



# La conciliación de la vida laboral y familiar como causa de discriminación por razón de género y la incentivación de las medidas de corresponsabilidad

por Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano

## El cuidado como estereotipo de género

Si hay un elemento que se mantiene inmutable en todos los momentos históricos y en todos los modelos sociales es la atribución a la mujer de las labores de cuidado de hijos y familiares. Un breve recorrido histórico pone de manifiesto que las mujeres han sido las protagonistas del trabajo en el hogar y que los hombres han sido quienes han asumido el trabajo fuera en el hogar. Lo más llamativo es que esta tendencia no se ha revertido ni siquiera con la masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo. Las estadísticas sobre utilización de los permisos de cuidado permiten constatar cómo son las mujeres las que hacen un uso mayoritario de los permisos de maternidad y de cuidado, las que recurren a formas de trabajo flexible para atender el cuidado de menores y familiares. Y quienes mayoritariamente emplean su tiempo libre en labores de cuidado.

Junto a esta incuestionable constatación cabe apuntar también que la asunción por las mujeres de las labores de cuidado trae consigo una situación de desigualdad de la mujer en el acceso al mercado de trabajo y genera también desigualdad en el disfrute de las condiciones de trabajo. Las mujeres son vistas por el empresario como trabajadores que van a hacer un mayor uso de los permisos de conciliación y que, en consecuencia, pueden dificultar una adecuada organización de la gestión de la empresa. Por otro lado, el uso de los permisos de conciliación provoca interrupciones en la carrera profesional y está en el origen de buena parte de las situaciones de discriminación retributiva y promoción profesional.

Todo lo anterior nos conduce a una primera conclusión: el cuidado de hijos es un estereotipo asociado a la mujer que provoca situaciones de discriminación por razón de género.

## La dimensión constitucional de los derechos conciliación y su vinculación con el derecho a la no discriminación ¿por género o por razones familiares?

La Constitución Española no reconoce expresamente el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, ahora bien, no cabe duda de que la conciliación de la vida laboral y familiar tiene un evidente entronque constitucional, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional en su STC 3/2007, de 15 de enero, en la que expresamente reconoció la vinculación de las medidas para compatibilizar la vida laboral y familiar con el derecho a la no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE y con el principio rector de protección de la familia (art. 39 CE). Reconocido este entronque constitucional la cuestión que de forma cada vez más reiterada se viene planteando es si el ejercicio de los derechos de conciliación constituye una discriminación por razón de género o ha de hablarse con carácter más general de una discriminación por razones familiares. La cuestión se ha planteado como consecuencia de controversias en torno al ejercicio de derechos de conciliación por parte de varones. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión en tres ocasiones, si bien, en ninguna de las tres ha sentado una doctrina clara y segura al

respecto. En la STC 26/2011, de 14 de marzo el Tribunal consideró que la denegación al trabajador de la solicitud de ser asignado al horario nocturno constituía una discriminación por razón de circunstancias familiares. El Tribunal, sin profundizar demasiado, conecta así el ejercicio de los derechos de conciliación del varón con una nueva causa de discriminación relacionada con las circunstancias familiares. En la sentencia 75/2011, el Tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad de la reserva en favor de la madre, siempre que fuera trabajadora por cuenta ajena, del permiso de maternidad de dieciséis semanas, de las cuales, como es sabido, seis son de descanso obligatorio y diez pueden ser cedidas al padre. En este caso el trabajador demandaba el amparo debido a que, al no tener la madre la condición de trabajadora por cuenta ajena, el padre no podía acceder al permiso correspondiente. En este caso, el Tribunal concluye que no existe discriminación ninguna porque el permiso de maternidad tiene por objeto la protección no de la condición femenina sino de la maternidad, su fundamento, dice la sentencia, no se encuentra en la protección de la familia sino de las madres. Tras esta sentencia, se reconoció un permiso específico e individual de paternidad al padre de 13 días, ampliado posteriormente a cinco semanas y que recientemente ha sido objeto de una nueva reforma. Pues bien, al hilo de este reconocimiento se planteó al TC la posible existencia de una discriminación por razón de sexo al limitar el permiso del padre a cuatro semanas y no contemplar una suspensión con las mismas condiciones de duración que la madre. El TC resuelve el caso en su sentencia 111/2018, de 17 de octubre, e insiste en que la finalidad primordial del permiso de maternidad es proteger la salud de la madre y las particulares relaciones de la madre y el hijo durante el puerperio.

No se puede compartir esta interpretación del Tribunal Constitucional. Ciertamente, la previsión de un descanso obligatorio durante las seis semanas siguientes al parto tiene el objeto primordial del permiso de maternidad es proteger la salud de la madre trabajadora, sin embargo, no cabe entender que el resto del permiso se vincule con el hecho biológico de la maternidad. Por otro lado, resulta igualmente cuestionable configurar un nuevo supuesto de discriminación por razones familiares en el ejercicio de los derechos de conciliación por parte del varón. Esta interpretación obvia que el art. 14 CE recoge un listado tasado de causas de discriminación, que responden a motivos especialmente reprochables de discriminación contruidos socialmente a lo largo del tiempo. Más bien parece que estas situaciones deben enfocarse como discriminación por razón de género respecto de la mujer que, al ver como se limitan derechos de conciliación a los varones, ve perpetuarse su situación de discriminación.

### **Los modelos legales de actuación en materia de conciliación.**

Una vez reconocida la importancia constitucional de los derechos de conciliación es el legislador el que debe configurar legalmente la titularidad y ejercicio de estos derechos. Cabe observar una evolución desde un primer modelo, claramente discriminatorio, en la que la mujer era la principal titular de dichos derechos, a un modelo posterior en el que se reconocen derechos indiferenciados pero que tampoco resulta suficiente para impedir situaciones de discriminación porque no impide el que la mujer sea la que con carácter mayoritario recurre a las medidas de conciliación. En los últimos años, se observa una progresiva tendencia a contemplar derechos individuales e intransferibles con el propósito principal de fomentar la corresponsabilidad. Buena muestra de ello, son las medidas recientemente adoptadas en el Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo y también en el ámbito europeo con el acuerdo alcanzado para la reforma de la Directiva 2010/18, de 8 de marzo, sobre permiso parental. La norma europea reconoce un permiso de 10 días para los padres, varones, o segundos cónyuges en caso de parejas homosexuales y un permiso de cuatro meses para el cuidado de hijos de los cuales dos tendrán carácter retribuido y serán intransferibles. Más garantista se muestra la norma española que reconoce un permiso individual por nacimiento y adopción de dieciséis semanas de las cuales seis serán de permiso obligatorio, esta regulación entrará en vigor el 1 de enero de 2020, previéndose un régimen transitorio de aplicación progresiva hasta entonces

### **La aplicación judicial de la “dimensión constitucional” de los derechos de conciliación.**

Los derechos de conciliación reconocidos por el legislador español se pueden agrupar en derechos al descanso remunerado por nacimiento u adopción, derecho a disfrutar de permisos no retribuidos para el cuidado (excedencias) y derechos no remunerados de reducción y adaptación de la jornada, condicionado en este último caso al acuerdo o a lo que disponga la negociación colectiva.

Un ideal deseable sería conseguir ampliar los permisos de carácter retribuido, se trata, sin embargo, de una medida de difícil articulación por sus consecuencias económicas. Por ello, las fórmulas de adaptación y reducción del horario pueden, por el momento, resultar más fáciles de articular por cuanto permiten al trabajador la continuidad en la relación laboral, evitando así los efectos perjudiciales de las interrupciones de la carrera profesional, y permitiendo a su vez una cierta garantía de las necesidades de cuidado. Ahora bien, el problema en este punto se encuentra en la forma en que los tribunales ordinarios vienen aplicando la necesaria ponderación constitucional en la garantía de los derechos de reducción y conciliación. En la práctica judicial se impone al trabajador, normalmente mujer, una prueba completa de todas sus circunstancias familiares, incluyendo la situación laboral del otro progenitor y familiares afines, con el fin de justificar la necesidad del permiso. Convendría reconducir esta aplicación judicial y centrar el debate en analizar si, una vez acreditada la necesidad de cuidado que da lugar al derecho de reducción y adaptación de jornada, existen razones empresariales suficientes que impiden la adopción de la medida de adaptación.

*Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano*

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pública de Navarra