

El principio de igualdad y los permisos parentales en el contexto nacional y comunitario

The principle of equality and the parental leaves within the national and european context

Janire Mimentza Martin

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.113.2019.05>

LABURPENA: Laurogeita hamarreko hamarkadan, europar batasuneko legeek guraso-baimenaren erregulazio bikoitza garatu zuen: amatasuna eta gurasoen baja. Gaur egun araudi bikoitz honek gidatzen du komunitate eta bertako zuzenbidea. Espainian, legedi hau kritikatu da gizonen eta emakumeen arteko berdintasun printzipioaren helburua ez bermatzeagatik. Horregatik, helburu hau zeharkako genero ikuspuntu berri batetik garatu da. Saiakuntza normatibo honek nahasmendua sortu du maila sozial, politiko eta juridikoan. Horren erakusgarri da, azkenaldi honetan Auzitegi Konstituzionalak aitatasun bajei buruzko bi babes helegiteei buruz argudio aberats askorekin adierazi denean, kritika zorrotzak jaso dituela perspektiba hori ez erabiltzeagatik. Harritzekoa da gaur egungo jurisprudentzia eta legedia onartzeko erresistentzia, eta emaitza zientifiko berriak alde batera utzi eta erreferentzia eza. Lan honek, berdintasun printzipioaren inguruko «miopia» hau ulertzeko arrazoiak azaldu, eta irizpide eta legedia bateratzen laguntzen duten arauen aldaketak proposatzen ditu.

GAKO HITZAK: Berdintasun printzipioa. Zeharkakotasuna. Gurasoen baja. Ondasun juridiko babestua. Auzitegi Konstituzionala.

ABSTRACT: During the nineties, European law developed a twofold regulation regarding leaves due to the birth of children: maternity leave and paternal leave. This regulation is in force today both in national and European law. In Spain, this regulation has been criticized for not guaranteeing the aim of the principle of equality between men and women. Hence, a new way has been developed with a cross-cutting gender approach. This legal experiment has contributed to confusion both at social, political and legal level. This is indicated by the fact that despite the rich line of argumentation provided by the Constitutional Court judgments in two appeals for amparo on paternity leaves, a great deal of criticism emerged for not applying that approach. The resistance to accept the case law and the current regulation is not only striking but it also highlights the absolute omission and reference to scientific data. This work explains the causes based on a narrow understanding of the equality principle and it proposes normative changes that might help to unify the criterion and the legislation.

KEYWORDS: Principle of Equality. Mainstreaming. Parental leave. Protected legal asset. Constitutional Court.

RESUMEN: En la década de los noventa el Derecho comunitario desarrolló una doble regulación sobre los permisos debidos al nacimiento de hijos: de maternidad y parental. Esta regulación está vigente hoy en el derecho interno y comunitario. En España esta regulación ha sido criticada por no garantizar el objetivo del principio de igualdad entre hombres y mujeres. Por ello, ha desarrollado su propia vía con una perspectiva de transversal de género. Este experimento normativo ha ocasionado confusión tanto a nivel social, político como jurídico. Muestra de ello, es que, a pesar de su reciente riqueza argumentativa las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a dos recursos de amparo sobre permisos de paternidad, han generado fuertes críticas por no aplicar esta perspectiva. No solamente sorprende la resistencia a aceptar la jurisprudencia y normativa actual, sino que también destaca la absoluta omisión y referencia de datos científicos. Este trabajo explica las causas basadas en un entendimiento «miope» del principio de igualdad y propone cambios normativos que contribuyan a unificar criterio y legislación.

PALABRAS CLAVE: Principio de igualdad. Transversalidad. Permiso parental. Bien jurídico protegido. Tribunal Constitucional.

Trabajo recibido el 25 de diciembre de 2018.
Aceptado por el Consejo de Redacción el 18 de enero de 2019.

El principio de igualdad y los permisos parentales en el contexto nacional y comunitario

The principle of equality and the parental leaves within the national and european context

Janire Mimentza Martin

Sumario: I. El derecho nacional en el marco europeo de derechos de los permisos parentales. 1. Doble regulación de permisos comunitario: distinción entre permiso por maternidad (Directiva 92/85/CEE) y permiso parental (Directiva 96/34/CEE). 2. La tercera vía interna: transposición de la Directiva sobre el principio de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres.—II. La tercera vía interna como fuente de ambigüedad y confusión jurídica. 1. Sentencia Constitucional N.º 111/2018 al recurso de amparo 4344-2017. 2. Sentencia Constitucional N.º 117/2018 al recurso de amparo 6299-2017. 3. Crítica general: no aplicar la perspectiva de género en las sentencias.— III. Propuesta de futura Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar.—IV. La igualdad de género en los modelos de bienestar de la Unión Europea. 1 Corto permiso de maternidad transferible vs. generoso permiso de paternidad intransferible 2. Relación entre el tipo de Estado de bienestar y la igualdad de género.—V. Razones para alargar los permisos de maternidad.—VI. Conclusiones.

I. El derecho nacional en el marco europeo de derechos de los permisos parentales

Recientemente, el Instituto Nacional de Estadística (INE)⁽¹⁾ ha dado a conocer que el corto permiso de maternidad es una de las causas por

(1) Encuesta de fecundidad 2018, en <http://www.ine.es> (fecha: 28.11.2018). «La investigación ha ido dirigida al conjunto de personas de 18 a 55 años [...], con el objetivo de identificar los factores determinantes de la fecundidad actual, reciente y esperada para el futuro, los condicionantes sobre la decisión de tener hijos o de no tenerlos y los motivos que llevan al retraso de la maternidad y de la paternidad.»

las que las mujeres españolas no tienen más hijos(2). La solicitud de su ampliación siempre se ha denegado por razones presupuestarias. En el contexto demográfico de España, con la tasa de natalidad más baja de Europa, es un dato relevante que —como acaba de anunciar la alta comisionada del Gobierno para el reto demográfico— el Estado va a tener que tomar medidas para garantizar el equilibrio de la pirámide demográfica(3).

Al contrario que en la mayoría de países comunitarios (ej. entre ellos el país más relevante de Europa, Alemania), en España el tema de los permisos de paternidad es un tema muy controvertido(4). Esta diferencia no es fruto de la casualidad, sino que tiene su explicación: mientras que la legislación comunitaria sigue una clara doble regulación de permisos, la legislación nacional ha evolucionado en una tercera vía por la que se debe incorporar el impacto de género a todas las políticas públicas. Gracias a la *Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva de mujeres y hombres*(5), en España se creó un permiso de paternidad de titularidad propia(6) —sin necesidad de que la madre le ceda parte de su permiso o aquel trabajo,— superando con ello las exigencias del Derecho comunitario(7) e internacional. Este al contrario que el de la madre, es intransferible(8). El objetivo de este permiso es que el hombre participe en los cuidados en las mismas condiciones que la mujer, mientras el permiso de la madre aspira a cuidar de su salud(9). En definitiva, nos encontramos ante la protección de dos

(2) ROLDÁN, Daniel, «Tres de cada cuatro españolas reclaman más permisos para tener al menos dos hijos», <http://www.elcorreo.com> (fecha: 28.11.2018).

(3) Vid. MONTAÑÉS, Érika; DANIELE, Laura, «En 40 años de democracia no hemos tenido en cuenta las políticas demográficas», en <http://www.abc.es> (fecha: 16.12.2018); ESPING-ANDERSEN, Gøsta, «Modelos de sociedad, demografía, economía y políticas públicas: un nuevo contrato de género», en *Economía e Igualdad de Género: Retos de la Hacienda Pública en el siglo XXI*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008, pág. 34.

(4) Vid. GARCÍA TESTAL, Elena; ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio, «La discriminación por razón de género en relación con los permisos de maternidad y paternidad: La STC 111/2018, de 17 de octubre», en *Diario La Ley*, N.º 9312, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 2.

(5) Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *BOE* Núm. 71, 23.3.2007, pág. 12611.

(6) MARTÍNEZ GARCÍA, María Luisa, *Propuestas para una regulación igualitaria de la protección por maternidad y paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 97.

(7) GARCÍA TESTAL, E.; ALTÉS TÁRREGA, J. A., «La discriminación por razón de género ...», *op. cit.*, pág. 9.

(8) MARTÍNEZ GARCÍA, M. L., *Propuestas para una...*, *op. cit.*, pág. 261.

(9) RIVAS VALLEJO, María Pilar, «Conciliación de la vida privada y profesional: consecuencias y metas en el Derecho comunitario y en el Derecho español», en BORRAJO DACRUZ, Efrén, *Mujer, Trabajo y Seguridad Social*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2010, pág. 263.

bienes jurídicos distintos que, a menudo, erróneamente son tratados como iguales (10).

Esta última vía ha ocasionado gran agitación social, política y jurídica: a) muchos grupos y personas privadas defienden en nombre de la igualdad (art. 14 CE) los permisos de maternidad más cortos de Europa, frente a los más largos de paternidad; b) además, la presión social de determinados grupos en la política ha sido tan intensa, que el gobierno español ha anunciado medidas legislativas de equiparación de los permisos, basados en el mismo principio; c) finalmente, incluso, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a dos casos de permiso de paternidad relacionados con la igualdad entre hombres y mujeres. Sin embargo, la vía seguida por el máximo órgano intérprete de la Constitución ha sido la marcada por el Derecho comunitario, y no por los grupos sociales. Precisamente por ajustarse a la doble vía de la Unión Europea —sin tener en cuenta la perspectiva de género— ha sufrido duras críticas (11).

Este trabajo de investigación tiene doble objetivo: de exponer las razones que han creado tanta controversia y confusión, para que en el futuro se aborde el tema con más conocimiento y menos ideología; y de mostrar las carencias y destacar prioridades.

1. Doble regulación de permisos comunitario: distinción entre permiso por maternidad (Directiva 92/85/CEE) y permiso parental (Directiva 96/34/CEE)

En la década de los noventa el Derecho comunitario desarrolló una doble regulación sobre permisos parentales. La normativa comunitaria sobre la incidencia de responsabilidades de familiares sobre el trabajo se limitaba a dos directivas (12): la *Directiva de Maternidad* (92/85/CEE) (13) que establecía un mínimo de 14 semanas de permiso para las madres pa-

(10) GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo, *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, Colección Estudios N.º 159, Madrid, 2004, pág. 33; MERINO MURGA, Patricia, «Los permisos iguales e intransferibles como negación de la maternidad», en <http://www.eldiario.es> (fecha: 3.11.2018).

(11) Se explicarán más adelante en el apartado II sobre «La tercera vía interna como fuente de ambigüedad y confusión jurídica. II.1. Sentencia Constitucional N.º 111/2018 al recurso de amparo 4344-2017. II.2. Sentencia Constitucional N.º 117/2018 al recurso de amparo 6299-2017. II.3. Crítica general: no aplicar la perspectiva de género en las sentencias».

(12) GARCÍA TESTAL, Elena, *La protección de la lactancia en el ordenamiento laboral español*, Tirant lo Blanch «colección laboral», 187, Valencia, 2008, pág. 24.

(13) 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. DO L 348 de 28.11.1992, pág. 1.

gadas al 100% del salario, y la *Directiva de Permisos Parentales* (96/34/CEE)(14), que establecía un mínimo de cuatro meses para los progenitores, de los cuales uno de los meses es intransferible y ninguno debía ser pagado obligatoriamente, aunque para su mayor eficacia se recomendaba su remuneración(15).

La todavía vigente Directiva de Maternidad (92/85/CEE) trata sobre 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(16). Su finalidad es únicamente la protección de la salud de la madre, por lo que no atiende al objetivo de conciliación de la vida familiar y profesional. Es decir, sólo ampara las situaciones más próximas al parto y no contempla el objetivo de reparto de las tareas familiares(17).

El vacío legal relativo a la conciliación de la vida familiar y profesional se subsanó posteriormente mediante la Directiva 96/34/CEE relativa a los permisos parentales(18), que en la actualidad es la Directiva 2010/18/UE. Se trata de la primera de las normas comunitarias que persigue la finalidad de conciliar la vida familiar con la laboral, adaptándose al nuevo contexto social condicionado por el cambio demográfico(19). En definitiva, persigue tomar medidas para conseguir la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres(20). Muestra de ello es que la Directiva fue inscrita

(14) La Directiva 2010/18/UE del Consejo de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, deroga la Directiva 96/34/CEE, DO L 68/13 de 18.3.2010.

(15) Originariamente el permiso era intransferible, pero más adelante se flexibilizó su intransferibilidad. RIVAS VALLEJO, M. P., «*Conciliación de la vida...*», *op. cit.*, pág. 267.

(16) La Directiva aborda «la protección de la trabajadora embarazada desde una perspectiva global, abarcando el análisis de los puestos de trabajo de la empresa y su posible exposición a agentes de cualquier tipo que puedan afectar a la salud de la trabajadora o de su hijo, así como las medidas a adoptar para evitar la exposición y, consecuentemente, el daño. Establece las directrices para la evaluación de los riesgos vinculados a los agentes químicos, físicos o biológicos, así como a los procedimientos industriales, los movimientos y las posturas y cargas físicas y mentales y señala medidas provisionales para proteger a la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia y prohíbe completamente la exposición a algunos agentes químicos, físicos o biológicos.» CAIRÓS BARRETO, Dulce María, «Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente, o en período de lactancia», en *Lan Harremanak*: Revista de Relaciones Laborales, N.º 23, Leioa, 2010, págs. 83-119.

(17) RIVAS VALLEJO, María Pilar; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, «La protección de la familia y de las uniones de hecho», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N.º 57, Madrid, pág. 517.

(18) *Id.*; Originariamente el permiso era intransferible, pero más adelante se flexibilizó su intransferibilidad. RIVAS VALLEJO, M. P., «*Conciliación de la vida...*», *op. cit.*, pág. 267;

(19) RIVAS VALLEJO, M. P.; VILLAGRASA ALCAIDE, C., «La protección de la familia ...», *op. cit.* pág. 517.

(20) Documento de trabajo de la Comisión Europea sobre reconocimiento mutuo de las decisiones sobre responsabilidad parental. COM (2001) 166, final, de 27.3.2001.

en el *IV Programa de Acción Comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000)*(21).

La directiva 96/34/CEE contempla la concesión de un derecho individual a un permiso parental a trabajadores, hombres y mujeres, debido al nacimiento o la adopción de un niño para poder ocuparse de éste durante al menos cuatro meses. Al menos uno de los meses de permiso parental debe ser intransferible. El pago del permiso parental es voluntario, y se deja en manos de los Estados miembros la definición de las normas de aplicación y las condiciones de dicho permiso. Tras su transposición el ordenamiento jurídico español contempla el derecho a una excedencia, pero, en contra de lo recomendado por la directiva, no es remunerada, por lo que en la práctica tiene escasa relevancia. Las familias españolas normalmente no disfrutan del derecho porque no se pueden permitir un permiso no remunerado(22). En España, a diferencia de muchos países de nuestro entorno, no existe un permiso parental retribuido a disfrutar después del permiso de maternidad y paternidad(23).

En la gran mayoría de países de la Unión esta doble regulación de permisos ha sido seguida(24). Alemania es un claro ejemplo, así el ordenamiento jurídico alemán regula este derecho en la *Ley de protección de la madre (Mutterschutzgesetz*(25), en adelante *MuSchG*). La *Ley MuSchG* ampara la salud de la mujer y su hijo durante el embarazo, después del parto y durante la lactancia(26). En definitiva, se trata de una ley que persigue principalmente proteger la salud de mujeres embarazadas, lactantes y la del hijo recién nacido. La Ley de protección de la maternidad (*MuSchG*) se aplica únicamente a las mujeres con un empleo y a las trabajadoras a domicilio, y las que son equiparadas legalmente. Como el padre no se debe de recuperar del parto, no es discriminatorio que la mujer tenga más permiso de protección de la maternidad (*MuSchG*) que el va-

(21) RIVAS VALLEJO, M. P.; VILLAGRASA ALCAIDE, C., «La protección de la familia ...», *op. cit.* pág. 517.

(22) *Vid.* VIVAS ESTEVE, Esther, «¿Quién defiende a las madres?», en <http://www.elperiodico.com> (fecha: 1.7.2018).

(23) MARTÍNEZ GARCÍA, M. L., *Propuestas para una...*, *op. cit.*, pág. 203; MERINO MURGA, Patricia, *Maternidad, Igualdad y Fraternalidad. Las madres como sujeto político en las sociedades poslaborales*, Clave Intelectual, Madrid, 2017, pág. 466.

(24) *Vid.* BETTIO, Francesca; PLANTENGA, Janneke, «Comparing care regimes in Europe», en *Feminist Economist*, N.º 10, Routledge Taylor & Francis Group, London, 2004, pág. 92; *vid.* MERINO MURGA, P., *Maternidad, Igualdad y Fraternalidad...*, *op. cit.*, págs. 437 y ss.

(25) Ley para la protección de las madres en el trabajo, en la educación y en los estudios (*Gesetz zum Schutz von Müttern bei der Arbeit, in der Ausbildung und im Studium, Mutterschutzgesetz*). Reformado el 23.5.2017 (BGBl. I pág. 1228) y entrando en vigor el 1 de enero 2018.

(26) La Ley de protección de la maternidad entró en vigor el 6 de febrero de 1952 y desde entonces ha sido modificada varias veces. Se complementó con la Ordenanza sobre la protección de las madres en el trabajo (*MuSchArbV*), que implementó la directiva de protección de la maternidad 92/85/CEE que ha definido estándares mínimos.

rón. Hay una diferencia biológica clave que sin duda justifica la diferencia. Por ello, en Alemania el trato desigual del padre frente a la madre no ha sido categorizado como discriminatorio.

Por otro lado, los permisos parentales se regulan separados en la Ley de los progenitores (*Elternzeit*, BEEG), que sirvió para transponer la Directiva 2010/18/UE. La Directiva 96/34/CEE propició el acuerdo marco de los interlocutores sociales europeos en diciembre de 1995 sobre la licencia parental. La Directiva consta de amplias consideraciones voluntarias («*soft law*»), así como partes que se han convertido en vinculantes. Según ella, la licencia parental es para ambos progenitores. Sin embargo, aunque en Alemania las madres y los padres formalmente tienen el mismo derecho al permiso parental, al ser transferible en la práctica las madres toman la licencia parental en su mayor parte (10 meses, ante los 2 meses del padre).

2. La tercera vía interna: transposición de la Directiva sobre el principio de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres

En España, la mencionada doble regulación de los permisos ha sido criticada por no garantizar el objetivo del principio de igualdad (27). Por ello, en el caso español, se ha seguido una «tercera vía» —única en Europa— en base a la *Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva de mujeres y hombres* (28), que sirvió para transponer la Directiva 2006/54/EU, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (29).

Tal y como se ha explicado en el apartado anterior, esta nueva vía incorpora un impacto (directo o indirecto) a las políticas públicas (30).

(27) «¿Por qué dos Directivas separadas para establecer permisos por nacimiento o adopción? ¿Por qué en una de ellas se establecen permisos supuestamente iguales «olvidando» que estos son una prolongación de los muy desiguales permisos de maternidad (14 semanas) y paternidad (2 semanas)? ¿Por qué distintas denominaciones, condiciones de disfrute, remuneraciones y otros mecanismos complicados que confunden a la ciudadanía y que eluden el objetivo de igualdad? Todas estas trampas tienen el mismo efecto: que sigan siendo las mujeres quienes cuidan a los bebés, y que los hombres sigan alejados de ese cuidado durante los primeros meses de vida.» Vid. DE CASTRO, Arantza, «La propuesta-trampa de la Comisión europea sobre conciliación», <https://igualeseintransferibles.org> (fecha: 22.10.2018).

(28) Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *BOE* Núm. 71, 23.3.2007, pág. 12611.

(29) *DO L* 204/23 de 26.7.2006.

(30) En base a la *Ley Orgánica 3/2007* se creó un permiso para el padre de titularidad propia e intransferible, superando las exigencias del Derecho comunitario e internacional.

Al tratarse de una materia multidisciplinar⁽³¹⁾ la distinción es más ambigua, con lo cual el bien jurídico protegido no queda tan claro. Su nombre, que denomina al conjunto de leyes *permiso de maternidad*⁽³²⁾, no aclara su finalidad. Además, al ser un permiso de maternidad parcialmente transferible, aumenta la confusión. La madre tiene 6 semanas de disfrute exclusivo del permiso (que protegen su salud), y el resto del permiso se puede ceder al padre (10 semanas) para el cuidado del recién nacido⁽³³⁾.

El Estado español al transponer la Directiva 2006/54/CEE, que derogó la Directiva 2002/73/CEE, no se limitó a las materias marcadas por el Derecho comunitario, sino que en base a la Ley para la igualdad efectiva, se desbordaron las materias contenidas en la Directiva⁽³⁴⁾.

La Ley Orgánica 3/2007 se presenta como una de las más importantes⁽³⁵⁾ leyes para la igualdad que se conoce en Europa⁽³⁶⁾, porque es una «ley integral de igualdad que se extiende a todos los ámbitos de la vida social, política, laboral y personal de las mujeres, en un intento de acortar las distancias de igualdad real»⁽³⁷⁾.

El legislador nacional, además de desarrollar la Directiva, reguló de forma transversal el derecho de la igualdad, y adoptó medidas de acción compensatoria, con la finalidad de conseguir una verdadera igualdad de

(31) En la que además de la vertiente jurídica, concurren otras regulaciones de carácter técnico objetivo como, por ejemplo, la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (BOE n.º 269 10.11.1995) o LO 3/2007. Vid. SIERRA HERNÁNIZ, Elisa, *Prevención de riesgos laborales, embarazo de la trabajadora y lactancia natural*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 49; GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad...*, op. cit., pág. 44.

(32) La Ley General de Sanidad de 1986, la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 39/1999 para la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas que trabajan, el Real Decreto 1251/2001 por el que se regulan las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, la Ley 3/2007 de igualdad efectiva de mujeres y hombres.

(33) Se suele argumentar que «igualmente» se podría ocupar el otro progenitor (padre) del recién nacido «liberando» a la madre de esta tarea de cuidados.

(34) BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Igualdad y Constitución Española*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, pág. 155.

(35) La LO 3/2007 para la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, contiene una regulación integral para la eliminación de las desigualdades de género. Entre los contenidos de la ley, entre otros, se abarca la materia de un permiso de paternidad, que pretende implicar a los padres en la crianza, principal objetivo de discriminación laboral en las mujeres, por el potencial alejamiento del mercado de trabajo que representa.

(36) BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Igualdad y Constitución...*, op. cit., pág. 154.

(37) Contiene lógicamente los elementos de exigencia europea relativas al concepto de acoso, acoso sexual, discriminación directa e indirecta, y condiciones de igualdad en el salario y en la formación laboral. BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Igualdad y Constitución...*, op. cit., pág. 154.

género. Precisamente por esta razón se insiste en que la transposición de las Directivas superó las exigencias comunitarias (38).

En la cumbre para la Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres de Naciones Unidas que se celebró en Pekín en 1995, se hizo un primer intento de definir la transversalidad de género, «como una medida paliativa de la desigualdad de las mujeres en el ámbito público (participación política)». El Consejo de Europa presenta una definición más completa: la transversalidad («*mainstreaming*») de género es la organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas» (39).

En este contexto, el legislador nacional no se limitó a desarrollar la Directiva 2002/73/CE, sino que reguló de forma transversal el derecho de igualdad de las mujeres, con el objetivo de lograr la «igualdad de género en la realidad social, política y económica del Estado» (40).

Concretamente, la LO 3/2007 en su art. 3 recoge el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, «que supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.»

La *transversalidad* (conocido como *mainstreaming*) del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres está regulada en el art. 15 de la Ley 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: según ella el «principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, *con carácter transversal*, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades». Es relevante destacar que

(38) *Ibid.*, pág. 156; BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «El «Mainstreaming» de género y su articulación en el ordenamiento comunitario y estatal», en ALVAR EZQUERRA, Jaime; AREAL LUDEÑA, Santiago; ASCENSIO MELLANO, José María; AYUSO, María José; BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Entre la ética, la política y el Derecho. Estudios de homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson S.L., Vol. I, Madrid, 2008, pág. 71.

(39) Propuesto por primera vez por el Consejo de Europa con el nombre «*Gender Mainstreaming*» en la Decisión 182/1999. La transversalidad o *mainstreaming* de género, fue definida por el Consejo de Europa. *Vid.* Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupacional.

(40) «La Ley de erradicación de la violencia de género (LO 1/2004 de 28.12.2004) dejaba fuera de consideración legal una serie de derechos (laborales, políticos y sociales), que exigían una regulación específica. De ahí que el desarrollo de las referidas Directivas se aborde en la LO 3/2007 desde una perspectiva que desborda ampliamente las exigencias comunitarias». BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «El Mainstreaming...», *op. cit.*, págs. 71-72.

la rotundidad del concepto contrasta con su inconcreción. Como consecuencia, la obligación y la exigibilidad de los poderes públicos no quedan claras(41). En definitiva, la regulación que la LO 3/2007 hace sobre el impacto de género es algo confusa(42). Sin embargo, sus defensores afirman que la técnica transversal en las medidas de acción positiva, «permiten una inmediata efectividad en la consecución de la igualdad de género»(43). Teoría que ha sido refutada por constatarse después de aplicar la perspectiva transversal de género evidencias contrarias al fin perseguido. Aunque en la Unión Europea su objetivo era transformar las políticas generales mediante la introducción de una perspectiva de igualdad de género, sin embargo, en la práctica la técnica transversal se ha utilizado en gran medida como un argumento para neutralizar la acción positiva (44).

En el Derecho comunitario el art. 29 de la Directiva 2006/54/CE regula la transversalidad de la perspectiva de género. «Los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en la presente Directiva». En este contexto resulta conveniente mencionar el contenido del artículo 28.2 de la Directiva 2006/54/CE(45): La presente Directiva no afectará a lo dispuesto en la Directiva 96/34/CEE (de maternidad) y en la Directiva 92/85/CEE (de permisos parentales)(46).

(41) BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «El Mainstreaming» ...,» *op. cit.*, pág. 75.

(42) *Id.*

(43) *Ibid.*, pág. 76.

(44) STRATIGAKI, Maria, «Gender Mainstreaming vs. Positive Action. An Ongoing Conflict in EU Gender Equality Policy», en *European Journal of Women's Studies*, SAGE Publications, London, Vol. 12 N.º 2, 2005, págs. 165-186; *vid.* HUBERT, Agnés; STRATIGAKI, Maria, «Twenty Years of EU Gender Mainstreaming: Rebirth out of the Ashes?», en *Femina Política-Zeitschrift für feministische Politikwissenschaft*, N.º 2, Verlag Barbara Budrich, Tübingen, 2016, pág. 31.

(45) Su predecesora, la Directiva 2002/73/CE (relavita a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, ala formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo) *no afectará a lo dispuesto en la Directiva 96/34/CEE* del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES(14) y en la 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 apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE)(15). La presente Directiva *tampoco afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción.*

(46) La consideración número 24 menciona que el Tribunal de Justicia «ha reconocido reiteradamente que, en lo que respecta al principio de igualdad de trato, es legítimo proteger la condición biológica de una mujer durante el embarazo y la maternidad, así como prever medidas de protección de la maternidad con el fin de lograr una verdadera igualdad. Por consiguiente, la presente Directiva no debe afectar a lo dispuesto en la 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 persona embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia. La pre-

Lo que significa, que ninguna disposición de la Directiva 2006/54/CE debe interpretarse como una disminución de los derechos ya existentes en el marco de la Directiva sobre el permiso parental. La presente Directiva parte de tales derechos y los refuerza.

Concluimos este apartado entendiendo que el Derecho comunitario e interno no entienden de la misma forma el concepto de la transversalidad. Mientras que el Derecho comunitario solo apunta que los «estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad», para el derecho interno (LO 3/2007) «las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades». Al parecer, lo que en el Derecho de la Unión Europea es voluntario («*soft law*»), el derecho interno lo ha integrado con fuerza de ley. En este contexto se ha ignorado el contenido del arriba mencionado artículo 28.2 de la Directiva 2006/54/CE.

Desde nuestro punto de vista, el legislador español, mediante la tercera vía, se ha excedido al dar un carácter normativo a la transversalidad, que en su origen simplemente tiene el carácter de «*soft law*» (47).

Hubiera bastado con seguir la doble vía comunitaria mediante la transposición efectiva de la Directiva 96/34/CEE sobre permisos parentales, incluyendo un permiso parental a la terminación del permiso maternal —se recomendaba su remuneración—. El legislador español optó por cumplir este mínimo mediante una excedencia no remunerada, lo que en la práctica significa que pocas familias hacen uso de él (48).

Consideramos que al actuar en contra de la recomendación de la Comisión —al introducir un permiso no remunerado—, el legislador español perdió la gran oportunidad de regular permisos que garantizan la conciliación de la vida familiar con la laboral (49).

sente Directiva tampoco debe afectar a lo dispuesto en la Directiva 96/34/CEE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES».

(47) Críticas al carácter de «*soft law*», *vid.* «The limited impact of gender mainstreaming on EU policy outputs, reflects not an inherent flaw of the mainstreaming concept, but rather the Commission's choice to rely almost exclusively on soft incentives in implementation». HAFNER-BURTON, Emilie M.; POLLACK, Mark A., «Mainstreaming Gender in the European Union. Getting the Incentives Right», en *Jean Monnet Working Papers* 8 Jean Monnet Chair, New York University School of Law, <http://jeanmonnetprogramm.org> (fecha: 20.12.2018); BEVERIDGE, Fiona; NOTT, Sue, «Gender Mainstreaming: Reflections on Implementation Strategies in Selected EU Member States», en *Journal of Social Welfare and Family Law*, Vol. 23, N.º 1, Taylor & Francis Group, London, págs. 109-115.

(48) *Vid.* MARTÍNEZ GARCÍA, M. L., *Propuestas para una..., op. cit.*, pág. 203.

(49) Se tuvo que esperar hasta la llegada de la LO 3/2007 para introducir un permiso paternal exclusivo e intransferible, de unas pocas semanas, que no se hizo efectiva hasta 2017.

II. La tercera vía interna como fuente de ambigüedad y confusión jurídica

Como se explicó en el apartado anterior, la tercera vía seguida por el legislador español ha ocasionado mucha confusión social, política y jurídicamente(50). Muestra de ello es que a nivel social tanto grupos como personas privadas en nombre de la igualdad de género defienden los permisos de maternidad más cortos de Europa, frente a los más largos de paternidad(51).

El eco de la presión social ha llegado tan lejos que el gobierno español ha anunciado medidas legislativas urgentes para la equiparación de los permisos parentales entre los dos progenitores en base al principio de la igualdad de género(52).

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha resuelto recientemente dos recursos de amparo(53) sobre permisos parentales en los que los demandantes plantean que se ha vulnerado el derecho fundamental a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

Precisamente, por su gran relevancia constitucional y general repercusión social y económica, queremos dedicar este apartado.

1. Sentencia Constitucional N.º 111/2018 al recurso de amparo 4344-2017

El trato diferente del hombre y la mujer respecto a la configuración de los derechos de conciliación ha creado en España con demasiada frecuencia dudas acerca de su compatibilidad con los principios de igualdad y no discriminación. Tal y como se ha mencionado anteriormente, la duda sobre la posible discriminación ha tenido tanto eco en la sociedad que el Tribunal Constitucional ha admitido el recurso de amparo núm. 4344-2017(54).

Se trata de un trabajador por cuenta ajena que, al ser padre el 20 de septiembre de 2015, disfrutó del permiso de paternidad de titula-

(50) *Vid.* MERINO MURGA, Patricia, «Maternidad y políticas: confusiones, falsedades y mandatos», en <http://www.eldiario.es> (fecha: 20.6.2018).

(51) *Vid.* VIVAS ESTEVE, E., «¿Quién defiende a las madres?» ..., *op. cit.*

(52) «Se encuentra en tramitación parlamentaria una proposición de ley que pretende la equiparación plena de los permisos de maternidad y paternidad». *BOE* Núm. 280, 20.11.2018, pág. 113033.

(53) Sentencia Constitucional N.º 111/2018, Tribunal Constitucional, Pleno, Recurso de amparo 4344/2017 de 17 de octubre de 2018. *BOE* Núm. 280, 20.11.2018, pág. 113024. Y sentencia Constitucional N.º 117/2018, Tribunal Constitucional, Sala primera, Recurso de amparo 6299/2017 de 17 de octubre de 2018. *BOE* Núm. 294, 6.12.2018, pág. 120138.

(54) *BOE* Núm. 280, 20.11.2018, págs. 113024-113043.

ridad propia de trece días(55) gracias a la legislación vigente en la fecha del hecho causante. El demandante solicitó al Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) que se le reconociera el derecho al disfrute del permiso por paternidad en igualdad de condiciones que el de maternidad, es decir, un total de 16 semanas. Agotadas todas las vías judiciales, el pleno del Tribunal Constitucional acordó el 10 de abril de 2018 admitirlo a trámite, por apreciar que concurre en el mismo una especial transcendencia constitucional (art. 50.1. LOTC) (56).

El diecisiete de octubre de 2018 el pleno del TC, desestimó(57) el recurso de amparo, presentando abundante doctrina y jurisprudencia interna y comunitaria, y defendió la protección de la situación biológica de embarazo y salud de la madre trabajadora, así como el vínculo de apego con el recién nacido(58). En definitiva, el Tribunal Constitucional siguió la doble vía marcada por las directivas comunitarias anteriormente explicada. Por tratarse de una materia multidisciplinar(59), el fallo estrictamente jurídico ha generado muchas críticas, destacando el anacronismo de que no se ha tenido en cuenta la perspectiva de género.

Mediante el presente trabajo queremos salir en defensa(60) del criterio de los once magistrados del TC que desestimaron(61) el recurso de amparo promovido por un padre de familia (I. Á. Peralta) y la asociación

(55) Período previsto de disfrute en el momento del nacimiento del menor, el 20 de septiembre de 2015. *BOE* Núm. 280, 20.11.2018, pág. 113027.

(56) 1. Porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o modificar su doctrina, como consecuencia de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 b)]. 2. La posible vulneración del derecho fundamental que se denuncia pudiera provenir de la ley o de otra disposición de carácter general [STC 155/2009, FJ 2 e)]. 3. El asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica relevante, que genera repercusión social o económica [STC 155/2009, FJ 2 g)]. *BOE* Núm 280, 20.11.2018, pág. 113026.

(57) Sentencia Constitucional N.º 111/2018, Tribunal Constitucional, Pleno, Recurso de amparo 4344/2017 de 17 de octubre de 2018. *BOE* Núm. 280, 20.11.2018, pág. 113038.

(58) STJCE 184/1983 (asunto Hoffman), 12.7.1984.

(59) SIERRA HERNÁIZ, Elisa, *Prevención de riesgos laborales, embarazo de la trabajadora y lactancia natural*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 49.

(60) MERINO MURGA, P., «Los permisos iguales e intransferibles ...», *op. cit.*

(61) Para ver opiniones en contra del fallo, *vid.* GARCÍA TESTAL, E.; ALTÉS TÁRREGA, J. A., «La discriminación por razón de género ...», *op. cit.*; BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, Voto Particular que formula la Magistrada doña Balaguer Callejón a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 4344-2017, <http://www.tribunalconstitucional.es> (fecha: 17.10.2018); ROJO TORRECILLA, Eduardo, *Permisos por paternidad*. El TC desestima la petición de equiparación con los de maternidad. Análisis de la sentencia de 17 de octubre de 2018, con un voto particular radicalmente discrepante. <http://www.eduardorjotorrecilla.es>; SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, «El Tribunal Constitucional, los permisos de paternidad y la «condición femenina»», <http://www.diario.es> (fecha: 28.10.2018).

«Plataforma de permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción» (en adelante, PPIINA).

Los fundamentos jurídicos después de unas aclaraciones jurídicas preliminares sobre el objeto del recurso, finalmente, se ciñen a determinar si las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas habían vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley y no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), debiendo dar respuesta a si la diferente duración de los permisos por maternidad (máximo de 16 semanas) y de paternidad (5 semanas a partir del 1 de enero de 2018) supone «un trato desigual carente de justificación razonable y proporcionada(62). Según el solicitante de amparo en la aplicación del art. 14 de la Constitución debía aplicarse el derecho a la igualdad y no sufrir discriminación por razón de sexo(63).

Brevemente se adelanta la argumentación del fallo del Tribunal para después poder analizar los detalles con más detenimiento. El Tribunal considera que «siendo diferentes las situaciones que se traen a comparación, no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) la diferente duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de seguridad social». La atribución del permiso por maternidad a la mujer trabajadora con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón. Según el Tribunal, la maternidad, el embarazo, y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada directamente del art. 39.2 de la Constitución española(64), que se refiere a la protección integral de las madres, avalada por los compromisos internacionales asumidos por España y el Derecho comunitario.

Por el contrario, el establecimiento de un *permiso de paternidad* obedece a una finalidad tuitiva diferente no recogida en las normas de Derecho comunitario o internacional: favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, y fomentar la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes (art. 39.3 CE). No se trata de proteger la salud del trabajador, sino de contribuir a un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos(65).

(62) «Los demandantes consideraban que esa vulneración constitucional se habría producido en la medida en que la decisión administrativa —confirmada en vía judicial— de no conceder al Sr. I. Á. Peralta el derecho a disfrutar la prestación de seguridad social por paternidad, con la misma duración que la establecida para el permiso de maternidad, supone un trato desigual carente de justificación razonable y proporcionada, que además tendría un impacto negativo sobre la conciliación de la vida familiar (art. 39 CE) y laboral.»

(63) BOE Núm. 280, 20.11.2018, pág. 113032.

(64) BOE Núm. 280, 20.11.2018, pág. 113037.

(65) *Id.*

2. Sentencia Constitucional N.º 117/2018 al recurso de amparo 6299-2017

Pocos días después de dictar sentencia sobre el recurso de amparo 4344, el Tribunal Constitucional volvía a pronunciarse sobre un idéntico supuesto de hecho en su Sala Primera. Se trata del recurso de amparo número 6299 interpuesto por don J. J. López y la asociación «Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción» contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 22 de noviembre de 2017.

El demandante —igual que en el anterior caso— como fundamento de su pretensión invocaba el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación (art. 14 CE)(66). Derecho que se había vulnerado en la medida en que no se le reconocía el derecho a disfrutar la prestación de seguridad social por paternidad tras un nacimiento, con la misma duración del permiso por maternidad.

Hay que destacar que el objeto del presente proceso coincide sustancialmente con el anteriormente mencionado caso, planteado a su vez, por otro demandante y la misma asociación PPIINA(67). Como consecuencia, el Tribunal remite íntegramente a lo resuelto en el mencionado recurso de amparo número 4344-2017 y opta por la desestimación del recurso(68).

El TC recuerda que el principio de igualdad no exige en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello. En el caso del permiso de la madre, la finalidad que persigue el legislador es la protección de la salud de la mujer trabajadora durante el embarazo, parto y puerperio. En contraste, el permiso por paternidad tiene como finalidad favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos(69).

(66) «Aducía, en síntesis, que la decisión administrativa de no equiparar la prestación de paternidad con la prestación por maternidad constituía un acto discriminatorio por razón de sexo, basado en una interpretación literal y formalista de la normativa aplicable contenida en el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores y en el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social.» Vid. Sentencia Constitucional N.º 117/2018, Tribunal Constitucional, Sala primera, Recurso de amparo 6299/2017 de 17 de octubre de 2018. *BOE* Núm. 294, 6.12.2018, pág. 120139.

(67) «No solamente el asunto de fondo es coincidente entre ambos, así como las vulneraciones de los derechos reconocidos en el art. 24 CE en que habrían incurrido las resoluciones judiciales), sino que también lo son tanto la parte dispositiva como la *ratio decidendi* de las resoluciones judiciales impugnadas.»

(68) *BOE*, Núm. 294, 6.12.2018, pág. 120146.

(69) «En este sentido, en el marco jurídico de la Unión Europea, la citada propuesta de Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores

También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que se trata de una diferenciación legítima conforme a la normativa comunitaria, por lo que no procede plantear la cuestión prejudicial» (70). Al tratarse de situaciones diferentes, no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE). La atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la seguridad social a la mujer trabajadora y con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón. Tal y como se argumentó en el anterior recurso de amparo, se recuerda que la maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección derivada directamente del artículo 39.2 CE. Por tanto, las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre.

Aunque el Tribunal afirma que si siquiera existen en la actualidad normas mínimas para el permiso de paternidad en el marco de la Unión Europea (71), reconoce que en España es notorio que existe un prolongado debate social y político sobre la conveniencia de ampliar la duración del permiso por paternidad. Recuerda que se encuentra asimismo en tramitación parlamentaria una proposición de ley que pretende la equiparación plena de los permisos de maternidad y paternidad y afirma que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de seguridad social, puede ampliar la duración del permiso de paternidad, con el fin de fomentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos (art. 39.3 CE) (72).

Finalmente, la Sala Primera reproduce de modo sucinto la argumentación de la Sentencia resolutoria del recurso de amparo núm. 4344-2017, que se apoya en el Derecho de la Unión Europea y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión (73).

(2017/0085) pretende introducir el permiso de paternidad —durante un período que no debe ser inferior a diez días laborables—, con el objeto de fomentar un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos». *BOE* Núm. 294, 6.12.2018, pág. 120148.

(70) *Ibid.*, pág. 120140; STJCE 184/1983 (asunto Hoffman), 12.7.1984.

(71) «[...] si bien se halla en trámite una reciente propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores (2017/0085), que pretende introducir el derecho de los padres a acogerse al permiso de paternidad durante un breve período, «que no debe ser inferior a diez días laborables», con ocasión del nacimiento de un hijo (art. 4)». *BOE* Núm. 294, 6.12.2018, pág. 120147.

(72) *Ibid.*, pág. 120149.

(73) *Ibid.*, pág. 120150.

3. Crítica general: no aplicar la perspectiva de género en las sentencias

Tanto los votos particulares (74) como varios grupos sociales han criticado que el máximo órgano garante de la Constitución haya perdido una ocasión para analizar el impacto negativo que tienen las medidas garantistas de la maternidad en el marco del mercado laboral. Las sentencias no entran a analizar la problemática de equiparación de los permisos desde la perspectiva de género. Visión que entiende que una determinada regulación actual de los permisos permite establecer diferencias de trato basados en la biología de la mujer que, finalmente, acaban convirtiéndose en discriminatorias. Afirman que estas medidas son una clara barrera de entrada al mercado laboral y un obstáculo a la promoción, porque generan un efecto de desincentivo en quien contrata. Según el voto particular, las dos sentencias no mencionan que existe un efecto claro de discriminación indirecta de las madres, que el legislador debiera tratar de erradicar por mandato del artículo 9.2 CE.

Como hemos mencionado, la mayor crítica que se ha hecho a la sentencia de TC es que se ha prescindido de la perspectiva de género (75). Tampoco se ha analizado desde la perspectiva de minorías étnicas, o de colectivos de riesgo de exclusión social etc. ¿Por qué entonces esa insistencia en el uso de la perspectiva de género?

En definitiva, lo que se ha criticado es que el Tribunal Constitucional al juzgar no ha seguido las pautas sobre *transversalidad de género* («mainstreaming») en las políticas públicas. El legislador debería de seguir esta perspectiva sobre los permisos de paternidad en su amplio margen para la configuración del sistema.

Para entender esta exigencia es necesario hacer referencia a LO 3/2007, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, para la que el principio de igualdad es un criterio interpretativo básico, que obliga a todos los poderes públicos a remover todos los obstáculos —directos e indirectos— que prorrogan la subordinación de las mujeres, entre ellos, y de manera destacada, los vinculados con la maternidad.

Se critica que el TC haya realizado una interpretación demasiado *literal y formalista* y que la sentencia esté muy pegada a la legalidad vigente y que no realice un esfuerzo argumental tendente a justificar la razón de una interpretación del precepto constitucional en clave de auténtica igualdad y no discriminación por razón de sexo. Simplemente ha vinculado la protección especial dispensada a la mujer trabajadora por razón de su estado de salud. Según sus críticos, esta característica

(74) Votos particulares que formula la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón. *BOE* Núm. 294, 6.12.2018, pág. 120151; *BOE* Núm. 280, 20.11.2018, pág. 113039.

(75) *BOE* Núm. 294, 6.12.2018, pág. 120152; *BOE* Núm. 280, 20.11.2018, pág. 113041.

pierde peso porque la ley permite ceder al padre(76) diez semanas de permiso posteriores a las seis semanas obligatorias de descanso postparto, o en casos de adopción(77), algo que en la práctica ocurre en un porcentaje ínfimo de ocasiones, menos del 2% de los casos. El escaso ejercicio de este derecho contrasta con la gran confusión del objeto jurídico protegido que causa, por lo que sería conveniente eliminar su cesión al padre. Sobre todo, ahora que al padre se le reconoce un derecho a permiso parental de titularidad propia intransferible. No tiene sentido, que además de sus permisos intransferibles se le sumen las semanas de la madre que, si son transferibles, no siendo posible que la madre disfrute de las semanas del padre por ser estas intransferibles.

El legislador español desaprovechó las grandes oportunidades que ofrecía la Directiva 2010/18/EU, transponiendo solamente la posibilidad de tomar excedencias no remuneradas para los cuidados, derecho que en la práctica no se ejerce por las penalizaciones económicas que conlleva. Solo las familias privilegiadas pueden ejercer este derecho.

En concreto, nosotros hubiéramos preferido que el TC hubiera juzgado desde el punto de vista del bienestar del recién nacido. Es de destacar que los permisos del padre mencionados en las sentencias son los permisos intransferibles que prescinden las necesidades de los recién nacidos. Además, tampoco atienden los problemas y peticiones de las madres(78).

Por ello, no compartimos que este argumento de género monopolice y justifique aumentar el permiso del padre de 5 a 16 semanas. Consideramos que, si se va a discriminar a la madre, se puede prever que el mercado laboral también discriminará a los varones que se acojan a los permisos. Ante la gran oferta de demandantes de empleo, el empleador podría discrimi-

(76) El ejemplo es el fundamento jurídico quinto, a partir del cual se empieza a construir la argumentación jurídica que llevará a la desestimación del recurso, es la referencia a la STC 75/2011 y la mención a que la finalidad primordial perseguida por el legislador en un supuesto de parto, es decir de maternidad biológica, es «la protección de la salud de la mujer trabajadora» (¿durante seis semanas? ¿Durante dieciséis semanas? ¿qué ocurre si se cede el derecho al otro progenitor? ¿Se deja entonces de proteger la salud de la trabajadora?). ROJO TORRECILLA, Eduardo, *Permisos por paternidad...*, op. cit.

(77) PAZOS, María, coportavoz de la plataforma PPIiNA, lamenta que el Constitucional «no entre en el fondo de la cuestión». «La sentencia viene a reiterar lo que ya sabemos: que la legislación es la que es. Le falta visión de género. Igual que la legislación está anclada en unos tiempos en los que se consideraba que eran las mujeres las que tenían que cuidar, la sentencia se queda ahí». Pazos considera «hipócrita» que el fallo recoja que el permiso de maternidad debe ser amplio porque sirve para que la madre se recupere del parto cuando «la normativa permite que se cedan algunas de las 16 semanas al padre o que todo el permiso recaiga sobre el padre cuando fallece, lo que demuestra que son bajas para el cuidado, no para la recuperación de la mujer». <http://www.elpais.es> (fecha: 23.10.2018).

(78) OLIVER, Diana, «Los permisos iguales e intransferibles son injustos porque ignoran las necesidades de los bebés», en <http://www.elpais.com>. (fecha: 10.12.2018). En la misma línea *vid.* CECILIA, Jan, «Igualar los permisos de paternidad o ampliar los de maternidad?», <http://www.elpais.com> (fecha: 24.5.2018); OLIVER, Diana, «Por qué padres y madres no somos ni iguales ni intransferibles», <http://www.elpais.com> (fecha: 3.7.2018).

minar a los casados y con hijos, favoreciendo a solteros que no van a disfrutar de este permiso. Si el argumento es serio, dará igual quién solicite el permiso, porque los dos progenitores sufrirán discriminación laboral(79). La precariedad laboral y/o la falta de empleo llevarán al aumento de la pobreza de las familias con hijos, que actualmente ya destaca por sus niveles altos de pobreza infantil en la Unión Europea(80). En definitiva, los que critican la falta de visión de género de las sentencias, deben aceptar que el empresario prefiera contratar antes a un hombre sin hijos que con hijos.

En definitiva, la discusión termina siendo bastante absurda, y nos aleja del problema de fondo(81), y es que en este país la crianza es entendida como un lastre(82). Por ejemplo, nadie se plantea que el acogerse a un permiso por matrimonio(83) (un mínimo de quince días naturales) repercuta en la trayectoria profesional de los cónyuges, y, sin embargo, si en la de la madre. Mientras el último permiso es para cuidados, el primero cumple una función de ocio. Los países del centro y norte de Europa guardan sus permisos para finalidades necesarias, y menos para el ocio. Es decir, en caso de boda se prevén como máximo uno o dos días laborables de permiso. Nosotros, en cambio, mientras concedemos generosos permisos para viajes de novios, contamos con cuentagotas las semanas para el cuidado de nuestros bebés, que serán los adultos del futuro.

Finalmente, es de destacar que en la propuesta de la futura Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional —que se explicará a continuación— y por la que se derogaría la Directiva 2010/18/EU sobre permisos parentales(84), no se menciona ni se recoge el concepto de la transversalidad que, por lo tanto, podría ser prescindible.

(79) En 2015, la tasa de empleo femenino (20-64 años) alcanzó el 64,3 %, frente al 75,9 % en el caso de la masculino. La brecha laboral de género en el mercado de trabajo afecta sobre todo a los progenitores y demás personas con responsabilidades familiares. Exposición de motivos de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y por la que se deroga la Directiva 2010/18/EU del Consejo. COM (2017) 253 final, 2017/0085 (COD), Bruselas 26.4.2017.

(80) Mientras la media europea de pobreza infantil en el año 2016 se sitúa en 26,4%, los datos varían significativamente dependiendo del país en cuestión: por ejemplo, la media alemana es de 19,3% frente a la española de 32,9%. Para ver más datos sobre Europa *vid.* <https://ec.europa.eu/eurostat>; más datos sobre España, *vid.* CANTÓ SANCHEZ, Olga; AYALA CAÑÓN, Luis, *Políticas públicas para reducir la pobreza infantil en España: análisis de impacto*, editorial Huygen, Madrid, 2014.

(81) RIVAS VALLEJO, M. P., «*Conciliación de la vida...*», *op. cit.*, pág. 270.

(82) La autora afirma que en España —a diferencia de Islandia y Suecia— no se protege la infancia, sino la atención se limita a la igualdad de género y la implicación del padre en los cuidados. MARTÍNEZ GARCÍA, M. L., *Propuestas para una...*, *op. cit.*, pág. 199.

(83) Art. 37.3 del Estatuto de los Trabajadores: «El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente: a) Quince días naturales en caso de matrimonio.

(84) COM (2017) 253 final, 2017/0085 (COD), Bruselas 26.4.2017.

III. Propuesta de futura Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar

La igualdad entre hombres y mujeres es un principio fundamental de la Unión Europea. De conformidad con el artículo 3.2.º del Tratado de la Unión Europea (TUE) (85), el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres es uno de los objetivos de la Unión Europea. Concretamente, el artículo 8 del TFUE establece que en todas sus acciones se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad.

En la actualidad, la UE propone reformar la Directiva 2010/18/EU (86) sobre Permisos Parentales (originariamente era la Directiva 96/34/CEE). La propuesta de Directiva (87) forma parte de un bloque de medidas destinadas a cumplir el compromiso de la Comisión.

El objetivo del bloque de medidas es abordar la infrarrepresentación femenina en el empleo y respaldar la trayectoria profesional de las mujeres a través de la mejora de las condiciones para conciliar sus tareas profesionales y familiares.

Estas medidas que se basan en los derechos y políticas vigentes, preservan los derechos existentes otorgados en el marco del Derecho comunitario vigente. Además, mejoran «los derechos existentes y añaden otros nuevos, tanto para las mujeres como para los hombres, abordando de este modo la igualdad de trato y las oportunidades en el mercado de trabajo de hoy en día, promoviendo la no discriminación y fomentando la igualdad de género» (88).

Reconocen la necesidad de tomar nuevas medidas en el campo de la conciliación de la vida familiar y la vida profesional. Ha quedado demostrado que el desequilibrio en el diseño de permisos para hombres y mujeres, la falta de incentivos suficientes para que los hombres disfruten de permisos que les permitan ocuparse de sus hijos, las posibilidades limita-

(85) «La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño».

(86) A raíz de la retirada de la propuesta de la Comisión de 2008 destinada a revisar la Directiva 92/85/CEE sobre maternidad, 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, la Comisión anunció su intención de preparar una nueva iniciativa con un planteamiento más amplio, que tendría en cuenta la evolución de la sociedad en los últimos diez años.

(87) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y por la que se deroga la Directiva 2010/18/EU del Consejo. COM (2017) 253 final, 2017/0085 (COD), Bruselas 26.4.2017.

(88) Exposición de motivos de la propuesta de Directiva. COM (2017) 253 final, 2017/0085 (COD), Bruselas 26.4.2017, pág. 1.

das para acogerse a fórmulas de trabajo flexible, la cantidad insuficiente de servicios asistenciales formales y los desincentivos económicos han agravado los problemas del empleo femenino.

El marco jurídico vigente en la Unión y de los Estados miembros contiene pocas disposiciones que permitan que los hombres asuman la misma cantidad de responsabilidades familiares que las mujeres. Por ejemplo, en la actualidad no hay ningún acto legislativo de la UE que regule el permiso de paternidad ni el permiso para ocuparse de familiares enfermos o dependientes, salvo la ausencia por causa de fuerza mayor.

El objetivo general de la presente Directiva es garantizar la implementación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral. Se prevé que esta Directiva permitirá a los progenitores y demás personas con responsabilidades familiares conciliar mejor sus tareas profesionales y familiares.

Por primera vez el Derecho de la Unión Europea (art. 4), reconoce un permiso de paternidad de titularidad propia, que obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que los padres tengan derecho a disfrutar de un permiso de paternidad de al menos diez días laborables con ocasión del nacimiento de un hijo.

En la regulación del permiso parental (art. 5.2) se contempla que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores tengan un derecho individual a disfrutar de un permiso parental de al menos cuatro meses antes de que el hijo alcance una determinada edad, que será, como mínimo, de doce años (89). Se permite el cese del permiso al otro progenitor, pero se asegurarán de que al menos cuatro meses no puedan ser transferidos (art. 5.2).

Esta Directiva derogaría la Directiva de permisos parentales actual 2010/18/EU (90), pero lógicamente no la Directiva de protección de la salud de la madre (92/85/CEE). Si esta Directiva prosperara, significará que la legislación española cumple con el mínimo del permiso del padre de cuatro meses. Pero la madre seguirá sin tener un permiso parental de cuatro meses después de terminar el permiso de maternidad que es simplemente para recuperarse del parto. En otras palabras, la legislación, to-

(89) La nueva directiva propone cuatro meses de permiso parental intransferible para cada persona progenitora a tomar a lo largo de doce años (a diferencia de los ocho como hasta ahora), y un nuevo permiso de paternidad de 10 días (obligatoriamente a tomar a partir del nacimiento) ambos pagados a nivel de la baja por enfermedad.

(90) Art. 19: Queda derogada la Directiva 2010/18/UE con efecto a partir de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva. Las referencias a la Directiva derogada se entenderán hechas a la presente Directiva y se leerán con arreglo a la tabla de correspondencias que figura en el anexo.

davía no garantiza un permiso de conciliación de vida familiar y la vida profesional en la UE. El permiso de maternidad actualmente existente cubre los mínimos exigidos por la Directiva 92/85/CEE, pero no con la directiva de los permisos parentales, que en el futuro exige un permiso parental para conciliar vida profesional y privada (recordemos en origen la Directiva 96/34/CEE). Tal y como explicó el Tribunal Constitucional, los dos permisos persiguen objetivos diferentes.

Por lo tanto, si esta propuesta de Directiva prospera, parece que la normativa española va a cumplir con creces lo exigido por la Directiva respecto al padre (91), sin embargo, respecto a la madre tendría los deberes sin hacer.

Queremos destacar que la propuesta de la nueva Directiva de permisos parentales —a diferencia de las anteriores— no contempla en ningún artículo el concepto de la *transversalidad*, ni siquiera llega a mencionarlo, por lo que podría ser prescindible. Sería una ventaja para la introducción del nuevo permiso parental de cuatro meses para la madre, debido a que persigue que la madre concilie trabajo con vida familiar, pero no desde una perspectiva ideológica transversal de género, sino de la necesidad de poder atender a los cuidados y conservar el puesto de trabajo (92).

Sin embargo, los grupos partidarios de los permisos iguales e intransferibles siguen criticando la actual y futura visión comunitaria. En concreto, se critica que el paquete de medidas no reforme o elimine la Directiva de Maternidad 92/85/CEE. Lo consideramos un tremendo error, porque entendemos que es un logro social que no debe ser alterado. Su argumento es el siguiente: «a simple vista puede parecer un avance, pero en realidad es una trampa muy peligrosa que aumentaría la ya insostenible desigualdad en el uso de los permisos por parte de hombres y mujeres» (93).

Esta discrepancia con la visión comunitaria de fuertes grupos sociales pone de manifiesto que la conciliación de la vida profesional y familiar en España no se entiende de la misma forma que en Bruselas. Las priorida-

(91) «Un padre español tendría 4 meses frente a los 3 de Suecia e Islandia; y los 2 de Noruega, Finlandia y Alemania; mientras que las madres españolas, que con los permisos intransferibles no verían ampliada su baja, seguirían siendo junto con las maltesas, las madres europeas con menos tiempo disponible de licencia remunerada.» MERINO MURGA, P., «Maternidad y políticas: confusiones...» *op. cit.*

(92) «Los países escandinavos [...] han inaugurado una política familiar sin precedentes, que tiene como objetivo impedir que se penalice profesionalmente a las madres de niños pequeños». BADINTER, Elisabeth, *La mujer y la madre. Un libro polémico sobre la maternidad como nueva forma de esclavitud*, La esfera de los libros, Madrid, 2011, pág. 126.

(93) Los grupos sociales que defienden los permisos parentales iguales e intransferibles la han criticado por ser una propuesta-trampa sobre conciliación porque perpetua los roles tradicionales, en DE CASTRO, A., «La propuesta-trampa ...», *op. cit.*

des parecen ser diferentes: mientras que aquí básicamente existe la obsesión de que la madre abandone el mercado de trabajo lo menos posible, en Europa se prioriza poder compaginar los cuidados con el empleo, posibilitándolo mediante más o menos largas excedencias remuneradas (94). En nuestro país esta posibilidad está vetada, no por las limitaciones presupuestarias, sino por la ideología de género (95), que parece estar en otra fase histórica a la comunitaria.

Consideramos que en esta obstinación y radicalismo en eliminar y/o limitar los derechos sociales de las madres españolas, anida cierta arrogancia e intransigencia frente a la Unión Europea. Actitud incomprensible porque no queda duda de que la Comisión europea ha hecho sus deberes antes de presentar la propuesta de la Directiva para la conciliación de la vida profesional y privada (96). Tal comportamiento es extraño en un país que por lo general tiene tanto respeto a las políticas europeas. Una vez más, resaltamos que parece que ciertos sectores tratan el tema de los permisos con demasiada ideología (97) y con cierta dosis de ceguera.

Puede que el siguiente apartado dedicado al Estado de Bienestar nos ayude a entender mejor las diferencias.

IV. La igualdad de género en los modelos de bienestar de la Unión Europea

1. Corto permiso de maternidad transferible vs. generoso permiso de paternidad intransferible

Como hemos visto, el ordenamiento jurídico español se ha adelantado al Derecho comunitario e internacional con la introducción de un permiso de paternidad intransferible de titularidad propia en base a *Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*.

(94) Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, M. L., *Propuestas para una...*, op. cit., pág. 203; BADINTER, E., *La mujer y la madre...*, op. cit., pág. 126.

(95) Crítica a la prioridad de la ideología de género del feminismo sobre las políticas de redistribución. Vid. FRASER, Nancy, «La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación», en *Revista de Trabajo* N.º 6, agosto-diciembre 2008, Buenos Aires, págs. 83-99.

(96) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y por la que se deroga la Directiva 2010/18/EU del Consejo. COM (2017) 253 final, 2017/0085 (COD), Bruselas 26.4.2017.

(97) Vid. RIVAS VALLEJO, M. P., «*Conciliación de la vida...*», op. cit., pág. 270; vid. FRASER, N., «La justicia social...», op. cit., págs. 83-99.

En otras palabras, a pesar de no existir obligatoriedad supranacional de crear este derecho, con la *LO 3/2007* se introdujo un permiso de paternidad de 13 días —ampliado hoy a cinco semanas— (98) con lo que los varones españoles tendrán los permisos de titularidad propia más largos de la UE.

En contraste, los permisos de las madres son los más cortos. Las 16 semanas transferibles (diez semanas al padre) ni siquiera cubren el requisito de la Organización Mundial de la Salud que recomienda seis meses de baja de maternidad para asegurar la lactancia exclusiva.

Mediante esta tercera vía que ha posibilitado un permiso de titularidad exclusiva al padre, parece que en el reconocimiento de derechos a nivel teórico hemos llegado muy lejos; en la práctica (recordemos que las 4 semanas no fueron reconocidas hasta 2017), para las familias españolas ha supuesto el sufrir los permisos más cortos de la Unión Europea. De hecho, llevamos décadas de retraso sobre permisos parentales remunerados respecto a nuestros vecinos europeos. Por ello, aunque los defensores del permiso de titularidad del padre destacan la modernidad de la medida (99), hasta ahora en la vida diaria de las familias españolas ha destacado la escasez y la brevedad (100).

En resumidas cuentas, el escaso permiso de maternidad transferible contrasta con el generoso permiso de paternidad intransferible (101). Desde una perspectiva de permisos parentales europea, que se caracteriza por largos permisos de maternidad (102) y cortos permisos de paternidad, un derecho de permisos como el español es único y posiblemente sería difícil de entender por la sociedad. Esta situación tan única e «inexplicable» en España, ocurre en un contexto de un dis-

(98) «Se encuentra en tramitación parlamentaria una proposición de ley que pretende la equiparación plena de los permisos de maternidad y paternidad a 16 semanas». *BOE* Núm. 280, 20.11.2018, pág. 113033.

(99) GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad ...*, *op. cit.*, pág. 40.

(100) Sobre consecuencias de los permisos maternos cortos *vid.* «La necesidad de exterogestación y su relación con la inteligencia humana», en <http://www.saludmentalperinatal.com> (fecha: 15.9.2018); «La importancia del contacto permanente con la madre (exterogestación) y su relación con la inteligencia humana», en <http://www.larazon.es> (fecha: 21.9.2018); NARVAEZ, Dacia F., «Things to know about a baby», en <http://www.psychologytoday.com> (fecha: 20.8.2018).

(101) *Vid.* VIVAS ESTEVE, E., «¿Quién defiende a las madres?» ..., *op. cit.*

(102) Las licencias parentales remuneradas en Europa alcanzan en Suecia los 16 meses, en Noruega, Finlandia y Alemania los 14 meses, en Dinamarca los 12 y en Reino Unido los 9. Y en todos estos países la mayor parte de la licencia es transferible; de modo que las madres suecas pueden disponer, si así lo desean, de 13 meses remunerados de crianza; las noruegas, finlandesas, danesas, alemanas, austriacas, eslovacas y checas de 12 meses; las francesas de 10 y las británicas de 9. MERINO MURGA, P., «Maternidad y políticas: confusiones...», *op. cit.*; *vid.* BADINTER, E., *La mujer y la madre...*, *op. cit.*, pág. 126.

curso político pobre y bajo la mirada miope (103) del feminismo hegemónico (104).

2. Relación entre el tipo de Estado de bienestar y la igualdad de género

A continuación conviene recordar que, entre las diferentes clasificaciones del Estado de bienestar, España está incluida en el tipo mediterráneo, que ofrece menos protección social que en los sistemas continentales o escandinavos (105). Característica que en España sobre todo destaca por la escasez de ayudas y prestaciones sociales a la protección de la familia y la infancia. Por lo tanto, el hecho de que en la práctica el permiso de maternidad sea uno de los más cortos de Europa no sorprende, pero si el hecho de que el permiso de paternidad sea uno de los más largos.

Según el *índice de igualdad de género* (106) en la Unión Europea (va de 0-1,00), España puntúa alto en el indicador de poder político (107). Sin embargo, en dimensiones como renta, recursos, ocio, y poder socioeco-

(103) Se critica que los movimientos sociales actuales, como por ejemplo el feminismo priorizan las reivindicaciones de justicia social de política de reconocimiento de género, prescindiendo de las reivindicaciones redistributivas de clase. «Las tendencias activistas que consideran la redistribución como el remedio de la dominación masculina están cada vez más disociadas de las tendencias que buscan, en cambio, el reconocimiento de la diferencia de género. [...] Esta situación ejemplifica un fenómeno más general: el distanciamiento generalizado de la política cultural respecto de la política social y el de la política de la diferencia respecto de la política de la igualdad». *Vid.* FRASER, N., «La justicia social...», *op. cit.*, pág. 84.

(104) MERINO MURGA, Patricia, «¿Hacia dónde va la cuarta ola del feminismo?», en <http://www.claveintelectual.com> (fecha: 9.4.2018).

(105) ESPING-ANDERSEN, Gøsta, *The three worlds of welfare capitalism*, Princeton University Press, 1990.

(106) Los autores del índice conciben la igualdad de género como un reparto igualitario de bienes y activos y se conceptualiza de un modo bastante general como un reparto igualitario del trabajo remunerado, del dinero, del poder de toma de decisiones y del tiempo. PLANTENGA, Janneke; REMERY Chantal; FIGUEIREDO, Hugo; SMITH, Mark, «Towards a European Union Gender Equality Index», en *Journal of European Social Policy*, N.º 19, 2009, págs. 23-24.

(107) El ranking global de los 25 estados miembros de la UE en el índice de Igualdad de Género de la Unión Europea (IEG) puntúa los siguientes subdivisiones (indicamos los resultados obtenidos por España en contraste con el país con mayor puntuación): desempleo (0.48 frente a Lituania 0.99), participación (0.41 frente a Finlandia 0.91), salario (0.18 frente a Eslovenia 0.64), renta (0.33 frente a Luxemburgo y la República Checa 1.00), poder político (0.69 frente a Suecia 0.90), poder socio-económico (0.52 frente a Lituania 0.82), cuidados (0.10 frente a Dinamarca 0.87), ocio (0.28 frente a Holanda 0.78). Los datos provienen de el gráfico 1 que contiene la distribución del Índice de Igualdad de Plantenga en el año 2009, para los 25 países de la UE. Dicho índice tiene una media de 0.53. PLANTENGA, J.; REMERY C.; FIGUEIREDO, H.; SMITH, M., «Towards a European Union ...», *op. cit.*, pág. 31; ALMARCHA BARBADO, Amparo; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Benjamín, «Perfil social de las mujeres trabajadoras en España: puntos significativos», en BORRAJO DACRUZ, *Efrén, Mujer, Trabajo y Seguridad Social*, Wolters Kluwer España, S.A, 2010, Madrid, pág. 42.

nómico se sitúa en los últimos puestos del ranking(108). Es de destacar que los países que ocupan el primer puesto (0,60 o más) y a poca distancia el intermedio (0,45-0,60, coinciden con los modelos de Estados de bienestar escandinavos y continentales). Finalmente, con puntuaciones inferiores a 0,45 encontramos a los países que coinciden con el modelo del Estado de bienestar mediterráneo (Italia, España, Malta, Chipre y Grecia)(109).

Al parecer, la distribución del gasto social del Estado influye directamente en su grado de igualdad(110). En otras palabras, a mayor Estado de bienestar mayor igualdad de género y mayor poder adquisitivo de la mujer(111).

Como consecuencia con esta incuestionable relación, se podría romper con la mistificación de que la igualdad de género solo lo garantiza el empleo con permisos de maternidad cortos(112). Por lo tanto, los permisos de maternidad más largos pueden compatibilizarse con la igualdad de género, tal y como demuestra la alta participación de mujeres en los países del modelo de bienestar escandinavo o continental.

Es una realidad que en los países que brindan transferencias de asistencia social a las familias en forma de cuidado infantil y de licencia parental remunerada (modelo continental y nórdico), los niveles de fecundidad y la participación de las madres en la fuerza laboral son más altos, que en los países que aún se basan en el modelo de cuidado familiar (modelo mediterráneo), en el que el cuidado infantil es proporcionado por mujeres. Además, la división del trabajo doméstico también es más equitativa en los países que brindan apoyo público a las familias(113).

Ya el hecho de que este caso haya llegado hasta el Tribunal Constitucional evidencia que en España el tema de los permisos parentales es

(108) En concreto, ocupa el cuarto lugar por la cola en la puntuación global del índice. Le siguen Malta, Chipre y Grecia. *Vid.* PLANTENGA, J.; REMERY C.; FIGUEIREDO, H.; SMITH, M., «Towards a European Union ...», *op. cit.*, pág. 30; *vid.* publicaciones relacionadas BERGQVIST, Cristina, «The Welfare State and Gender Equality», en PIERRE, Jon (Ed.), *The Oxford Handbook of Swedisch Politics, Oxford*, 2015; SAINSBURY, Diane, *Gender, Equality and Welfare State*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

(109) PLANTENGA, J.; REMERY C.; FIGUEIREDO, H.; SMITH, M., «Towards a European ...», *op. cit.*, pág. 30.

(110) VARA, María Jesús; de VERA, Violeta, «Igualdad de género en los modelos de bienestar de la Unión Europea», Vol. 11 (No. 31) Septiembre-diciembre, 2018. <http://www.olafinanciera.unam.mx> (fecha: 23.11.2018)

(111) ALMARCHA BARBADO, A.; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, B., «Perfil social...», *op. cit.*, págs. 42-44.

(112) *Vid.* VIVAS ESTEVE, E., ¿Quién defiende a las madres?, *op. cit.*

(113) ESPING-ANDERSEN, Gøsta, «The Incomplete Revolution: Adapting to women's New Roles», en *Polity Press*, Cambridge, 2009.

muy controvertido; mucho más que en el resto de la UE, donde la diferente duración de los permisos es aceptada. Sería improbable ver al TC amparando un caso de un padre exigiendo equiparación de permiso en nombre de la igualdad de género, porque en los modelos de estados de bienestar continental y escandinavos se aborda el tema desde un punto de vista más práctico y menos ideológico. En los permisos parentales en los cuales los progenitores comparten titularidad, aunque hay partes del permiso que no se pueden ceder, otras son transferibles y se adaptan mejor a las necesidades de cada familia. Si el resultado es que los permisos más largos los disfrutaran las madres, es porque existe esa demanda y responde mejor a las necesidades de las familias. Hasta ahora no tenemos constancia de que esto sea un problema para la incorporación de la mujer al trabajo, ya que la sociedad en su conjunto ha aceptado la importancia de la labor realizada durante estos largos permisos. El mercado laboral y el Estado asumen estos permisos como una inversión necesaria en la calidad de vida de los trabajadores. Visión que España todavía está lejos de alcanzar.

V. Razones para alargar los permisos de maternidad

Algunos países europeos(114), especialmente los nórdicos, practican un modelo de permisos que respetan tanto las necesidades biológicas del hijo, como las laborales de la madre (115), con tal éxito que actualmente presentan unos niveles de fecundidad próximos al reemplazo. Han desarrollado políticas sociales para redistribuir la responsabilidad de la crianza entre las familias y el Estado. Además, han promovido la igualdad de género en el ámbito público y familiar mediante una fuerte protección laboral para las madres trabajadoras, con largos permisos parentales individuales e intransferibles(116). En definitiva, este modelo ha ayudado a conseguir más igualdad entre hombres y mujeres, y sobre todo altas tasas de natalidad(117).

En España, como es sabido, estamos bastante lejos de conseguir estos objetivos. ¿Podría un largo permiso de maternidad mejorar esta situación? Efectivamente, muestra de ello son los resultados de la reciente encuesta de fecundidad publicada por el *Instituto Nacional de Estadís-*

(114) Incluyendo Francia y Alemania.

(115) BADINTER, E., *La mujer y la madre...*, op. cit., pág. 126.

(116) LÓPEZ PERALES, Celeste, «¿Por qué no llega el segundo hijo?», <http://www.lavanguardia.com> (fecha: 12.12.2018).

(117) BADINTER, E., *La mujer y la madre...*, op. cit., pág. 137.

tica (INE) (118). Ellos explican las razones del por qué muchas españolas en edad fértil queriéndolos no han tenido hijos. Entre ellas destacaba la necesidad de disponer de unos permisos de maternidad más largos. Recordemos que en un Estado Democrático y Social (art. 1.1 CE) como el nuestro, los poderes públicos deben de asegurar protección económica de la familia (art. 39.1), y, en especial, la protección integral de las madres (art. 39.2). Dado que España es el país con las tasas más bajas y tardías de natalidad (119), no hay duda de que no se está haciendo lo marcado por la Constitución. Como el futuro se hace andando, es necesario que se escuche y se dé respuesta a las necesidades de las futuras potenciales madres, que claramente necesitan permisos más largos. Los demógrafos advierten que no hay alternativa (120).

El *Instituto Europeo de Salud mental Perinatal* destaca la necesidad del bebé del contacto permanente con la madre (exerogestación) y su relación con la inteligencia humana. La ciencia ha descubierto que un bebé no está preparado para salir al mundo en el momento del nacimiento. Este empieza a tener huesos resistentes y capacidad para el autoabastecimiento sobre los 18 meses. Es decir, para parecerse a un recién nacido de otros mamíferos, los bebés deberían estar en el útero otros 18 meses. Al no poder autorregularse necesitan que los cuidadores capaciten sus sistemas para que lo hagan (por ejemplo, calmándolos rápidamente para que los sistemas aprendan a hacer de eso la «norma»). Los adultos deben mantenerlos en un estado óptimo para que los sistemas continúen creciendo y desarrollándose normalmente. Exponer a los bebés a ciertos niveles de estrés significa que más adelante las energías se enfocarán a la supervivencia, desarrollando más ansiedad y angustia que la necesaria. Resumiendo, después de nacer necesitan cuidados parecidos a los que tienen dentro del útero durante 18 meses más. Deben mantenerse tranquilos y reconfortados mientras que sus sistemas neurobiológicos maduran sus funciones (121).

(118) Encuesta de fecundidad 2018, en <http://www.ine.es> (fecha: 28.11.2018).

(119) MONTAÑÉS, É.; DANIELE, L., «En 40 años de democracia no hemos tenido en cuenta las políticas demográficas», en <http://www.abc.es> (fecha: 16.12.2018); JORRÍN, Javier G., «El drama de la natalidad en España: las madres con menos hijos y más edad», en <http://www.elconfidencial.com> (fecha: 30.3.2018); «Barreras económicas y de conciliación impiden a las mujeres españolas tener más hijos», <http://www.europapress.es> (fecha: 28.11.2018). La segunda medida más importante es una asignación para las familias con hijos a cargo menores de 18 años.

(120) MACARRÓN LARUMBE, Alejandro, *El suicidio demográfico de España*, Editorial Homo Logens, Madrid, 2011.

(121) «La necesidad de exerogestación y su relación con la inteligencia humana», en <http://www.saludmentalperinatal.com> (fecha: 15.9.2018); «La importancia del contacto permanente con la madre (exerogestación) y su relación con la inteligencia humana», en <http://www.larazon.es> (fecha: 21.9.2018); NARVAEZ, Dacia F., «Things to know about a baby», en <http://www.psychologytoday.com> (fecha: 20.8.2018).

Es importante destacar la importancia de la madre en la etapa de la exterogestación. Los estudios revelan que en esta etapa el cuerpo de la madre es vital. Esta necesidad nada tiene que ver con ideologías sino con la biología. El rol del padre empezará a ser igual de importante más adelante. Por lo que, en base a datos científicos cabe destacar la necesidad de un permiso maternal, para el primer año de vida. El permiso paternal llegaría más tarde (122).

Hay nuevos datos respecto a la vulnerabilidad de la madre. Un estudio de la Universidad de Salford (Manchester) revela que el cuerpo de la embarazada no tarda cuarenta días en recuperarse tras el parto, sino un año entero (123). Por lo que ahora, además de razones legales, también existen argumentos científicos para posibilitar que las madres tengan largos permisos y romper con el mito español de los permisos de maternidad cortos.

VI. Conclusiones

En contra de la presión social, el Tribunal Constitucional acaba de pronunciar en dos ocasiones que la atribución del permiso por maternidad a la mujer trabajadora con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón. El Tribunal no apreció ninguna vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) por tratarse de situaciones diferentes. Según el Tribunal, las realidades biológicas relacionadas con la maternidad son de obligatoria protección, derivadas del art. 39.2 CE y el Derecho comunitario. Por el contrario, el establecimiento de un *permiso de paternidad* obedece a una finalidad tuitiva diferente que no se recoge hasta la fecha en las normas de Derecho comunitario o internacional: favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y fomentar la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos comunes derivado directamente del art. 39.3 CE.

(122) En este contexto es de recordar que las políticas de permisos para integrar con igualdad a los dos progenitores en los cuidados de los hijos no han supuesto cambios radicales: «el 75% de los padres utilizan total o parcialmente sus permisos de paternidad, pero solo el 17% recurren al permiso parental». En definitiva, «no está demostrado que Suecia, erigida en modelo en el mundo entero, haya logrado conciliar maternidad e igualdad entre sexos, ni siquiera reducir la diferencia de salarios entre hombres y mujeres». BADINTER, E., *La mujer y la madre...*, *op. cit.*, págs. 126-127.

(123) WRAY, Julie, «Bouncing back? An ethnographic study exploring the context of care and recovery after birth through the experiences and voices of mothers», Salford Centre for Nursing & Midwifery Research School of Nursing & Midwifery University of Salford, Salford, Manchester, 2011. *Vid.* ESTEBAN, Estefanía, «La embarazada necesita un año para recuperarse tras el parto», en <http://www.guiainfantil.com> (fecha: 20.9.2018); VALVERDE, Brenda, «El mito de la cuarentena: una mujer necesita mucho más tiempo para recuperarse del parto», <http://www.elpais.com> (fecha: 8.10.2018).

El primer resultado del *Índice de Igualdad de Género* europeo (GEI) no nos revela ninguna sorpresa, ya que nos vuelve a recordar que las desigualdades entre hombres y mujeres siguen presentes en todos los países de la Unión Europea. Sin embargo, lo que sí es novedoso es presentarnos la relación entre el modelo de bienestar social y la igualdad de género. En base al GEI se observa que el modelo de Estado de bienestar influye directamente en los avances en este campo. Muestra de ello es que los países del modelo nórdico (Suecia y Dinamarca) y continental (Francia y Holanda) han alcanzado altos niveles de igualdad. En contraste, los países del sur de Europa caracterizados por tener un modelo de Estado del bienestar modelo mediterráneo con menos prestaciones sociales están lejos de alcanzar este objetivo (124). La conclusión en realidad es bastante lógica, ya que uno de los principales objetivos del Estado de bienestar nórdico es eliminar las diferencias entre las clases sociales y compensar las diferencias mediante ayudas, servicios, o exenciones fiscales (125). Es obvio que al mismo tiempo que se reducen las desigualdades sociales de clase, se reducen las diferencias entre hombres y mujeres, impulsando con ello la igualdad entre hombres y mujeres (126).

Como conclusión, los Estados integrados en el modelo mediterráneo —entre ellos España— deberían de aplicar las políticas sociales del modelo escandinavo y continental para conseguir más igualdad social en general, y más igualdad de género en especial. Lo uno va unido con lo otro. Como consecuencia, se podría afirmar que esta relación resta fuerza al argumento dominante en España «de que la única forma de conseguir la igualdad es mediante la participación de la mujer en el mercado laboral a tiempo completo y con las interrupciones laborales (permisos de maternidad, excedencias etc.) más cortas posibles» (127).

Admitido esto, deberíamos desarrollar la conciencia de que el gasto social es una inversión en riqueza de prosperidad social y económica futura. En estos momentos tenemos un problema de miopía, al considerar el gasto en política familiar exclusivamente como un gasto, no como una inversión en el futuro (128). Como consecuencia en este país la pobreza tiene una especial incidencia en la infancia (129). En este contexto, es necesario

(124) PLANTENGA, J.; REMERY C.; FIGUEIREDO, H.; SMITH, M., «Towards a European Union ...», *op. cit.*, pág. 32.

(125) Por ejemplo, países como Dinamarca y Suecia dedican el 5% de su PIB en los cuidados universales de menores y personas dependientes.

(126) ESPING-ANDERSEN, Gøsta; PALIER, Bruno, *Los tres grandes retos del estado de bienestar*, Ariel, Barcelona, 2010.

(127) *Vid.* MERINO MURGA, P., «Maternidad y políticas: confusiones...», *op. cit.*

(128) RIVAS VALLEJO, M. P., «Conciliación de la vida ...», *op. cit.*, págs. 253-254.

(129) *Id.*

incentivar la política familiar de largos permisos parentales, como sostén de la protección social, asignatura pendiente en especial en España.

Por ello, consideramos que la perspectiva transversal no debe ser exclusivamente de igualdad de género, sino desde una perspectiva transversal de cuidados en todas las políticas públicas(130). Precisamente, la alta comisionada del Gobierno para el reto demográfico a anunciado lo mismo: «que al igual que se ha hecho con el caso del género, es necesario incorporar el impacto demográfico a todas las políticas públicas» (131).

Si toda la sociedad en su conjunto, valora y reconoce la crianza(132) —al igual que se hace desde hace décadas en centro y norte de Europa—, es seguro que la empresa también se sensibilizará y acabará rompiendo con el mito(133) que rodea a los permisos parentales, aceptando y valorando al trabajador independientemente de su sexo, estado civil o número de hijos. Además, es necesario recordar, que tal y como está la tasa de natalidad en España, si ocurre, solo ocurrirá una o dos veces en la vida del trabajador. No estamos precisamente viviendo una explosión demográfica de nacimientos que demande cuantiosos permisos parentales, sino todo lo contrario. El problema está en que los pocos nacimientos no garantizan el reemplazo(134). Precisamente por eso, debemos escuchar las demandas de las potenciales madres, que son las que finalmente voluntariamente van a decidir tener o no descendencia.

Finalmente, nos gustaría recordar a los *grupos sociales* que critican el criterio comunitario y del Tribunal Constitucional —que ven el logro social de los permisos de maternidad como una amenaza—, que quedan muchos campos donde se puede aplicar la perspectiva de género: por ejemplo, recibir el mismo salario por el mismo trabajo; por ejemplo, es sabido que actualmente las mujeres deben de trabajar cincuenta y dos días más para obtener la misma retribución que el varón(135). Hay mu-

(130) Vid. BADINTER, E., *La mujer y la madre...*, op. cit., pág. 144.

(131) El alta comisionada (Insaura Leal) ha utilizado la palabra demografía en vez de cuidados, pero el mensaje es el mismo, porque que el problema que trata son las medidas para aumentar la baja tasa de natalidad en España (entre ellas la necesidad de más permisos parentales). Vid. MONTAÑÉS, É.; DANIELE, L. «En 40 años de democracia no hemos tenido en cuenta las políticas demográficas», en <http://www.abc.es> (fecha: 16.12.2018).

(132) Vid. VIVAS ESTEVE, E., «¿Quién defiende a las madres?» ..., op. cit.

(133) Vid. RIVAS VALLEJO, M. P., «Conciliación de la vida...», op. cit., pág. 270; vid. MERINO MURGA, P., «Maternidad y políticas: confusiones...», op. cit.

(134) «El primer semestre de 2018 registra el menor número de nacidos desde 1941», <http://www.elpais.com> (fecha: 11.12.2018); «El declive demográfico se acelera en España con una cifra récord de mortalidad», <http://www.elpais.com> (fecha: 20.6.2018).

(135) «Expertos en igualdad abogan por combatir las brechas de género todavía existentes en la actualidad». En <http://www.abc.com> (fecha: 11.12.2018); «Las mujeres necesitan trabajar 52 días más al año para cobrar lo mismo que un hombre», en <http://www.elconfidencial.com> (fecha: 27.9.2018).

chos campos abiertos en los que se puede aplicar la perspectiva transversal de género, por ello no hay razón para obstinarse con los permisos de maternidad. Menos aún en cuanto el resultado perseguido daña a las personas más vulnerables de la sociedad, el recién nacido y su madre. Hay estudios que revelan los nullos(136) o efectos negativos que han tenido la técnica de transversalidad de género sobre las acciones positivas en la Unión Europea(137).

Al *legislador* le pediríamos que, para garantizar el principio de igualdad entre hombres y mujeres, los permisos de maternidad deben ser —al igual que los actuales de paternidad— intransferibles. Con ello eliminaríamos los argumentos que tanta confusión han creado(138). Recordemos que actualmente 10 de las 16 semanas de permiso son transferibles al padre. Aunque menos del 2% de las madres ejerce este derecho, cambia la finalidad del permiso creando agitación social y política. En general, sería conveniente repensar la prioridad de nuestros permisos, para finalmente dejar y ampliar los verdaderamente necesarios y eliminar los superfluos (ej. permiso de matrimonio mencionado con anterioridad).

(136) «At the Commission level, it appears that gender equality has only superficially or temporarily influenced the administrative culture and decision-making processes». Strategic Engagement for Gender Equality 2016-2019, en European Commission Directorate-General for Justice and Consumers, 2015, pág. 7-8, en <https://ec.europa.eu> (fecha: 12.2.2019); *vid.* HAFNER-BURTON, E. M.; POLLACK, M. A., «Mainstreaming Gender...», *op. cit.*; BEVERIDGE, F.; NOTT, S., «Gender Mainstreaming...», *op. cit.*, págs. 109-115.

(137) STRATIGAKI, M., «Gender Mainstreaming vs. Positive Action...», *op. cit.*, págs. 165-186; HUBERT, A.; STRATIGAKI, M., «Twenty Years of EU Gender Mainstreaming...», *op. cit.*, pág. 31.

(138) *Vid.* MERINO MURGA, P., «Maternidad y políticas: confusiones...», *op. cit.*