

Voto Particular que formula la Magistrada doña Maria Luisa Balaguer Callejón a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 4344-2017.

Con el mayor respeto al criterio mayoritario reflejado en la Sentencia a que se refiere el encabezamiento, formulo el presente Voto particular, ejerciendo para ello la facultad prevista en el art. 90.2 LOTC.

1. A mi juicio la Sentencia que resuelve el recurso de amparo planteado por la Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción (PPIINA) y por un padre integrante de la Plataforma, debió ser estimatoria, lo que hubiera exigido, a su vez, el previo planteamiento de una cuestión interna de constitucionalidad (art. 55.2 LOTC). Así parecía reconocerlo implícitamente la providencia de 10 de abril de 2018 cuando, tras el examen sobre la admisibilidad del recurso de amparo, el Tribunal entendió que era una de las causas de especial trascendencia constitucional justificativa de su admisión a trámite [STC 155/2009, FJ 2, e)]. El hecho de que la vulneración del derecho fundamental denunciado, en caso de haberse apreciado, pudiera provenir de la ley aplicable al supuesto concreto, habría requerido este trámite. La cuestión interna habría tenido por objeto el art. 48 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET), en la versión introducida por la disposición adicional decimoprimeras de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y los arts. 133 octies a 133 decies del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por la disposición adicional decimoctava de la referida ley orgánica.

Tales preceptos, en la redacción vigente cuando el recurrente en amparo fue sujeto beneficiario de la suspensión del contrato por causa de su paternidad, preveían una licencia de trece días de duración, denominada “permiso de paternidad”, de titularidad exclusiva del padre, y ampliable en caso de parto múltiple (art. 48 bis TRLET). Quienes recurren en amparo entienden que tal previsión legal, aplicada en sus estrictos términos tanto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, como por el Juzgado de lo Social y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, resulta lesiva del derecho a la igualdad y la interdicción de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), en relación con la garantía de la protección de la familia del art. 39 CE.

El tema que se plantea en este recurso de amparo, por definición, es independiente de la valoración en abstracto de la medida cuestionada, y se centra en valorar si la configuración de dicho permiso, una vez previsto, resulta o no atentatoria de la igualdad constitucionalmente reconocida como derecho fundamental (art. 14 CE), habida cuenta de que la duración del permiso de paternidad (trece días en el supuesto analizado) y la del permiso de maternidad (dieciséis semanas) no son en absoluto coincidentes.

2. Para resolver la controversia el Tribunal se sitúa en un planteamiento que refuerza y actualiza con el reenvío al Derecho de la Unión Europea y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión. Dicho planteamiento se sustenta en el reconocimiento de diferencias biológicas que asocian el embarazo y el parto a las mujeres, y de las que se pueden derivar desventajas en el ámbito de la integración laboral. La superación de tales desventajas exige recurrir a políticas, acciones y disposiciones normativas que protejan la opción por la maternidad de las mujeres trabajadoras, y garanticen que el embarazo, y posterior período de lactancia, no suponga un trato desfavorable en el entorno laboral. La STC 66/2014, que sintetiza esta aproximación a la cuestión, dijo expresamente en su FJ 2 que *“para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de la mujer en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como ‘la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquélla tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)’ (...), y a que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación (...)”*.

Así, el Tribunal entiende que embarazo y lactancia son circunstancias asociadas indefectiblemente a las mujeres, que las perjudican en su dimensión de trabajadoras, y que tal desventaja debe encontrar compensación a través una serie de garantías previstas específicamente para las mujeres. A partir de este razonamiento inicial el Tribunal se pronuncia en numerosas ocasiones sobre la maternidad como elemento definidor de comportamientos de discriminación directa, pudiendo citarse en este sentido las SSTC 173/1994, de 7 de junio, 136/1996, de 23 de

julio, 20/2001, de 29 de enero, 41/2002, de 25 de febrero, 17/2003, de 30 de enero, 98/2003, de 2 de junio, 175/2005, de 4 de julio, 182/2005, de 4 de julio, 324/2006, de 20 de noviembre, 17/2007, de 12 de febrero, 74/2008, de 23 de junio, 92/2008, de 21 de julio, 173/2013, de 10 de octubre, 66/2014, de 5 de mayo, y 162/2016, de 3 de octubre.

3. Este análisis permanece ajeno a una realidad mucho más compleja, que el Tribunal Constitucional no ha llegado a abordar hasta la fecha. El asunto que se resuelve en la Sentencia de la que discrepo, proporcionaba una ocasión excepcional para analizar el impacto negativo que tienen parte de esas medidas garantistas del fenómeno de la maternidad, en el tratamiento igualitario de las mujeres en el marco del mercado laboral.

Con esta Sentencia, el Tribunal ha perdido la ocasión de explicar por qué las medidas de protección de la parentalidad, cuando se asocian exclusivamente o con una naturaleza reforzada a las mujeres, si bien pueden suponer una garantía relativa para quienes ya están en el mercado laboral, sin duda se erigen como una clara barrera de entrada frente a quienes están fuera y un obstáculo a la promoción de quienes están dentro, porque generan un efecto de desincentivo en quien contrata que solo afecta a las mujeres, y que, por tanto, incide en la perpetuación de la discriminación laboral.

Pierde el Tribunal, por tanto, la ocasión de diferenciar, de forma clara, entre los objetivos y finalidades con proyección constitucional asociados a las medidas de protección del hecho biológico de la maternidad –en conexión con los arts. 15 y 43 CE-, y las finalidades, con igual cabida constitucional, asociadas tanto a la garantía de igualdad de trato en el mercado laboral - arts. 14 y 35.1 CE-, como al desarrollo de medidas de conciliación de la vida laboral y personal –art. 18 CE- que deben ser proyectadas, sin ninguna diferencia, a los hombres y a las mujeres que tienen descendencia, a riesgo de convertirse, de no ser así, en medidas generadoras de discriminación indirecta.

4. Las *Directivas 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 esté en periodo de lactancia (modificada por la Directiva 2007/30/CE de 28 de junio de 2007); *2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades

e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; y *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 BUSINESSSEU ROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, son invocadas y aplicadas en la resolución del recurso de amparo, sin calibrar adecuadamente la pluralidad de finalidades que se integran en los permisos de paternidad y de maternidad, tal y como están diseñados en el ordenamiento español.

Las medidas de estricta protección de la maternidad (Directiva 92/85/CEE), entendidas como atención a la situación física asociada al parto, que ni siquiera incluirían la protección de la lactancia [no puede olvidarse la STJUE en el asunto *Roca Álvarez*, de 30 de septiembre de 2010 (C-104/2009)], han de distinguirse de las medidas que buscan asegurar la igualdad de trato en el empleo y la ausencia de discriminación directa e indirecta (Directiva 2006/54/CE), así como de las medidas que procuran asegurar la conciliación de la vida personal y familiar (Directiva 2010/18/UE).

El Tribunal entiende que las dieciséis semanas del permiso de maternidad van exclusivamente destinadas a proteger el hecho biológico de la maternidad, por lo que la finalidad perseguida por el legislador cuando lo regula, es distinta de la que le inspira cuando desarrolla el permiso de paternidad. En este caso, el objetivo sería favorecer la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, justificando esta diferencia la distinta duración de ambos permisos. Pero, a mi juicio, el Tribunal se confunde en la identificación de las finalidades de los permisos, y este error está en la base de un modelo indefectiblemente discriminatorio. Estando de acuerdo con que la naturaleza del “permiso de paternidad” no es, obviamente, la protección de la maternidad entendida como fenómeno biológico exclusivamente vinculado a las mujeres, es preciso reconocer que la finalidad del “permiso de maternidad” no es única.

La configuración actual del mismo, permite ceder una parte importante de su disfrute al padre o al progenitor no gestante, en concreto hasta diez de las dieciséis semanas de suspensión del contrato que prevé el art. 48.2 TRLET. Además, también se prevé la suspensión con reserva de puesto de trabajo, con una duración íntegra de dieciséis semanas, en los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento (art. 48.5 TRLET), permiso que puede disfrutar cualquiera de los dos progenitores en la medida en que no ha existido parto, ni se exige recuperación física alguna. Estas previsiones, referidas inequívocamente al “permiso de

maternidad”, no corroboran la argumentación contenida en la Sentencia. Ni la finalidad exclusiva del permiso de maternidad es la recuperación física de la madre, ni la finalidad del de paternidad es (solo) la conciliación, sino la garantía de la igualdad en el acceso, promoción y desarrollo de la actividad laboral de hombres y mujeres. Y es que no se trata únicamente de asegurar al padre el disfrute de “su” derecho a conciliar la vida laboral y el cuidado de sus hijos, sino de repartir entre el padre y la madre el coste laboral que la decisión de tener descendencia tiene en las personas, de modo tal que dicha decisión impacte por igual, en el sentido que sea (positivo o negativo) tanto en el hombre como en la mujer.

5. La interpretación que formula el Tribunal, y que no deja de traer al centro del análisis el reparto equitativo de las responsabilidades familiares, olvida que no se trata solo de la corresponsabilidad en el ámbito familiar, sino de la repercusión externa que la asunción de responsabilidades familiares tiene en el ámbito laboral. Y la desigual duración de los permisos, en la proporción en que tal desigualdad se prevé en la normativa (trece días frente a dieciséis semanas), resulta injustificada y desincentiva la contratación de mujeres en edad fértil.

La Sentencia ignora que existe un efecto claro de discriminación indirecta de las mujeres, asociado al hecho de la maternidad, que el legislador debiera tratar de erradicar por mandato del art. 9.2 CE. Un Tribunal Constitucional de este siglo debería haber reconocido la necesaria evolución de la realidad social, y profundizado en el análisis de los efectos reales de las medidas de protección que aquí se cuestionan. Ya se reconoció en la STC 128/1987, que *“la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo, o el mantenimiento del que ya tiene”*. Y, si bien las circunstancias han cambiado en treinta años, una generación más tarde sigue existiendo una fractura clara entre hombres y mujeres en el mercado laboral. Esta se traduce, y se visualiza estadísticamente, en las diversas modalidades de contratación -mayor temporalidad en la contratación de mujeres y mayor contratación a tiempo parcial-; en la brecha salarial; en la elección de los perfiles profesionales; o en las dificultades de ascenso a determinados puestos de responsabilidad. Hoy ya no se trata solo de lamentar que la mujer concentre la mayor parte de cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente del cuidado de los hijos, porque sigue haciéndolo a pesar de los avances innegables. Se trata de analizar por qué las medidas desarrolladas para compensar esa realidad social, destinadas fundamentalmente a las mujeres, no logran superar como debieran esa realidad y no aseguran la igualdad real de las mujeres en el

acceso al mundo laboral y su promoción dentro del mismo. Se trata de examinar por qué esas medidas no logran atajar el problema del desigual reparto de los desincentivos entre los hombres y las mujeres.

6. La Sentencia de la mayoría acude con insistencia a la argumentación contenida en la STC 75/2011, de 19 de mayo, perdiendo la ocasión de aclarar dicha doctrina, y actualizarla en consonancia con el mandato contenido en el art. 9.2 CE.

La STC 75/2011 desestimó una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Lleida respecto del entonces vigente art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, poniendo en duda su compatibilidad con el art. 14 CE a la luz de los arts. 39 y 41 CE. En aquel caso, el párrafo cuestionado establecía el régimen de cesión de las semanas no obligatorias de la baja de maternidad (es decir de la semana 7^a a la semana 16^a) por parte de la madre trabajadora al padre trabajador. La cesión implica(ba) necesariamente que la madre fuese beneficiaria de la baja de maternidad cosa que, en el supuesto de hecho, no se daba, porque la madre era Procuradora de los Tribunales y, por tanto, no estaba sujeta al régimen de la Seguridad Social, ni al Estatuto de los Trabajadores. Aquella Sentencia, en varios *obiter dicta* destinados a explicar la evolución de la regulación en materia de protección de la maternidad, definía la finalidad de la baja de maternidad como un instrumento de protección de la salud de la mujer trabajadora, por lo que, en origen, se trataba de un permiso propio u originario de la madre trabajadora que podía ceder en parte al padre. De modo tal que si la madre no generaba el derecho a la suspensión del contrato, no lo podía ceder. Pero, aquella regulación cambió con la Ley de Igualdad, que introdujo el permiso de paternidad en nuestro ordenamiento como permiso autónomo, de modo que hoy la argumentación del Tribunal no debió sujetarse, sin más, a lo que se estableció en la STC 75/2011.

Aquí no se trata de la cesión de la baja por maternidad, sino de si es constitucionalmente razonable, una vez que se prevé la baja por paternidad que entonces no existía, no equipararla temporalmente a la de maternidad, al menos en la parte en que no se reserva al descanso obligatorio de la madre. Se trata, por tanto de un problema distinto, que no se puede resolver remitiéndose al razonamiento de la STC 75/2011. Lo que dice este pronunciamiento es que la baja por maternidad se atribuye en su integridad a la mujer trabajadora, y que como derecho propio puede ser cedido en determinadas circunstancias. Pero deducir de esta afirmación que

justifica la diferencia de regulación entre la suspensión del contrato de la madre y del padre, cuando este último está previsto, no parece razonable, y ello por las razones que han venido exponiéndose en el presente Voto particular.

Para concluir el razonamiento: la diferencia normativamente dispuesta entre los permisos de cuidado de menores recién nacidos atribuida a los hombres y la que se reconoce a las mujeres, está basada en el sexo, es decir en una de las categorías prohibidas contenidas en el art. 14 CE. Analizar si tal diferenciación es constitucionalmente admisible a la luz del art. 14 CE, hubiera exigido que el Tribunal definiera, de modo distinto al que lo hace, cual es la naturaleza “constitucional” de dichos permisos, es decir, cual es el bien protegido, para determinar si la distinción establecida entre hombres y mujeres en el disfrute de los permisos está o no justificada, sometiendo esta evidente diferencia de trato al test de legitimidad, racionalidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Tal análisis, efectuado sobre la base de los razonamientos previos, hubiera debido llevar a la estimación del recurso de amparo, y a la declaración de la inconstitucionalidad de los preceptos legales en cuestión.

7. Por último el Tribunal pierde la ocasión de vincular los permisos que buscan la conciliación personal, familiar y laboral, con el disfrute del derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH), derecho del que son titulares los progenitores pero también, y a mi juicio sobre todo, los niños y las niñas. Los hijos y las hijas, sobre todo, en franjas de edad muy baja, no son responsabilidad preferente de su madre, ni el vínculo con ella merece un mayor grado de protección que el vínculo paternofilial. Esta consideración, implícita en la Sentencia, consolida una división de roles en el cuidado que puede y debe ser revisada, para adaptarla a una visión más actual y coherente con el art. 9.2 CE, de lo que es la igualdad material entre los sexos.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a diecisiete de octubre de dos mil dieciocho.