

La conciliación de la vida familiar y laboral en serio: apuntes constitucionales para una conciliación acorde con la igualdad y el principio de no discriminación por razón de sexo ¹

Magdalena LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS
Real Centro Universitario
«Escorial-María Cristina»
San Lorenzo del Escorial

Palabras clave

I. Introducción.

II. La Constitución española de 1978 y la conciliación de la vida familiar y laboral.

- 2.1. *La Constitución de 1978 y la igualdad.*
- 2.2. *Familia, hijos y Constitución española.*
- 2.3. *Constitución, mujer, igualdad y principio de no discriminación por razón de sexo.*
 - 2.3.1. Breves notas históricas.
 - 2.3.2. Mujer y Constitución española de 1978: derecho a la igualdad y principio de no discriminación por razón de sexo.

1. Este trabajo forma la primera parte de un más amplio estudio en preparación sobre «Conciliación y Constitución en el ámbito de la Igualdad de Género» y ha sido presentado como comunicación en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla 3-5 de diciembre de 2003.

2.3.2.1. Derecho a la igualdad.

2.3.2.2. Principio de no discriminación por razón de sexo.

III. Comentarios a la legislación española sobre conciliación de la vida familiar y laboral: la ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

IV. Reflexiones a modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Este estudio tiene por objeto abordar, desde la perspectiva de la Constitución española de 1978, la materia de la Conciliación de la vida laboral y familiar de las personas, de muy reciente aparición en escena en los ordenamientos jurídicos, tanto español² como comunitario³, y como elemento novedoso en el más amplio campo de la Igualdad de Género. Con este objeto planteamos la posibilidad de presentar una teoría jurídico-constitucional de la conciliación (considerando no sólo la de la vida familiar y laboral de las personas) en la

2. La Ley que regula esta materia en España es la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Para un estudio desde la perspectiva del Derecho laboral véase ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A. 2002, *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: Aspectos laborales*, Granada, Ed. Comares.

3. Para un estudio de la Igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito europeo véase FREIXES SANJUÁN, T., «La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea», en *Mujer y Constitución en España*, pp. 43 a 80, Madrid 2000, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Para una aproximación al estudio de la situación de la mujer, madre y trabajadora: ALONSO CAMPOS, M. P., y LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M., «Mujer profesional y madre en el tercer milenio», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense XXXIV*, 2001, pp. 221 a 252.

Para un análisis de la normativa europea relacionada con la conciliación de la vida familiar y laboral, consúltense las siguientes: Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al ap. 1 de art. 16 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo; y, más directamente relacionada con la conciliación, la Directiva 96/34/CEE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental. También de interés es la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, reunidos en el seno del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar. Más adelante se volverá a estas normas para su comentario.

que se integren las distintas dimensiones y proyecciones constitucionales de la Igualdad (Igualdad formal y material; Igualdad como valor, derecho y principio) y el principio de no discriminación por razón de sexo⁴, junto con las manifestaciones constitucionales relativas a la protección del derecho a la igualdad de mujeres y hombres, del derecho a la vida e integridad física y moral, de la familia, de los hijos, del trabajo, en definitiva integradora de todas las facetas que conforman el libre desenvolvimiento de la personalidad, que permita que, aún sin estar reconocida la conciliación de manera expresa en la Constitución, ni por lo tanto previstos los mecanismos concretos para su garantía, ese reconocimiento y esa protección sean exigibles a los poderes públicos para la consecución de uno de los objetivos, desde nuestro punto de vista más básicos y aún no logrado, del Estado social como, es la Igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres.

Para la consecución de aquel objetivo mayor, este trabajo comienza por atraer al terreno de la norma constitucional la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral, que, aunque silenciado hasta el momento (poco se habla de la conciliación que muchos realizan día a día), no por ello menos problemático para mujeres y hombres. Y en esta sentido, desde esta introducción consideramos que esto que se ha dado en llamar «conciliación de la vida familiar y laboral» es, fundamentalmente, otro reto del Estado que, como es sabido, se constituye como social⁵ en el art. 1.1 de la CE, reto que, en tanto no se alcance, se convierte en un problema que, por repercutir en la vida de los ciudadanos, repercute en el funcionamiento del propio Estado a todos los niveles y en las distintas facetas de los ámbitos públicos y privados.

Delimitando el asunto, éste es problema que, más allá de afectar a la mujer o al hombre singularmente considerados, afecta al *espacio*

4. Y que como tal sea interpretada por la jurisprudencia constitucional abriendo nuevas perspectivas de tratamiento de la Igualdad de género, contemplando de manera integradora todas las manifestaciones de la desigualdad por razón de sexo, en relación no sólo ya con la igualdad-derecho, la igualdad-principio o la igualdad-valor, sino con el valor de la dignidad humana (10.1 CE), frontispicio del Título I dedicado a los derechos de las personas).

5. Entre tantas aportaciones sobre el Estado social, véase LUCAS VERDÚ, P. *La Lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia 1975, Publicaciones del Real Colegio de España, pp. 95 y ss.

vital (Forsthoff)⁶ de toda persona; no sólo al familiar y laboral, sino en definitiva, al del pleno desarrollo de la personalidad⁷. Hoy día existe en nuestro país legislación sobre conciliación⁸, precisamente porque se ha constatado la existencia del problema y la necesidad de su regulación, siguiendo la línea abierta por organizaciones internacionales y por la propia Unión Europea⁹.

Sin embargo, y aquí nos acercamos todavía más al núcleo del asunto (es donde vamos a detenernos más adelante con mayor profundidad) hoy por hoy, en España la conciliación de lo familiar y lo laboral es, básicamente, un hándicap de la mujer que obstaculiza, dificulta, e incluso en ocasiones impide materializar (9.2 CE) la igualdad constitucional del art. 14 CE. La mujer, española, madre y trabajadora, pone en práctica la conciliación, casi sin ayudas, desde que se levanta hasta que se acuesta, día tras día, los 365 días del año. En este sentido nos parece que es insuficiente la regulación sobre conciliación que no vaya acompañada de la regulación también, dentro de un marco jurídico más amplio, de toda una serie de medidas de ayudas concretas a las familias (o a las mujeres, si se nos permite) que pase, necesariamente, por una puesta en práctica de políticas claramente destinadas a una sensibilización social que posibilite el cambio sociológico-cultural necesario en España, para que cualquier medida de conciliación de lo familiar y lo laboral, sea acogido con un mínimo de seriedad que, finalmente, permita hablar de conciliación de la vida familiar y laboral *en términos de igualdad*.

¿Por qué hablamos de conciliación en términos de igualdad? Porque conciliación de la vida familiar-laboral la hay desde que la mujer

6. Sobre el Estado social véase la importante aportación de Ernst FORSTHOFF *Begriff und Wesen der Sozialen Rechtsstaates* (Concepto y Esencia del Estado social y de derecho), en cita de LUCAS VERDU, P., *vid. sup.*, p.100.

7. La Constitución de 1978 habla del «libre desarrollo de la personalidad», formulado como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE).

8. La normativa española en materia de conciliación vino a transponer la Directiva 96/34/CEE, antes citada, relativa al permiso parental, y es la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que a través de modificaciones parciales de normativas vigentes, fundamentalmente del ámbito laboral y de la Ley General de la Seguridad Social, ha venido a establecer el marco jurídico de la conciliación en España.

9. Para una aproximación al tratamiento internacional y europeo en materia de Igualdad de género, véase ALONSO CAMPOS, M. P., o.c., «Políticas sociales e instrumentos internacionales para la igualdad de la mujer», pp. 234 a 249, y la obra del Instituto de la Mujer/Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Normativa Europea en materia de igualdad de trato*, Madrid 1999.

española se incorpora al mercado de trabajo de forma más generalizada en los setenta, y fundamentalmente en los ochenta. Es cierto que el modelo tradicional de familia española ha sufrido un cambio radical y ha bajado drásticamente el índice de natalidad en nuestro país¹⁰, lo cual no es de extrañar si consideramos la escasa y tardía legislación conciliadora existente. Que ello ha repercutido de manera negativa en la familia (que tiene un promedio de un hijo) o en la educación de los menores en España (la asistencia de todo orden de los padres para con los hijos del art. 39.3), nadie lo debe poner en duda. Pero aquí nos interesa centrarnos en que el coste de la conciliación que lleva a cabo la mujer, casi sin ayudas, es altísimo; no sólo en términos de escasa realización de la *igualdad real* en derechos mujeres-hombres, o más concretamente en términos de igualdad de oportunidades en el ámbito laboral, sino en imposible plenitud de la realización de la dignidad de la mujer y el libre desenvolvimiento de su personalidad (10.1 CE).

II. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

Decía líneas atrás que quiero partir del marco constitucional, y es así básicamente, porque la Constitución española de 1978 establece las bases para que los poderes del Estado elaboren, ejecuten y apliquen normas y políticas específicas en materia de conciliación. En este sentido pasamos a analizar las siguientes conexiones constitucionales con la materia:

2.1. *La Constitución de 1978 y la igualdad*

Cuando se habla de conciliación de la vida laboral y familiar, estamos hablando una vez más, básicamente, de otra de las manifestaciones del derecho fundamental, principio promotor y sobre todo valor superior del ordenamiento jurídico, que es la igualdad en nuestra Constitución. Desde nuestro punto de vista, la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, reconocida en la Constitución en el art. 1.1, es el sustrato axiológico que propone el constitu-

10. Según datos del INE, se pasa de 18,78 n.º de hijos por 1.000 habitantes, en 1975, a 10,01 nacimientos por 1.000 habitantes en el 2001. Esto es, cada mujer en edad fértil en España tiene una media de 1,05 hijos.

yente para la buena sedimentación jurídica del derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 y del principio promotor de la igualdad del art. 9.3.

En efecto, el texto constitucional de 1978 configura la igualdad como derecho fundamental en el art. 14; reconoce en la igualdad un principio promotor de la actuación de los poderes públicos para que posibilite que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sea real y efectiva en el art. 9.3. Pero el constituyente, además, propugna en el art. 1.1 la igualdad como parámetro axiológico, como valor superior del ordenamiento jurídico en el mismo techo valorativo de la libertad, de la justicia y del pluralismo político.

Sin intención de realizar un estudio profundo de la igualdad tratada ampliamente desde la doctrina liberal decimonónica, pasando por los filósofos del Derecho y el constitucionalismo clásico y contemporáneo, creo que es conveniente traer a colación la distinción tradicional de las dos dimensiones de la igualdad¹¹: la igualdad formal y la igualdad material:

a) La igualdad formal: la igualdad como valor del art. 1.1 hace referencia a la *igualdad ante la ley*, que comprende tanto la *igualdad en la ley* como la *igualdad en la aplicación de la ley*.

La *igualdad ante la ley* en la vertiente de *igualdad en la aplicación de la ley*, esto es, «homogeneidad en la interpretación, en los casos concretos, de las distintas disposiciones, sin acepción de personas» (López Guerra) encuentra correlación a nivel constitucional en el art. 14 (derecho fundamental a la igualdad):

«Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»

En este caso el constituyente envía a los operadores jurídicos, básicamente a los jueces, el mandato de aplicar las normas sin establecer diferenciaciones arbitrarias.

11. De entre los filósofos del Derecho contemporáneo véase PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los valores superiores», en *Temas Clave de la Constitución española*, Madrid 1986, Tecnos, pp. 148 y ss. De los constitucionalistas contemporáneos más sugerentes, LÓPEZ GUERRA, L., «Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978», *Mujer y Constitución en España*, 2000, pp. 19 a 41.

La *igualdad en la ley*, por su parte encuentra su expresión constitucional en los artículos 9.1.º: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»¹². Y el art. 9.3, que establece el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, «expresión también de la generalidad de la norma» (PECES BARBA-M.).

Aquí se está haciendo referencia a la propia letra de la ley y es un mandato constitucional que constriñe al legislador a no establecer en la letra de la ley diferenciaciones arbitrarias, esto es, trato igual como característica de las disposiciones normativas (López Guerra).

Por último en relación con la igualdad formal o igualdad ante la ley hay que recordar que se trata de una conquista del Estado liberal, uno de los objetivos de la revolución liberal, y parte del postulado de la igualdad de naturaleza del iusnaturalismo racionalista, recogido por lo demás en los primeros documentos que abrieron camino al Estado Constitucional, tales como la Declaración de Independencia americana de 1776 (Declaración de Virginia), la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en todos los textos liberales del diecinueve¹³.

b) La igualdad material: en este punto la igualdad como valor constitucional tiene su plasmación jurídica en el art. 9.2 y en el capítulo III del Título I que recoge los «Principios rectores de la política social y económica» en los artículos 39 a 52 CE.

El art. 9.2 dispone que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

La igualdad material que inspira el 9.2 encuentra contenidos concretos a realizar por el Estado en el capítulo III del título I de la Cons-

12. En este sentido afirma Peces-Barba que «Las normas se establecen para un destinatario abstracto, no identificable *ad personam*, que suele ser el ciudadano en general, o en todo caso, un tipo genérico –el comprador, el administrador, el deudor, el funcionario, etc.– y en estos supuestos los beneficios o las cargas deben establecerse o prohibirse a todas las personas que tengan esa condición, que es presupuesto abstracto de aplicación de las normas».

13. PECES-BARBA, G., o.c., pp. 152 y ss.

titución, (artículos 39 y ss). No podemos entrar a explicar qué tipo de precepto constitucional encierra el capítulo III pero sí apuntar que estamos ante principios que, según el constituyente, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, si bien sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (art. 53.3 CE). Ahí se recoge, por ejemplo, que los poderes públicos realizarán una política orientada al empleo (último inciso del art. 40.1 CE), o que promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, (art. 47), o donde se dice que los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural, y en relación directa con el tema de la conciliación de la vida familiar y laboral, se establece que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1), y la protección integral de los hijos y de las madres (art. 39.1).

2.2. *Familia, hijos y Constitución de 1978*¹⁴

Encontramos en el artículo 39 de la Constitución, dentro de los «Principios Rectores de la Política social y Económica», ya mencionados, una especial preocupación del legislador constituyente por la institución familiar. El texto constitucional no define la familia. Se preocupa en establecer que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia» (art. 39.1).

Nos es válido un concepto extendido en los países de nuestro entorno europeo que entiende por familia las unidades de convivencia en comparten la misma residencia padres con hijos menores o dependientes de ellos en proceso de emancipación¹⁵.

Volviendo a la Constitución del 78, aunque no hay otra referencia constitucional directa a la familia, sí la hay respecto de quienes se

14. Para un estudio completo véase GÓMEZ, Y, *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Madrid 1990, Publicaciones del Congreso de los Diputados; concretamente sobre la familia pp. 247 a 303, y respecto a los hijos, pp. 309 a 341.

15. FLAQUER, LI.: *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*, Colección Estudios Sociales, Fundación La Caixa, Barcelona 2000, p. 9.

entiende son los integrantes de la misma. Y en este sentido, el 39.3 habla de los *padres*, quienes «deben prestar asistencia de todo orden a los *hijos*», mencionándose con esto ahí las partes integrantes de la familia, esto es: padre-madre-s e hijo-s.

Por su parte, el Código Civil español, norma que regula los derechos y deberes de familia (según expresión de su art. 9.1 Cc), tampoco define la institución familiar¹⁶.

Respecto a los hijos, el texto constitucional establece que los poderes públicos «aseguran la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación» (art. 39.1); establece, asimismo, su protección en la línea que hemos apuntado como parte integrante de un concepto de familia (art. 39.1), y son destinatarios del derecho a recibir de los padres «asistencia de todo orden durante su minoría de edad» (art. 39.3) (formulado como deber para los padres). Por último, se establece también que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

Con esto se apunta también la necesidad de recordar que, cuando se aboga por la conciliación de la vida familiar-laboral de las personas, está en juego un bien jurídicamente aún más protegible que la mujer, que es el hijo.

Conviene a continuación prestar atención a una de las partes integrantes de la relación familiar: vamos a fijarnos en la madre. Como decíamos antes, la madre es hoy día también persona trabajadora y aunque hablaremos más adelante de la mujer, interesa ahora la posible faceta de madre. El intérprete de la Constitución se encuentra con un contexto distinto al de finales de los setenta. La familia ya no es la misma familia, no hay un progenitor constantemente cuidando de los hijos, que tradicionalmente, como es sabido, era la madre. Por lo general, los dos miembros de la pareja trabajan fuera de casa. El artículo 39.1, forzosamente; deberá interpretarse adecuándolo a la realidad social del presente por lo cual, si la mujer, como miembro familiar de especial peso tradicionalmente en el hogar, trabaja fuera de casa deberán acentuarse los esfuerzos de los poderes públicos para que la realización efectiva de la equiparación en derechos de

16. Su regulación se encuentra en el Libro Primero, «De las personas», y fundamentalmente en sus tít. VI y VII que tratan «De los alimentos entre parientes» y «De las relaciones paterno-filiales».

mujeres y hombres no vaya en detrimento de los hijos y, en definitiva, de la familia. Claro, queda pues, que ante un nuevo modelo de familia, en la que ambos padres trabajan fuera de casa, es necesario articular medidas legislativas concretas para conciliar ambos ámbitos de la vida de las personas, sin menoscabo de la asistencia de todo orden que deben los padres a esos hijos menores (menores u otros hijos con necesidades especiales, hijos adoptivos y de acogida en cualquiera de sus modalidades).

2.3. *Constitución española, mujer, derecho a la igualdad y principio de no discriminación por razón de sexo*¹⁷

2.3.1. Breves notas históricas

Durante el siglo XIX apenas son destacables hitos relevantes en la historia española de la lucha por la igualdad sexual. Los textos constitucionales decimonónicos españoles no hacían referencia al sexo de los ciudadanos ni mencionaban a la mujer¹⁸. A finales de siglo manifestaba Concepción Arenal que «la mujer española de finales del XIX ocupa un lugar muy inferior al hombre en la opinión, en la ley, en las costumbre y su desigualdad llega a un grado que la rebaja legal, física, intelectual y moralmente»¹⁹. Sin embargo, durante el siglo XX se dan pasos de gigante; baste citar algunos datos que

17. Ya en los primeros años de vigencia de la Constitución había autores críticos con la regulación constitucional en torno a la mujer y a la igualdad. Sugerente LUCAS VERDÚ, P., «El valor constitucional de la igualdad y la condición femenina», en su *Curso de Derecho Político*, vol. IV (1984), Madrid 1981, Tecnos, cuando afirma que «la igualdad formalizada se mueve exclusivamente en el ámbito jurídico (normativo e institucional); esto significa que el mandato del art. 14 y los preceptos con él concordantes que hemos citado no bastan para que hombres y mujeres disfruten *real, plena y efectivamente* los derechos y libertades y en condiciones equiparables», véase pp. 330 a 345.

18. Los cambios jurídicos transformaron la esfera pública española, pero fueron nulos en la esfera de las relaciones privadas entre hombres y mujeres y éstas quedaron marginadas de sus beneficios jurídicos. Véase CRUZ, J., «De cortejadas a ángeles del hogar: algunas reflexiones sobre la posición de la mujer en la élite madrileña, 1750-1850», en *Historia silenciada de la mujer*, Cursos de Verano de El Escorial 1996, Editorial Complutense, pp. 135 a 160.

19. Sin duda impulsada por el movimiento feminista norteamericano y británico, y por el apoyo de ilustres liberales de la talla de J. S. Mill, entre otros, en sus conocidos *Ensayos sobre la desigualdad sexual*, en colaboración con su mujer Harriet Taylor, y *La esclavitud femenina*

ponen de manifiesto la profunda transformación de su papel en la sociedad: la mujer pasa de ser objeto de las normas a convertirse plenamente en ciudadana²⁰.

Fue la Constitución de la II República la que estableció por primera vez «que el sexo no podía ser fundamento de privilegio jurídico» (art. 25), y equiparó a hombres y mujeres en el ámbito de los derechos políticos (art. 36). Con el régimen de Franco se dio marcha atrás y se relegó a la mujer a las tres «Ks», clásicas de la literatura alemana feminista: Kinder, Küche, Kirche²¹, con las lapidarias palabras recogidas en el Fuero del Trabajo de 1938, que establecía que «se libertará a la mujer casada del taller y de la fábrica». Hubo que esperar casi 40 años para una ley civil, en 1975, conocida como la ley de la mayoría de edad de la mujer casada, que estableciese la casi equiparación en derechos respecto al hombre, que sólo se logra con la equiparación introducida también en el ámbito civil en relación con la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio²².

2.3.2. *Mujer y Constitución española de 1978: derecho a la igualdad y principio de no discriminación por razón de sexo*²³

2.3.2.1. Derecho a la igualdad

Se trata de ver aquí cuál es el tratamiento que la norma más importante del Estado español otorga a un colectivo de ciudadanos determinado. Como no podía ser de otra manera, la Constitución española refleja en su regulación su vocación de ser norma de todos los españoles en su conjunto, si bien se interesa de sectores concretos de la ciudadanía que por motivos suficientes, requieren un tratamiento más cariñoso, más protector por parte del Estado. Es el caso de la infancia (art. 39), de la juventud (art. 48), de los mayores (art. 50), de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49).

20. En este sentido, FREIXES, T., su aportación a la obra *Mujer y Constitución en España*, ed. CEC, Madrid 2000, pp. 9 y ss.

21. Niños, cocina, Iglesia.

22. Leyes 14/1975, de 2 de mayo, que modifica el Cc en relación con el régimen jurídico del matrimonio, y 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Cc en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

23. Este apartado es la revisión de una ponencia presentada al III Seminario Internacional del Instituto Iberoamericano de Estudios constitucionales: «Mujer, profesional y madre», 2001, Universidad de Alicante.

Por distintos motivos y para demostrar que tiende al cumplimiento del valor superior invocado en el art. 1.1, el carácter social del Estado, manifiesta su preocupación por la consecución de una mayor justicia social protegiendo el trabajo de los ciudadanos (arts. 35, 37, 28), ordenando a los poderes públicos que promuevan las condiciones favorables para el progreso social y económico, y para una distribución de la renta más equitativa (art. 40), protegiendo la salud (arts. 43 y 41), promoviendo y tutelando el acceso a la cultura (art. 44) etc.

Recordemos que el art. 14 establece que «todos los españoles tienen derecho a la igualdad, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier condición o circunstancia personal o social».

De la mujer como colectivo, expresamente, no se ocupa la Constitución. Es lógico que así sea, porque las preocupaciones constitucionales manifestadas en los párrafos anteriores se extienden a todos los españoles, y por lo tanto, también, a las mismas. Sin embargo, la Constitución sí habla de las mujeres y manifiesta tácitamente la preocupación porque se le conceda un especial tratamiento (especial respecto del tratamiento de desigualdad en la ley existente, hasta hace bien poco –1975– respecto al régimen jurídico del matrimonio y respecto al régimen jurídico de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio –1981– existía entre el hombre y la mujer en determinados campos) tendente a su equiparación efectiva en derechos respecto del colectivo masculino. Dicha equiparación, desde luego, era inexistente en el momento en que el texto constitucional se elaboró y de ahí que, aunque no expresamente, la Constitución se preocupara en dos artículos concretos de manifestar que «**el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica**» (art. 32), y que «**todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo**»²⁴ (art. 35).

Es curiosa la regulación constitucional en relación con la mujer. Y el que la referencia «de pasada» antes mencionada se realice en torno a los derechos al *trabajo* y en relación con el *matrimonio*. Dos

24. El subrayado es nuestro.

lugares éstos comunes por ser discriminatorios en el trato respecto a la mujer en la historia reciente de nuestro país. Si antes de la Constitución la discriminación en materia matrimonial estaba amparada en una regulación discriminatoria o justificada por una sociedad poco desarrollada (en términos de desarrollo social, cívico) en materia de equiparación laboral entre hombres y mujeres, hoy en día nos encontramos con la persistencia de la discriminación, que si bien ha sido corregida por las leyes y se está operando contra la misma a través de la jurisprudencia de los tribunales y del TC, no se ha erradicado de las profundas raíces sociológicas y culturales en nuestro país, tradicionalmente país, como todos sabemos, «machista».

Por todo lo expuesto consideramos que la Constitución, al establecer como causa prohibida de discriminación entre las personas la que tenga su fundamento en el sexo de las mismas, ya recoge suficientemente la reivindicación de la igualdad de género; que a través del art. 9.3 establece las vías para alcanzar la igualdad material entre hombres y mujeres y que a través de éste y del art. 35, fundamentalmente, ya establece igualmente el criterio de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Con esto lo importante es constatar que la Constitución sí manifiesta, aunque tácitamente, una preocupación real por el colectivo de las mujeres.

2.3.2.2. Principio de no discriminación por razón de sexo

Como cuestión preliminar habría que decir que la Constitución no cifra como categoría de discriminación concreta el sexo «femenino», sino el sexo. Ahora bien, los constituyentes del 78 sabían que sexo sufría la discriminación. Sin embargo, lo que es de suponer que no se esperaban es que dicha discriminación persiste hoy, cumplidas ya las bodas de plata de la magna carta. En segundo lugar, como ha puesto de manifiesto López Guerra, si el sexo es una categoría sospechosa, no aparece como criterio de diferenciación absolutamente prohibido. La Constitución no prohíbe expresamente toda diferenciación por razón de sexo. Lo que exige son unos niveles muy altos de justificación del trato diferenciador²⁵.

25. LÓPEZ GUERRA, L., «Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución española de 1978», en *Mujer y Constitución*, o.c., 2000, pp. 19 a 41.

Es importante señalar que, desde la perspectiva procesal, el «carácter sospechoso» de ilegitimidad de toda diferenciación de trato basada en el sexo conduce en la jurisprudencia constitucional a una consecuencia muy importante: la **inversión de la carga de la prueba**²⁶. Para López Guerra esta consecuencia se hace derivar, de una parte, del carácter particularmente odioso de la discriminación sexual, y de otra, de la dificultad de probar que es el sexo específicamente la causa de la diferencia de trato. Así, el causante de la diferencia deberá probar la legitimidad de esa diferenciación, esto es, que obedece a intereses relevantes y que es proporcional al fin que persigue.

Conviene ahora establecer la diferencia existente entre tres conjuntos diferenciados de medidas: acción protectora; discriminación directa e indirecta, acción positiva y discriminación inversa.

Por un lado, la «acción protectora» es aquella que concede ventajas al sexo femenino partiendo de una concepción de éste como inherentemente inferior o más débil, y por ello necesitado de especial favorecimiento. El TC las ha ido considerando ilícitas por inconstitucionales (con la excepción del caso de la maternidad). En segundo lugar, conviene llamar la atención sobre la existencia de dos manifestaciones posibles de la discriminación por razón de sexo. Ésta puede ser *directa* o *indirecta*. Es *directa* la discriminación en la que la diferencia de trato se vincula expresamente al sexo, mientras que es *indirecta* la discriminación en la que la diferencia de trato se hace derivar no expresamente del sexo, pero sí de un carácter directamente vinculado con el sexo, como la fuerza muscular o la altura. El Tribunal Constitucional español ha considerado *discriminación directa* el trato desfavorable dado a la mujer como consecuencia de una condición únicamente femenina, como por ejemplo tratar en forma desfavorable el embarazo. También ha puesto el acento en la *discriminación indirecta*, esto es, se trata desfavorablemente a la mujer en virtud de una característica que no aparece inmediatamente vinculada al sexo, pero que en la práctica supone poner a la mujer en una posición desfavorable. El ejemplo más repetido consiste en el supuesto en que a efectos de remuneración se «dé menor valor» a aquel tipo de trabajo que realizan las mujeres, en forma casi total-

26. Sobre la Inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo en el ámbito de la Unión Europea, véase la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997.

mente exclusiva. Ahí el TC establece el principio de «a igualdad de valor en el trabajo, igualdad de remuneración».

Vamos a conocer ahora en qué consiste la denominada «acción positiva»²⁷ y la discriminación inversa que puede ocasionar. Partiendo de la cláusula de la interdicción de la discriminación, el TC ha admitido la diferencia de trato en favor de la mujer. Para hacer efectiva esa interdicción permite conceder ventajas al sexo femenino a través de la denominada «acción positiva» por parte de los poderes públicos. En relación con lo anterior, el TC ha establecido las siguientes precisiones: 1.º La «acción positiva» se separa claramente de la «acción protectora» por cuanto no parte como ésta de una concepción previa de la «debilidad» o «inferioridad» de la mujer, sino de la constatación de que la posición social «debilitada» de la mujer es un hecho comparable, derivado de prácticas y mentalidades que aún no se han eliminado. La «acción positiva trata de contrarrestar estas prácticas y mentalidades. 2.º La discriminación por el sexo que prohíbe la Constitución ha de entenderse referida a los dos sexos. Dicha prohibición tiene carácter universal y según el TC no conviene provocar una «congelación de los grupos o colectivos considerados como discriminados en la Constitución». 3.º La acción positiva se legitima no en función de las características individuales de la persona beneficiaria, sino en función de su pertenencia a un colectivo discriminado, en este caso las mujeres. Aquí cabe hablar de la polémica que pueden suscitar las medidas de acción positiva. López Guerra se pregunta lo siguiente: «¿no supone un atentado al valor superior de la igualdad, y a su expresión concreta en el art.14 CE, la introducción de unas normas especiales, aplicables no a todos, sino únicamente a las personas caracterizadas precisamente por un elemento excluido expresamente en la Constitución como criterio diferenciador? ¿No podría suponer esta diferenciación un atentado a los principios del 9.2 y, en general, del Estado social si implica, como puede suceder, que sea tratado preferentemente y por su pertenencia

27. En el ámbito comunitario, la adopción de medidas de acción positiva encuentra su legitimidad en el art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, modificada posteriormente a raíz de la Sentencia KALANKE del TSJUE. En su nueva redacción [COM (96) 93 final, DOCE núm. C 179/8] se defienden las medidas de acción positiva frente a la doctrina vertida en dicha resolución, como «medidas preferenciales que favorecen al sexo infrarrepresentado en el empleo, siempre que se permita tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso y no se produzca de esta manera una preferencia absoluta e incondicional».

al sexo femenino una persona con medios abundantes y méritos reducidos, frente a otra del sexo opuesto que disponga de menos posibilidades y ostente mayores capacidades?»?

La doctrina española ha sido consciente de este problema y propone a la luz de la jurisprudencia constitucional y del TJUE, unas posibles soluciones que tienen en cuenta, implícita o explícitamente, el principio de proporcionalidad. Para comprender dichas soluciones hay que *saber diferenciar en la acción positiva dos modalidades posibles*: 1) La acción positiva, que comporta medidas favorables para un grupo (por ejemplo, el sexo femenino) sin perjudicar a los pertenecientes al sexo femenino. Son ejemplos de esto los cursos de formación, becas, etc. Aquí estamos ante un tipo de acción positiva que puede encajarse dentro del marco de la proporcionalidad admisible en un tratamiento diferenciado. Ésta es la línea seguida por nuestro TC, y 2) La acción positiva que supone, al conceder ventajas a un colectivo (sexo femenino) desventajas para el otro. Por ejemplo, el establecimiento de cuotas a favor del sexo femenino, o de una preferencia a lo femenino en supuestos de igualdad de méritos. Estamos aquí ante la denominada «discriminación inversa», y es aquí donde se plantean los mayores problemas a la luz del mandato de la igualdad y de la interdicción de la discriminación del art.14 CE. Y ello porque la «técnica seguida supone un coste en términos de afectación de principios constitucionales tan severo como el daño que se quiere eliminar.

La doctrina española, aunque existe un precedente que admite la «discriminación inversa» en relación con los minusválidos (STC 269/1994, de 3 de octubre (caso discapacitados en la admon. canaria)²⁸ ha avanzado soluciones basándose en resoluciones de Tribunales de otros contextos, fundamentalmente del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea²⁹.

28. Como decimos éste es el único pronunciamiento del TC acerca de medidas de acción positiva. En España, a nivel legislativo, únicamente se ha adoptado medida de acción positiva en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social del Minusválido, que reserva un dos por ciento de los puestos de trabajo a trabajadores de este colectivo en las empresas públicas y en las privadas que ocupen a más de cincuenta trabajadores fijos. Véase SIERRA HERNÁNZ, E., *Acción positiva y Empleo de la Mujer*, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid 1999, pp. 165 y ss.

29. La jurisprudencia de éste último, concretamente en los casos KALANKE y MARSCHALL da a entender qué modalidades de «discriminación inversa» podrían ser aceptables. Hay literatura abundante sobre la discriminación inversa; entre otros: REY MARTÍNEZ, F., 1996, «La discriminación positiva de mujeres (comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)», *REDC*, 47, pp. 309 a 332.

III. COMENTARIOS A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL: LA LEY 39/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, PARA PROMOVER LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA

En primer lugar, conviene recordar que la regulación básica sobre conciliación es competencia exclusiva del Estado en virtud del artículo 149.1.1.^a CE. En segundo lugar, la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral, en adelante LCVFL, es una Ley dictada por las Cortes españolas que tiene por objeto la transposición de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio, sobre el permiso parental, cuyo objetivo era aplicar el Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado el 14 de diciembre de 1995 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general UNICE (Unión de Confederaciones de la Industria de Europa), el CEEP (Centro Europeo de la Empresa Pública) y la CES (Confederación Europea de Sindicatos).

Dado que se trata de una Directiva, como sabemos, obliga a los Estados en la consecución de unos resultados aquí relativos al permiso parental y a la ausencia del trabajo por fuerza mayor, pero deja libertad a los Estados de elegir la forma y los medios para alcanzar los objetivos de la conciliación. La LCVFL española es un primer paso de regulación, que debe cumplir los mínimos contenidos en la Directiva, y los topes máximos de regulación sobre conciliación dependerá de la situación sociolaboral y económica del Estado y, en una gran medida, de la voluntad política de los legisladores en cada momento.

En otro orden de cosas, hay que tener presente que el *proceso* de regulación de la materia *de la conciliación* desde nuestro punto de vista está siendo *innecesariamente largo en el tiempo*. En España, como hemos recogido líneas atrás, la mujer se incorpora al trabajo de forma generalizada en los años 70-80, y por lo tanto existencia de necesidad de regulación de la conciliación en nuestro país la hay desde hace ya 20-30 años. Pero hay que esperar al año 1999 para que en nuestro país exista legislación que de alguna manera venga a establecer el régimen jurídico general de la conciliación. Hasta 1999 existía una regulación dispersa en distintas normas jurídicas, fundamentalmente en los ámbitos de la legislación laboral y de la Seguridad Social, que regulaban aspectos relacionados con el nacimiento de hijos (embarazo, parto, lactancia) y atención de la familia. La primera norma que intenta hacer una regulación conjunta de lo relativo

a la conciliación llega ya, desde este punto de vista cuando menos, 15 años tarde.

Pero a este respecto hay que tener presente, como también se dijo líneas atrás, que en España se siguen los pasos que muy lentamente se van dando a nivel europeo: así, los trabajos en orden a la regulación a nivel normativo comunitario se iniciaron por impulso del Acuerdo sobre la política social, anejo al Protocolo (n.º 14) sobre la política social, anejo a su vez al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea que seguirán los Estados miembros para llegar a un Acuerdo sobre Política Social (que siga la línea de la Carta Social de 1989); que, además, esté de acuerdo con el punto 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, que establece, en relación a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, que «conviene arbitrar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares». Así, hubo ya en 1994 una propuesta de Directiva relativa a permisos parentales y a los permisos por motivos familiares que no salió adelante pero fue objeto de una Resolución del Consejo que ya apuntaba cuál debía de ser el sentido de una regulación de la conciliación.

En definitiva, es un período excesivamente dilatado en el tiempo y la regulación que se lleva a cabo en España es sólo un primer paso dentro del objetivo fundamental de la consecución de la igualdad material en este ámbito de la vida de las mujeres (9.2 CE), pero que necesariamente debe contemplarse conjuntamente, y finalmente, también, un primer paso para el reforzamiento de lo que el texto constitucional califica de «fundamento del orden político y de la paz social» en relación con el libre desarrollo de la personalidad recogido en el art. 10.1 CE.

Por otra parte, además de llegar tarde la Ley, el procedimiento que sigue es el de recoger en un cuerpo jurídico específico, no una nueva regulación con carácter de comprensiva de todas las realidades integrantes en la conciliación sino que viene a establecer adiciones a lo ya recogido en el Estatuto de los Trabajadores y la Ley General de la Seguridad Social (básicamente, son las dos normas modificadas) que ayudan por cuanto amplían las posibilidades de la conciliación de la vida familiar-laboral, pero no son instrumento real del Estado para que esa conciliación se lleve a cabo en términos de igualdad entre mujeres y hombres. Por lo tanto, desde nuestro punto de vista no ataca la raíz del problema de la falta de igualdad en la

conciliación de la vida familiar y laboral entre hombres y mujeres, de manera que difícilmente va a solucionar el déficit de la mujer en el pleno ejercicio de su derecho a la igualdad en el ámbito laboral. Y ello porque, sin entrar a ver ahora cuáles son esas modificaciones³⁰ y centrándonos sin dar rodeos en lo que afecta más directamente a las mujeres, o sea maternidad, hijos y mayores dependientes, seguirá siendo ella, con la Ley en la mano, la que o bien se acoja al derecho al permiso retribuido, o bien solicite la reducción de la jornada por motivos familiares, o bien solicite la suspensión del contrato laboral por no ya sólo los casos lógicos de riesgo durante el embarazo y la maternidad, sino por los casos de suspensión por adopción de o acogimiento de un niño y así etc. En definitiva, si la Ley tiene de positivo que establece ampliaciones en el derecho a la conciliación, en la medida en que ahora le permite una mayor flexibilidad a la mujer para conciliar, sin embargo no afronta el problema de encasillamiento de la mujer en ocupaciones tradicionalmente femeninas.

IV. REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

Entre las posibilidades a estudiar, que demostrarían que se aborda con seriedad la conciliación, podría estar el establecimiento de medidas de acción positiva en la propia Ley de conciliación, que no sólo, pero también, conlleven medidas que beneficien directamente a la mujer y que podrían suponer, pensamos, sólo aparentemente, desventajas para el hombre. Nos explicamos: una ley de conciliación que establezca obligaciones y deberes concretos del padre en relación al nacimiento y cuidado de hijos menores de seis y del cuidado de mayores y que no se quede sólo en establecer el derecho parental o el establecimiento de medidas de otros tipos (para atención de mayores, de hijos menores de seis o discapacitados, etc.). De manera que la mujer sabe que, si así lo acuerdan, su pareja destinará al menos la mitad del denominado permiso por maternidad al cuidado del recién nacido (a excepción de las seis semanas exigidas para la recuperación de la madre). Pero si la ley ya establece que el hombre se acogerá a la baja por «paternidad», hay posibilidad real de que la mujer pueda no interrumpir, como viene haciendo, su ocupación laboral durante el período establecido. De esta manera el hombre asumiría la parte asumible de la tarea que más ha correspondido a la

30. Me remito al libro de ALMENDROS GONZÁLEZ, citado en nota número 2.

mujer, esto es, la del cuidado del neonato, de manera que, poniéndose en el papel de la mujer, llegue a comprender mejor su importancia; eso repercutirá sin duda en una concienciación social del valor del cuidado de los hijos, que puede tener al menos dos consecuencias positivas: 1). Que se revalorice el trabajo de su pareja, esto es, de la mujer: el empresario o patrón empieza a no ver tantos obstáculos en el empleo y promoción de la mujer en edad fértil porque el trabajo de la mujer no tiene que sufrir paradas prolongadas y en consecuencia, a mayor consideración respecto a su trabajo, mayor remuneración. Y 2) el hombre alcanza un equilibrio como persona, padre y trabajador en beneficio también en términos de su desarrollo personal. En este último sentido, el disfrute por la mujer de las 16 semanas por maternidad remuneradas sin cargo para la empresa es un logro de nuestras sociedades modernas muy positivo. Pero también hay que pensar que es, en cierto modo un privilegio: el poder atender al recién nacido, darle el cariño y la ternura en sus primeros días de vida, establecer lazos y vínculos con la nueva persona para el resto de su vida...¿no es en cierto modo, injusto que sólo disfrute del privilegio la mujer?, ¿se ajusta al principio-derecho a la igualdad constitucional el que sólo disfruten de este privilegio las madres ¿Por qué no hacer también titulares del privilegio a los hombres? Entiendo que el permiso parental, más que una posibilidad, un derecho a acogerse también el padre, debería ser, si la pareja así lo quiere, una obligación, en la línea, por lo demás, de la obligación de asistencia de los padres para con sus hijos del artículo 39.3 CE.

Por último, decía John Stuart Mill que como el cariño y el cuidado de una madre no hay nada; que hay algo en la Naturaleza que hace que la relación entre la madre y el hijo sea algo muy especial. Es cierto, la mujer sabe que es así, que su naturaleza le permite establecer unos vínculos muy profundos con sus hijos; pero no es menos cierto que, desde que el hombre se ocupe del hijo desde su primer día de vida, y la mujer sea consciente de que ello debe ser así para beneficio sobre todo del propio hijo y también de ambos padres, se abrirá la puerta a un cambio social que creo necesario para lograr, si en verdad se quiere así, una equiparación real y efectiva en derechos en el ámbito social, laboral y político entre hombres y mujeres.

