paternidad, desde su concepción original como una medida de conciliación destinada exclusivamente a las trabajadoras que dan a luz, a quienes posteriormente se permitió compartir la suspensión del contrato de trabajo con el otro progenitor (44), hasta la ampliación de su disfrute también a madres y padres por adopción o acogimiento (45) (FJ 2). Mientras el objetivo original de la suspensión del contrato de

(44) La Ley 39/1999 (*vid. nota 43 supra*) permitió a la madre trabajadora optar por que el padre trabajador disfrute, de forma simultánea o sucesiva, de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, con excepción de las seis semanas inmediatas posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre, y con la salvedad de que la reincorporación anticipada de la mujer a su puesto de trabajo no suponga riesgo para su salud. Estableció, asimismo, que en caso de fallecimiento de la madre el padre podrá hacer uso de la totalidad o de la parte que reste del período de suspensión del contrato de la madre.

(45) La Ley 3/1989, de 3 de marzo, reconoció este derecho indistintamente a madres y padres por adopción o acogimiento precisando que, en el caso de que ambos trabajasen, solo uno de ellos podría disfrutarlo. Posteriormente, la Ley 39/1999 flexibilizó la opción de madres y padres

trabajo, y el que es aún su objetivo en casos de parto, es la protección de la salud de la mujer trabajadora que haya dado a luz sin detrimento de sus derechos laborales, en casos de adopción o acogimiento su objetivo es facilitar la integración familiar de la persona adoptada o en acogida. Mientras en casos de parto la protagonista de la suspensión del contrato de trabajo, su objeto de protección, es la madre trabajadora, en casos de adopción y acogimiento lo es la familia.

En ambos casos la suspensión del contrato de trabajo tiene pues raíces constitucionales, pero se trata en cada caso de raíces distintas. En el primero, la suspensión se fundamenta en la interdicción de discriminación por razón de sexo, como medida de acción afirmativa destinada a proteger a las mujeres trabajadoras que dan a luz, a permitirles conciliar su vida familiar y laboral sin riesgo para su salud (art. 14 CE). En el segundo, la suspensión hunde sus raíces en la obligación de los poderes públicos de proteger a la familia (art. 39 CE). El Tribunal traza así una distinción entre mecanismos de conciliación vinculados a la biología de la madre y los que no lo están. Entre los primeros se encuentra la suspensión del contrato de trabajo de la mujer trabajadora que da a luz. Entre los segundos se encuentra la suspensión del contrato de trabajo en casos de m/paternidad por adopción o acogimiento; y se encuentra también el permiso de lactancia, dice ahora el Tribunal Constitucional, citando jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 30 de septiembre de 2010 —caso Roca Álvarez), habida cuenta de la desvinculación del referido permiso del hecho biológico de la lactancia natural (FJ 7) —recuérdese que en jurisprudencia anterior el Tribunal Constitucional había considerado la lactancia, junto a la maternidad, una circunstancia vinculada a la naturaleza femenina constitutiva de una desventaja real para la conservación del empleo que afecta exclusivamente las mujeres (46). Ello permite al Tribunal concluir, en línea con esa misma jurisprudencia europea (Sentencia de 12 de julio de 1984 —caso Hofmann §§ 25 y 26; Sentencia de 30 de septiembre de 2010 —caso Roca Álvarez), que en caso de parto el disfrute por la mujer trabajadora de un periodo de descanso por maternidad no supone discriminación por razón de sexo. No lo es ni siquiera después de transcurrido el plazo legal de seis semanas de descanso posparto reservado a la madre, sin perjuicio de que más allá de dicho plazo esta pueda ceder su disfrute al padre. Y no lo es porque la medida encuentra su justi-

adoptivos en el disfrute del permiso cuando ambos trabajen, pudiendo optar por su disfrute exclusivo por uno de ellos o de forma simultánea o sucesiva por ambos, siempre dentro del límite máximo total establecido (*vid.* nota 43 *supra*).

(46) *Vid.* SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 19/1989, de 31 de enero, FJ 4; 109/1993, de 25 de marzo; 317/1994, de 28 de noviembre, FJ 2; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 6, y 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4.

ficación, como medida de acción afirmativa, en «la finalidad legítima de proteger la condición biológica de la mujer con motivo de su embarazo y después del mismo, por una parte, y de proteger las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, por otra» (FJ 7).

Distinta consideración merecen los casos de adopción o acogimiento. A diferencia de los supuestos de parto, en estos casos no existe justificación constitucional para que el derecho a suspender el contrato de trabajo se reconozca solo a la mujer trabajadora. Y no la hay porque el objetivo no es proteger a esta ante el hecho biológico del parto, sino proteger a la familia resultante de la adopción o acogimiento. Es protegerla, además, de acuerdo con la configuración constitucional de la familia que se deriva de una lectura sistemática de los artículos 14 y 39 CE, que obliga a promover la igualdad en el reparto de las responsabilidades familiares de madres y padres. Es pues plenamente coherente que la suspensión del contrato de trabajo se configure como un derecho que puede ser ejercido indistintamente por el padre o la madre por adopción o acogimiento cuando ambos están incluidos en algún régimen de la Seguridad Social, o por el único de ellos que lo esté (FJ 3). La misma lógica impera en el permiso de lactancia. Excluir de este a los padres trabajadores por cuenta ajena cuando la madre no tiene a su vez la condición de trabajadora constituye, dice ahora el Tribunal, una diferencia de trato por razón de sexo no justificada y, por ende, discriminatoria de esos padres (el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la consideró contraria a la Directiva 76/207/CEE, caso Roca Álvarez § 29) (47).

(47) La Ley 3/2012 ha reformado el artículo 37.4 LET para acomodarlo a esta jurisprudencia, en los siguientes términos: «En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, para la lactancia del menor hasta que este cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples.

Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella.

Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente artículo, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.»

Antes de dicha reforma, este precepto reconocía el permiso de lactancia como un derecho exclusivamente de las mujeres trabajadoras, si bien se permitía su disfrute indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajaren. Por Resolución del Ministerio de Hacienda

Y es que dicho permiso no tiene como objetivo «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» (FJ 7).

En definitiva, y una vez más, el Tribunal Constitucional considera compatible con la interdicción de discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE que una medida de acción afirmativa orientada a posibilitar la conciliación de vida familiar y laboral, como es la suspensión del contrato de trabajo en caso de m/paternidad por parto, esté dirigida solo a las mujeres —a las madres trabajadoras. A diferencia de su jurisprudencia anterior, con todo, el Tribunal Constitucional vincula ahora dicha compatibilidad con el objetivo, no de corregir una situación histórica de discriminación contra las mujeres en cuanto que madres trabajadoras, sino de proteger la condición biológica de las mujeres durante el embarazo y tras el parto en términos compatibles con sus derechos profesionales, evitando que del embarazo y/o la maternidad se deriven perjuicios discriminatorios (FJ 7). Donde esté en juego este objetivo, los derechos de conciliación de las mujeres tendrán una dimensión constitucional derivada del artículo 14 CE, mientras que su reconocimiento a los padres varones será una opción legislativa. Donde no entran en juego consideraciones biológicas y de salud de las mujeres, el Tribunal descarta expresamente que quepa convertir a estas en las únicas destinatarias de medidas de conciliación de vida familiar y laboral, medidas cuyo objetivo es entonces combatir la discriminación por razón de sexo, evitando que de la m/paternidad se deriven perjuicios laborales y fomentando la corresponsabilidad familiar (arts. 14 y 39 CE).

La STC 75/2011 vincula pues las medidas de conciliación de vida familiar y laboral al objetivo de eliminar la discriminación por razón de sexo de las mujeres, pero, siguiendo jurisprudencia europea, solo permite construirlas como sus únicas destinatarias en los supuestos directamente relacionados con la biología femenina, desvinculada ahora de la lactancia, y con la necesidad de compatibilizar su protección con la de los derechos laborales de las mujeres. Hasta aquí, la STC 75/2011 coincide en sus planteamientos con los de la STC 26/2011. A diferencia de lo que sucede en la STC 26/2011, con todo, el Tribunal no parece ahora dispuesto a operar en el caso de los varones con el concepto de discriminación por circunstancias familiares. Llama, en efecto, la atención que la STC 75/2011 no explorase la dimensión constitucional del derecho de los

y Administraciones Públicas de 13 de febrero de 2013, también los empleados públicos varones pasan a ser titulares por derecho propio de un permiso de lactancia.

padres trabajadores por cuenta ajena a suspender su contrato de trabajo, que no explorase la existencia de un derecho propio de los padres (varones) a suspender su contrato de trabajo disfrutable incluso cuando la madre no sea trabajadora incluida en régimen alguno de la Seguridad Social, a la luz del artículo 39 CE en combinación con el artículo 14 CE. Sorprende, en concreto, que el Tribunal Constitucional no recurriera a la noción de discriminación por razones familiares, en línea con la doctrina sentada en la STC 26/2011. A diferencia de entonces, no combina aquí el Tribunal la construcción de la discriminación por razón de sexo como una noción destinada a combatir la discriminación estructural de las mujeres, con el recurso a la noción de discriminación por razones familiares para articular la igualdad entre los sexos en las relaciones familiares de cuidado, en este caso para reconocer a los varones trabajadores un derecho propio a suspender el contrato de trabajo para cuidado de sus hijas/os por nacimiento. Sorprende, en definitiva, que en la STC 75/2011 el Tribunal no reparara, como sí hiciera en la STC 26/2011, en la complementariedad entre la noción de discriminación por motivos familiares y la discriminación por razón de sexo, que no reparara en hasta qué punto abordar la primera es esencial para acabar con la segunda –para articular la dimensión doméstica de la ciudadanía.

Es asimismo llamativo que en la STC 75/2011, como por lo demás en la STC 26/2011, el Tribunal Constitucional no integrara en su marco analítico el artículo 9.2 CE y la obligación constitucional de los poderes públicos de promover la igualdad efectiva entre mujeres y varones. Y lo es porque en el fondo de la cuestión que el Tribunal resuelve en ambas Sentencias subyace la necesidad de integrar a los padres varones en el mundo del cuidado familiar, la necesidad de imponer la corresponsabilidad familiar entre mujeres y varones de cara a promover la igualdad entre los sexos. Lo cual no implica, claro está, desconocer la protección que merecen las mujeres trabajadoras que dan a luz. De lo que se trata es más bien de articular soluciones que hagan compatible la protección de que deben ser objeto las madres trabajadoras para poder disfrutar de su ciudadanía activa, con la promoción de la corresponsabilidad entre madres y padres. Articular esa corresponsabilidad obliga a integrar a los padres (varones) en la tarea de cuidado de hijas e hijos menores y a dar a dicha integración una dimensión constitucional con base en los artículos 14, 39 y también 9.2 CE. La cual puede articularse con base en la interdicción de discriminación por razones familiares, como hizo la STC 26/2011, dejando pues la interdicción de discriminación por razón de sexo a salvo de lecturas neutras que puedan frustrar el objetivo de acabar con la discriminación estructural de las mujeres.

La STC 75/2011 entiende más bien que articular las corresponsabilidades de cuidado de los padres (varones) en los casos de paternidad por parto es una

opción del legislador. Es precisamente esta, dice, la opción a la que se ha acogido la Ley Orgánica 3/2007 (DA 11.^a) al introducir el siguiente tercer párrafo en el artículo 48.4 LET (FJ 4):

«En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el artículo siguiente (en referencia al permiso de paternidad —art. 48.4.bis)» (48).

(48) No fue esta la única novedad introducida por la LO 3/2007 en el artículo 48.4 LET, que reza ahora como sigue: «En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que esta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto. En el supuesto de fallecimiento del hijo, el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo esta se encuentre en situación de incapacidad temporal.

En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el artículo siguiente.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el período de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre, o en su defecto, del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre.

En los casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un período superior a siete días, el período de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.

En los supuestos de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo. Dicha

Llama la atención la prontitud con que el Tribunal Constitucional realiza esta lectura del artículo 48.4.ter. Ciertamente, en él se reconoce claramente a los padres (varones) por parto el derecho a suspender su contrato de trabajo, con reserva de puesto, en los casos en que la madre no tuviera derecho a suspender su actividad profesional. Sin embargo, no parece redactado para cubrir supuestos en que la madre no realice una actividad laboral o profesional, sino más bien para cubrir tan solo aquellos supuestos en que la actividad profesional que realiza no se encuentre incluida en régimen alguno de la Seguridad Social («de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad», dice la norma). De este modo, el artículo 48.4.ter LET parece querer ofrecer cobertura directa o indirecta a todas las madres trabajadoras que den a luz, con independencia del tipo de actividad profesional que realicen, pero no parece aspirar a otorgar a los padres (varones) un derecho propio a la suspensión de su contrato de trabajo si la madre no realiza tipo alguno de actividad laboral o profesional (49). Con todo, el

suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de suspensión.

En caso de que ambos progenitores trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos y con los límites señalados.

En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los párrafos anteriores o de las que correspondan en caso de parto, adopción o acogimiento múltiples.

En el supuesto de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido, la suspensión del contrato a que se refiere este apartado tendrá una duración adicional de dos semanas. En caso de que ambos progenitores trabajen, este período adicional se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva y siempre de forma ininterrumpida».

Los periodos a los que se refiere el presente apartado podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

Los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los supuestos a que se refiere este apartado, así como en los previstos en el siguiente apartado y en el artículo 48 bis.»

(49) El artículo 49.a) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, es aún más claro en este sentido. Este precepto, no modificado por la LO 3/2007, regula los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género, en el ámbito de la función pública, y establece que el permiso por parto «tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más

Tribunal se decanta por esta última interpretación y, pese a no imponerla como la única conforme a la Constitución (recuérdese que ha afirmado que nos encontramos ante una opción legislativa), pese a no ser pues la única posible, nos la ofrece como si fuera obvia. Parece que el Tribunal quisiera que esta hubiese sido la opción del legislador, que sin llegar a afirmarla como constitucionalmente obligatoria, considerara que es la que tiene mejor encaje constitucional, la que mejor promueve y protege la corresponsabilidad parental, aquella en consecuencia por la que el legislador necesariamente debe haber optado. Parece, en fin, que el Tribunal quisiera minimizar el impacto de haber declarado que dicha interpretación no es constitucionalmente exigible estableciendo que ha sido ya voluntariamente asumida por el legislador.

V. REFLEXIONES FINALES

En la última década, tanto la legislación como la jurisprudencia constitucional españolas en materia de género parecen ubicar la discriminación por razón de sexo en el marco de una construcción de la ciudadanía que va más allá del ámbito laboral, una ciudadanía cuyo núcleo central es la participación en la vida pública (en la vida económica, política, social y cultural del Estado, como reza el art. 9.2 CE), no la integración en el mercado de trabajo, y en la que los derechos están al servicio de la primera, no necesariamente de la segunda. Todo lo cual implica avanzar en la toma de conciencia de que la discriminación por razón de sexo es consecuencia de circunstancias socio-políticas y económicas que restan capacidad de participación a las mujeres, y de que su eliminación tiene que partir de la deconstrucción de dichas circunstancias. Ello nos obliga a

en el supuesto de discapacidad del hijo y, por cada hijo a partir del segundo, en los supuestos de parto múltiple. El permiso se distribuirá a opción de la funcionaria siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, *en el caso de que ambos progenitores trabajen*, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir disfrutando del permiso de maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo esta se encuentre en situación de incapacidad temporal.

En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de discapacidad del hijo o de parto múltiple» —mi énfasis.

deconstruir el género allí donde se gesta, en el ámbito de las responsabilidades familiares, y por tanto a repensar las normas de conciliación de la vida familiar y laboral en términos de corresponsabilidad de mujeres y varones en materia de cuidados. Nos obliga a definir la dimensión constitucional de los derechos de mujeres y de varones a la conciliación de su vida familiar y laboral en términos que, sin dejar de proteger la salud y los derechos laborales de las mujeres durante la gestación y tras el parto, enraícen el derecho de conciliación de los varones en una lectura sistemática de los artículos 14, 39, y también 9.2 CE.

Nuestro Tribunal Constitucional parece acercarse a este objetivo, si bien con paso aún tentativo. Se acerca a una aproximación a la igualdad ciudadana que asume que, más allá del ámbito laboral, esta se dirime en el terreno familiar y del cuidado, que es el reparto desigual de tareas en este terreno el que dificulta la integración de las mujeres en el terreno público en igualdad de condiciones con los varones. Mientras no eliminemos los parámetros sistémicos que permiten a los varones apropiarse de la plusvalía de las tareas de cuidado desempeñadas por las mujeres no habrá igualdad ciudadana entre los géneros (50). Es hora de que todos los operadores jurídicos tomen conciencia de que solo un reparto equitativo de responsabilidades respecto de los cuidados que imperan en lo doméstico puede conducirnos a la igualdad de condiciones ciudadanas en lo público, de que se asuma la necesidad de convertir a la igualdad en el cuidado en el centro de la definición de nuestro modelo de ciudadanía democrática, convertido así en un modelo de *ciudadanía* (51).

BIBLIOGRAFÍA

- BARRÈRE UNZUETA, Maggy (2008): «Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: Hacia la igualdad por la discriminación», en *Mujeres, derechos y ciudadanías* (MESTRE I MESTRE, R., coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 45-71.
- BARRÈRE UNZUETA, Maggy, y MORONDO TARAMUNDI, Dolores (2011): «Subordiscriminación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del Derecho antidiscriminatorio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, págs. 15-42.
- BILBAO UBILLOS, Juan M. (1997): *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

(50) JÓNASDÓTTIR (1993).

(51) RODRÍGUEZ RUIZ (2010).

- CABEZA PEREIRO, Jaime (2007): «Comentario: Ejercicio de derechos de conciliación, discriminación y jurisprudencia constitucional. Una crítica a la STC 233/2007, de 5 noviembre», *Revista de Derecho Social*, núm. 40, págs. 141-152.
- FERRAJOLI, Luigi (1997): «Differenza di genere e garanzie di uguaglianza», en *Genere e Democrazia. La cittadinanza delle donne a cinquant'anni dal voto*, Franca BIMBI e Alisa DEL RE (a cura di), Torino, Rosenberg & Sellier, pág. 93.
- JÓNASDÓTTIR, Anna (1993): *El poder del amor. ¿Le importa el sexo a la democracia?*, Madrid, Cátedra.
- LANDES, Joan B. (1988): *Women and the Public Sphere in the Age of the French Revolution*, Cornell, Cornell University Press.
- LOMBARDO, Emanuela, y MEIER, Petra (2008): «Framing Gender Equality in the European Union Political Discourse», *International Feminist Journal of Politics*, vol. 10/1, págs. 78-96.
- MARSHALL, T. H. (1948): «Citizenship and Social Class», en *Sociology at the Crossroad and Other Essays*, London, Heinemann, 1963, págs. 67-127.
- MORÓN PRIETO, Ricardo (2009): «¿Existe un genérico derecho a cambiar el horario laboral para conciliarlo con la vida privada?», *Revista de Derecho Social*, núm. 45, págs. 169-184.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael (2000): *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. La buena fe*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- PATEMAN, Carole (1988): *The Sexual Contract*, Stanford, Stanford University Press.
- PICONTÓ NOVALES, Teresa (2012): «The equality rights of parents and the protection of the best interests of the child after partnership breakdown», *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 26 (3), págs. 378-400.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (2010): «Hacia un Estado post-patriarcal. Feminismo y ciudadanía», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 149, págs. 87-122.
- (2013): «¿Identidad o autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 16, págs. 75-104.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, y RUBIO MARÍN, Ruth (2010): «La democracia como democracia paritaria», en *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas* (HEIM, D., y BODELÓN GONZÁLEZ, E., coord.), Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, págs. 317-334.
- RUBIO MARÍN, R. (1999): *Mujer e igualdad: la norma y su aplicación*, t. I: *El ordenamiento constitucional; logros y posibilidades*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer.
- RUBIN, Gayle (1975): «The Traffic in Women: Notes on the “Political Economy” of Sex», en *Toward an Anthropology of Women* (REITER, R., ed.), New York, Monthly Review Press, págs. 157-210.
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio (2012): «Otras masculinidades posibles. Hacia una humanidad diferente y diferenciada», *Recerca*, núm. 12, págs. 87-112.
- WITTIG, Monique (1992): «On the Social Contract», *The Straight Mind and other essays*, Boston, Beacon Press, págs. 33-45.