

Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre

Santiago García Campá

*Profesor contratado doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat Jaume I*

Extracto

La Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre, desestima un recurso de amparo tras considerar que la duración inferior del permiso de paternidad (13 días) en comparación con el de maternidad (16 semanas) no resulta contraria a la prohibición de discriminación por razón de sexo (arts. 14 y 39 Constitución española). El tribunal, tras revisar la normativa internacional y europea sobre el permiso de maternidad, así como su Sentencia 75/2011, de 19 de mayo, concluye que no se trata de situaciones comparables, porque el fundamento de cada permiso es distinto: la protección de la salud de la madre y las especiales relaciones con su hijo tras el parto en el caso de la maternidad, y la conciliación de la vida familiar y laboral y el fomento de la corresponsabilidad en el caso de la paternidad. Tampoco la Constitución, ni mucho menos la normativa internacional, obligan a que su duración sea idéntica. La sentencia del Tribunal Constitucional cuenta con un voto particular que, empleando el género como categoría de análisis jurídico, y con un notable fundamento en el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, denuncia el impacto desfavorable que la duración desigual ocasiona en el empleo y la promoción profesional de las trabajadoras, lo que resulta contrario a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y, en consecuencia, debiera haber merecido el amparo constitucional.

Palabras clave: maternidad; paternidad; conciliación de la vida familiar y laboral; corresponsabilidad; género.

Fecha de entrada: 04-02-2019 / Fecha de aceptación: 12-02-2019

Cómo citar: García Campá, S. (2019). Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 433, 1-22.



Raising children without giving birth. Sex and gender as categories of legal analysis in the Judgment of the Spanish Constitutional Court 111/2018, October 17th

Santiago García Campá

Abstract

STC 111/2018, October 17th, dismisses an individual constitutional complaint after considering that the shorter duration of paternity leave (thirteen days) compared to maternity leave (sixteen weeks) is not contrary to the prohibition of discrimination based on reason of sex (arts. 14 and 39 CE). The Court, after reviewing the international and European regulations on maternity leave, as well as its STC 75/2011, May 19th, concludes that these are not comparable situations because the basis of each leave is different: the protection of the mother's health and the special relationships with his son after childbirth in the case of maternity, and the reconciliation of family and work life and the promotion of co-responsibility in the case of paternity. Nor does the Spanish Constitution, let alone international regulations, require that its duration be identical. The STC has a private vote that, using gender as a category of legal analysis, and with a notable foundation in the right to effective equality of women and men, denounces the unfavorable impact that unequal duration causes on employment and promotion of the workers, which is contrary to the equality of opportunities between women and men and, consequently, should have deserved the constitutional protection.

Keywords: maternity; paternity; work-life balance; corresponsability; gender.

Citation: García Campá, S. (2019). Raising children without giving birth. Sex and gender as categories of legal analysis in the Judgment of the Spanish Constitutional Court 111/2018, October 17th. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 433, 1-22.



Sumario

1. Introducción
 2. La duración de las suspensiones por maternidad y paternidad: ¿diferencia o desigualdad?
 - 2.1. Los derechos constitucionales afectados: prohibición de discriminación por razón de sexo, conciliación de la vida personal, familiar y laboral e intimidad familiar
 - 2.2. La duración inferior del permiso de paternidad no es discriminatoria según la Constitución y la normativa internacional y europea aplicables
 - 2.3. La vulneración del derecho a la efectiva igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo según el voto particular
 3. Sexo y género como categorías de análisis jurídico
 4. La exigencia de corresponsabilidad en la Constitución
 5. Suspensión por maternidad y paternidad, conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad
 6. Parir y criar en la STC 111/2018
 7. El nuevo permiso por nacimiento para ambos progenitores regulado en el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo
- Referencias bibliográficas

Héctor se apresuró a dejar el refulgente casco en el suelo, besó y meció en sus manos al hijo amado...

La Iliada. Canto VI. Coloquio entre Héctor y Andrómaca

1. Introducción

El análisis que se desarrolla a continuación tiene como objeto el sexo y el género como categorías de análisis jurídico empleadas en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 111/2018, de 17 de octubre. La resolución del Alto Tribunal estimó que la duración inferior del permiso de paternidad (13 días) en comparación con el permiso de maternidad (16 semanas), de acuerdo con la normativa vigente en 2015, no da lugar a un trato discriminatorio por razón de sexo, en la medida en que cada permiso cuenta con un fundamento diferente, según la normativa internacional, europea y constitucional tomada en consideración. La resolución cuenta con un voto particular que, teniendo en cuenta las desventajas en el acceso al empleo y a la promoción profesional que la duración desigual de los permisos cuestionados acarrea en las mujeres, concluye con la vulneración del artículo 14 de la Constitución española (CE).

En el estudio se abordan, en primer lugar, los derechos constitucionales que se estiman vulnerados por la duración inferior del permiso de paternidad: la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 39 CE) y el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE). Seguidamente, se examinan los fundamentos jurídicos empleados por el tribunal para avalar la notable diferencia entre la duración del permiso de paternidad y de maternidad, teniendo especialmente en cuenta el Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1952), el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966 y la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre, así como su interpretación desde la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 12 de julio de 1984 (asunto C-184/83, Hofmann). La atención se detiene a continuación en la argumentación realizada en el voto particular, que, aplicando el género como categoría de análisis jurídico, considera discriminatoria la duración cuestionada, porque, en definitiva, resulta contraria a la efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso al empleo y a la promoción profesional. En el apartado tercero se muestran las consecuencias de emplear el sexo y el género como categorías de análisis para resolver la cuestión sometida a examen, teniendo especialmente en cuenta las lógicas de la separación y de la jerarquización que convierten la diferencia entre mujeres y hombres (sexo) en una desigualdad perjudicial para estas (género). En el apartado cuarto se afronta el completo silencio sobre la corresponsabilidad –o, mejor dicho, sobre el ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral– en la normativa internacio-

nal, europea y constitucional aplicada, en contraste con su relevancia a la hora de reconocer los permisos de maternidad y paternidad en el [artículo 44 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta disparidad permite apreciar en el apartado quinto, por un lado, las diferencias entre la normativa internacional, la constitucional y la infraconstitucional a la hora de relacionar conciliación, corresponsabilidad e igualdad efectiva de mujeres y hombres; y, por otro, sus limitaciones inherentes, pues ni siquiera la [Ley orgánica 3/2007](#), que creó el permiso de paternidad, permite considerar que su duración deba ser idéntica que la maternidad. Con el objetivo de sintetizar todas las consideraciones efectuadas, en el apartado sexto se cuestiona el bien jurídico protegido por el permiso de maternidad, empleando parir y criar como términos dicotómicos, para llegar a la conclusión de que su confusión en el razonamiento del Tribunal Constitucional (TC), vicario del efectuado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), da como resultado que mujeres y hombres no cuenten con las mismas oportunidades tanto en el cumplimiento de sus obligaciones familiares como en el ejercicio de sus derechos laborales. Finalmente, se muestran los principales contenidos del nuevo permiso por nacimiento, que reemplaza los permisos de maternidad y paternidad, introducido por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo.

2. La duración de las suspensiones por maternidad y paternidad: ¿diferencia o desigualdad?

Un trabajador y la [Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción \(PPIINA\)](#) interpusieron el 8 de septiembre de 2017 recurso de amparo ante el TC contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 30 de junio de 2017, desestimatoria del recurso de duplicación presentado contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 30 de Madrid de 22 de diciembre de 2016, también desestimatoria de la demanda de prestaciones de la Seguridad Social formulada por el trabajador recurrente en amparo contra las resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social que denegaron –por silencio administrativo– su solicitud para obtener una prestación por paternidad con las mismas condiciones que las previstas para la prestación por maternidad, especialmente en su duración, de tal modo que se le aplicara el periodo de referencia de 16 semanas correspondiente a la prestación por maternidad ([art. 48.4 Estatuto de los Trabajadores de 1995 –ET/95–](#) y [arts. 133 bis a quinquies Ley general de la Seguridad Social de 1994 –LGSS/94–](#)) y no el de 13 días correspondiente al permiso de paternidad ([art. 48 bis ET/95](#) y [arts. 133 octies a decies LGSS/94](#)), según la normativa de aplicación en el momento en que se produjo el hecho causante del nacimiento de su hijo (20 de septiembre de 2015)¹.

¹ Debe recordarse que la [Ley 9/2009, de 6 de octubre](#), amplió la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida a 4 semanas ([art. 1](#)), pero su [entrada en vigor](#) fue aplazada año tras año hasta ser efectiva el 1 de enero de 2017, en virtud de la prórroga de los efectos de la Ley de presupuestos para 2016 y, en consecuencia, sin contar con una nueva disposición final en la ley de presupuestos correspondiente que aplazara su efectividad hasta el año siguiente. Para una revisión, Gala (2017).

2.1. Los derechos constitucionales afectados: prohibición de discriminación por razón de sexo, conciliación de la vida personal, familiar y laboral e intimidad familiar

La demanda de amparo invoca, en primer lugar, la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación por razón de sexo ([art. 14 CE](#)), poniéndolo en relación con el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral que, según los actores, se dimana del mandato constitucional de protección de la familia ([art. 39 CE](#)). En síntesis, se alega que la duración legal del permiso de paternidad inferior al de maternidad constituye una diferencia de trato desigual, en tanto carece de justificación razonable y es desproporcionada, que da lugar a una discriminación para los hombres. En segundo lugar, considera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión ([art. 24.1 CE](#)). Los motivos para su infracción son dos: primero, porque las dos sentencias contra las que se recurre en amparo limitaron el derecho a la prueba y, segundo, porque el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid no motivó en su sentencia su rechazo a plantear una cuestión prejudicial al TJUE sobre la compatibilidad de la regulación del permiso por paternidad con el derecho de la Unión. También cita el [artículo 18 de la CE](#), en relación con el artículo 8 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#), en la medida en que la duración desigual de los permisos sería contraria al derecho a la vida privada y familiar del padre, puesto que lo deja en una situación de desventaja con respecto a la madre a la hora de crear un vínculo fuerte y duradero con su hijo ([Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Konstantin Markin c. Russie, asunto 30078/06, de 22 de marzo de 2012](#)²). Sin embargo, esta invocación no fue examinada finalmente porque no había sido previamente formulada en la vía judicial ([arts. 44.1 a\)](#) y [50.1 a\)](#) Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

El letrado de la Administración de la Seguridad Social y el Ministerio Fiscal presentaron sus alegaciones contrarias a la estimación de la demanda.

El primero expresó, desde un punto de vista de mera legalidad, que la petición del trabajador no podía ser concedida de ningún modo porque la legislación aplicable lo impedía, puesto que reconoce una duración exacta de la suspensión por paternidad (13 días, [art. 48 bis ET/95](#)), que, a su vez, determina el contenido de la prestación de la Seguridad Social correspondiente ([art. 133 octies LGSS/94](#)). El estricto cumplimiento de la legalidad vigente, sobre la que no ha existido pronunciamiento de inconstitucionalidad, impide la pretendida vulneración de la Constitución. Sostiene además que el fundamento de cada permiso es distinto: en el primer caso, la protección de la salud de la mujer trabajadora tras el alumbramiento –esto es, una realidad o condición biológica– y, en el segundo, la búsqueda de la corresponsabilidad de hombres y mujeres en el cuidado de los hijos como instrumento de igualdad y no discriminación de las mujeres en el trabajo –esto es, una realidad o condición

² Esta resolución judicial ha sido objeto de comentario por Abril (2012).

sociológica—. Finalmente, recuerda que no existe ninguna normativa europea que obligue a reconocer un permiso de paternidad, mucho menos con igual duración que el de maternidad, y que la [STJUE de 19 de septiembre de 2013 \(asunto C-5/12, Betriu Montull\)](#) consideró conforme al derecho de la Unión que la trabajadora sea la titular del permiso por maternidad, de tal manera que el padre no puede ejercerlo de ninguna forma si la madre no trabaja.

El Ministerio Fiscal rechazó la vulneración de los artículos [24.1](#) y [14](#) de la CE. El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no se ha vulnerado, porque, en primer lugar, la prueba se practicó correctamente, de modo que el recurrente meramente discrepa de la valoración judicial efectuada, y, en segundo lugar, porque el TSJ de Madrid motivó suficientemente, con base en la STJUE ya citada, la innecesariedad de formular la cuestión prejudicial solicitada. El derecho a la igualdad y no discriminación tampoco ha resultado vulnerado: primero, porque las sentencias lo han tenido en cuenta en su fundamentación; segundo, porque una diferencia de trato ante situaciones desiguales, como lo son la maternidad y la paternidad, es constitucionalmente lícita; tercero, a mayor abundamiento, el fundamento es completamente distinto, hasta el punto de no existir siquiera término de comparación: la prestación por maternidad tiene como fundamento la condición biológica de la mujer, el embarazo y el parto, de forma que la protección social persigue compensar las desventajas laborales que se derivan; cuarto, en la misma línea, porque su fundamentación constitucional también es distinta: el [artículo 39.2 de la CE](#) en el caso de la maternidad y el [39.3 de la CE](#) en el caso de la paternidad; quinto, porque en materia de prestaciones de Seguridad Social el legislador dispone de un amplio margen para configurar el sistema, según los recursos disponibles en cada momento; y, finalmente, sexto, porque no existe ninguna obligación constitucional de la que se derive que la duración de ambas prestaciones deba ser idéntica.

2.2. La duración inferior del permiso de paternidad no es discriminatoria según la Constitución y la normativa internacional y europea aplicables

El TC desestima el recurso de amparo. Una vez excluido el examen de la vulneración del [artículo 18 de la CE](#), por los motivos procesales expuestos más arriba (FJ 1.º), aborda, en primer término, el análisis de la vulneración del [artículo 24.1 de la CE](#) y, en segundo lugar, el estudio de la vulneración del [artículo 14 de la CE](#).

Haciendo suyas en buena medida las alegaciones del Ministerio Fiscal, y sin dedicarle excesiva atención, concluye que no se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, por un lado, porque el recurso expresa una discrepancia con la valoración de la prueba efectuada en sede judicial, pero no una infracción de las normas procesales aplicables; y, por otro, porque la STSJ de Madrid sí explicó suficientemente los motivos que hacían innecesario el planteamiento de la cuestión previa ante el TJUE, manifestando que la doctrina derivada del [asunto Betriu Montull](#) permitía considerar la normativa española sobre el permiso de paternidad ajustada a la regulación europea (FJ 1.º).

El TC dedica mucha más atención a fundamentar la constitucionalidad de la duración inferior del permiso de paternidad respecto del de maternidad, esto es, a justificar que esa diferencia no constituye un trato desfavorable contrario al [artículo 14 de la CE](#), que, además, limite el derecho del trabajador a la conciliación de la vida familiar y laboral ([art. 39 CE](#)) (FJ 2.º).

En primer lugar, el TC justifica la tramitación del recurso y su avocación al Pleno en la especial trascendencia constitucional que se desprende de esta cuestión, porque: i) la posible vulneración del derecho constitucional proviene de una ley (arts. [48 bis ET/95](#) y [133 octies a decies LGSS/94](#)) y ii) porque la cuestión a examinar trasciende del caso concreto, ya que plantea una cuestión jurídica relevante y de repercusión general social o económica ([STC 155/2009, de 25 de junio](#), FJ 2.º, g), en cuanto que existe un debate social y político sobre la conveniencia de ampliar el permiso de paternidad, incluso hasta equipararlo con el de maternidad³, y se halla en trámite una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y los cuidadores, que propone incluir un permiso de paternidad con una duración no inferior a 10 días laborables⁴ (FJ 3.º).

El TC acude inmediatamente a la sentencia sobre la que basará buena parte de su argumentación, la [STC 75/2011, de 19 de mayo](#)⁵, de la que recupera los siguientes razonamientos:

³ Cfr. la proposición de ley presentada por Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea relativa a la reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores/as, en casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento ([122/000223, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, 254-1](#)), la registrada por Ciudadanos de conciliación, igualdad y apoyo a las familias ([122/000244, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, 278-1](#)) y la formulada por el Grupo Parlamentario Socialista para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo y la ocupación ([122/000268, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, 306-1](#)).

⁴ 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, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo –COM(2017) 253 final–.

⁵ En lo que nos interesa, en esta resolución, el TC resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social número 1 de Lleida, acerca de la regulación legal que reducía la titularidad del permiso de maternidad a las trabajadoras por cuenta ajena, que podían ceder 10 semanas de su duración al otro progenitor trabajador, mientras que si la madre no era trabajadora por cuenta ajena no podía ser titular del permiso y, en consecuencia, el otro progenitor trabajador no podía ejercer de ninguna manera las 10 semanas referidas, lo que daba lugar a un trato desfavorable que podía ser contrario al [artículo 14 de la CE](#), a los principios rectores de protección de la familia ([art. 39 CE](#)) y a la suficiencia de las prestaciones de la Seguridad Social en caso de necesidad ([art. 41 CE](#)). El TC concluyó que no existía tal infracción constitucional. Primero, porque la atribución del descanso de maternidad a la trabajadora no es discriminatoria para el varón, puesto que la maternidad (embarazo y parto) es una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada del [artículo 39.2 de la CE](#), contra actuaciones empresariales discriminatorias durante su transcurso y contra los perjuicios laborales que puedan derivarse de ella. Y, segundo, porque el TJUE, especialmente en su [Sentencia de 12 de julio de 1984 \(Hofmann\)](#), consideró conforme al derecho de la Unión Europea las legislaciones nacionales que reservan exclusivamente a la madre un periodo de descanso posterior al obligatorio puerperal, en la medida en que se consideran legítimas las finalidades perseguidas con su adopción: proteger la condición biológica de la mujer tras el parto y las especiales relaciones entre la mujer y el niño en el periodo que sigue el embarazo y el parto.

- El permiso de maternidad tiene como finalidad primordial la protección de la salud de la mujer trabajadora durante el embarazo y el puerperio; en cambio, el permiso de paternidad –introducido por el [art. 44.3 Ley orgánica 3/2007](#)– cuenta con una finalidad distinta: favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral y fomentar la corresponsabilidad de los padres en el cuidado de sus hijos –que, por otra parte, coincide con la finalidad perseguida por la [propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo en materia de conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores](#), ya citada– (FJ 5.º).
- La disposición constitucional según la cual los padres deben responsabilizarse en el cuidado de los hijos comunes ([art. 39.3 CE](#)) no obliga a igualar los permisos de paternidad y maternidad, pues no tienen el mismo contenido ni, en consecuencia, su duración debe resultar idéntica. Para justificar esta afirmación, el Alto Tribunal vuelve a acudir al diferente fundamento de cada permiso y a relacionarlo con el apartado correspondiente del [artículo 39 de la CE](#): la protección de las madres en el caso del permiso por maternidad ([art. 39.2 CE](#)) y favorecer la conciliación y fomentar la corresponsabilidad de madres y padres en el caso del permiso por paternidad ([art. 39.3 CE](#)) (FF. JJ. 6.º y 7.º).
- Con base en esta distinción, el TC conecta el fundamento del permiso de maternidad con la normativa europea al respecto, la [Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre](#), y con la jurisprudencia del TJUE que ha examinado su adecuación con la legislación española sobre la materia –en especial, la [Sentencia de 19 de septiembre de 2013 \(Betriu Montull\)](#), con remisión a la [Sentencia de 12 de julio de 1984 \(Hofmann\)](#), entre otras–. La jurisprudencia europea fundamenta el permiso de maternidad en:

[...] la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de este y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo en el periodo que sigue al embarazo y el parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones.

Una protección dirigida a la madre trabajadora que resulta compatible con el artículo 2.3 de la [Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero](#), relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, según la misma jurisprudencia. Y que también encuentra una justificación, en aplicación del [artículo 10.2 de la CE](#), en los convenios internacionales suscritos por España: el artículo 4 del [Convenio 103 de la OIT \(1952\)](#), sobre protección de la maternidad, y el artículo 10.2 del [Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966](#) (FJ 6.º). En cambio –opone el TC–, no existe ninguna norma internacional ni europea que obligue a nuestro país a establecer un permiso por paternidad, de manera que,

si ni siquiera existe el deber de reconocerlo, carece de cualquier justificación demandar que, una vez reconocido, su duración inferior al permiso de maternidad resulte inconstitucional (FJ 7.º).

- Finalmente, tampoco las situaciones protegidas por el permiso de maternidad y el de paternidad son equiparables. En el primer caso, se trata, de nuevo, de la protección de la condición biológica y de la salud de la madre trabajadora, a quien se suspende el contrato de trabajo y se reconoce la prestación de maternidad correspondiente para que no resulte desfavorecida o perjudicada en sus derechos laborales como consecuencia de aquella. Mientras que, en el segundo caso, no se trata de ninguna forma de la protección de la salud del padre, del otro progenitor, sino de una suspensión dirigida a repartir de manera más equilibrada las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos. En consecuencia, si las situaciones que se pretende comparar son diferentes, no puede vulnerarse el derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) porque la duración del permiso de paternidad sea inferior a la del de maternidad (FJ 7.º), sin perjuicio de que el legislador pueda equiparar su duración en el ejercicio de su libertad de configuración del sistema de Seguridad Social (FJ 8.º).

2.3. La vulneración del derecho a la efectiva igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo según el voto particular

El voto particular, pronunciado por la magistrada Balaguer, adopta desde el inicio una perspectiva diferente de enjuiciamiento, que tiene en cuenta no solo las desventajas para las madres trabajadoras que el permiso de maternidad pretende corregir, sino las desventajas en el acceso al empleo y en la promoción profesional que provoca en las mujeres trabajadoras la configuración del permiso de maternidad en comparación con el de paternidad –en particular, su duración– y, en general, las medidas de protección de la parentalidad, tal y como están formuladas legalmente (FJ 1.º). De acuerdo con el voto particular, esta perspectiva debería haberse tenido en cuenta en la medida en que el amparo solicitado, con su examen de la diferente duración de los permisos de paternidad y maternidad, también afecta a la garantía de la igualdad de trato entre mujeres y hombres en el mercado laboral (arts. 14 y 35.1 CE) y al impacto de las medidas de conciliación de la vida personal y laboral para unas y otros (art. 18 CE).

Desde esta óptica, reprocha que el razonamiento jurídico del tribunal haya incurrido en la siguiente reducción: vincular la totalidad de la duración del permiso por maternidad a la finalidad de proteger la salud de la madre que ha dado a luz, cuando, de acuerdo con la configuración del permiso contenida en la legislación laboral y de seguridad social, pueden apreciarse dos finalidades distintas y, por consiguiente, dos fases en la duración del permiso: la primera parte, con 6 semanas de disfrute obligatorio, destinadas a la protección de la salud de la madre y sus especiales relaciones con el neonato; y la segunda, con 10

semanas de ejercicio voluntario, destinadas a la conciliación de la vida familiar y laboral. De manera que, al contar con dos finalidades –con una naturaleza mixta al fin y al cabo–, es posible su comparación con el permiso de paternidad, en la medida en que este también cuenta con una naturaleza mixta: no solo conciliar la vida familiar y laboral, sino también garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso, la promoción y el desarrollo de la actividad laboral (FJ 4.º).

Atendiendo a las finalidades complejas tuteladas, el voto particular aprecia que la duración inferior del permiso de paternidad debe estimarse contraria a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en el reconocimiento de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, así como contraria a la prohibición de discriminación por razón de sexo, pues da lugar a una discriminación indirecta perjudicial para las mujeres en el acceso al empleo y en su promoción profesional, según cierta referencia estadística que el voto particular ofrece en materia de contratación, brecha salarial y segregación horizontal y vertical (FJ 5.º).

El voto particular critica la excesiva sujeción a la [STC 75/2011, de 19 de mayo](#). El motivo principal es que en aquella resolución no se sometía a examen una comparación entre el permiso de paternidad y el de maternidad, pues el primero todavía no existía, sino un análisis sobre la constitucionalidad de los requisitos para ser titular del permiso por maternidad teniendo en cuenta sus efectos en los progenitores que no podían ejercer las 10 semanas transferibles porque la madre no era titular del derecho correspondiente y, por consiguiente, no podía cedérselo (FJ 6.º).

El voto particular termina afirmando que, como la diferencia normativa está basada en el sexo y se trata de una de las categorías sospechosas contenidas en el [artículo 14 de la CE](#), el TC debiera haber identificado correctamente el bien constitucional protegido por los permisos y valorado si su diferente regulación supera el test de legitimidad, racionalidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (FJ 6.º). Finalmente, reprocha la ausencia de cualquier referencia al derecho a la vida familiar enunciado en el artículo 8 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) (1950), cuya titularidad corresponde tanto a los progenitores como a los hijos, de forma que el vínculo maternofilial no merece una mayor protección que el paternofilial, salvo que se asuma, como implícitamente hace la sentencia, que la madre tiene una responsabilidad preferente sobre sus hijos recién nacidos, lo que resulta contrario a la igualdad material de los sexos según el [artículo 9.2 de la CE](#).

3. Sexo y género como categorías de análisis jurídico

Puede afirmarse que la sentencia y el voto particular emplean dos categorías de análisis jurídico que los llevan a formular conclusiones contradictorias: el sexo en el primer caso y el género en el segundo (Balaguer, 2005; Freixes y Sevilla, 2005; Perán, 2014; Mesa de Les Corts, 2014).

Como la STC maneja el sexo como categoría de análisis jurídico, atiende únicamente a la condición biológica de la madre trabajadora, excluyente en consecuencia del varón, y a su necesaria protección frente a tratos desfavorables que pudieran derivarse de ella en el trabajo. Desde esa óptica, que es necesaria para impedir que la trabajadora que ha sido madre sea discriminada, jerarquiza el resto de las finalidades perseguidas por la suspensión contractual, particularmente la conciliación de la vida familiar y laboral, que no constituye su «fin primordial» –en palabras del TC–. Esta perspectiva de análisis también impide abordar cómo la diferente duración de la maternidad y la paternidad afecta a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la promoción profesional, es decir, su impacto en las condiciones materiales para que las mujeres y los hombres ejerciten sus derechos y cumplan con sus obligaciones en términos equiparables. Como tampoco permite apreciar en qué medida las «especiales relaciones entre la mujer y el hijo» que siguen al parto son exclusivas (sexo) y, sobre todo, excluyentes (género) de las que puede entablar el otro progenitor con el recién nacido⁶. En esta sentencia, el TC ha perdido una nueva ocasión para introducir la dimensión de género entre sus argumentaciones (Lousada, 2018).

En cambio, si se emplea el género como categoría de análisis jurídico, tal y como lleva a cabo el voto particular, puede apreciarse mejor que el permiso de maternidad atiende a la condición biológica de la trabajadora que ha dado a luz, de forma que las primeras 6 semanas son de descanso obligatorio para ella por tal motivo, pero también al derecho de conciliación de la vida familiar y laboral –al menos desde la reforma operada por la [Ley 39/1999, de 5 de noviembre](#)–, de manera que la causa de las restantes 10 semanas voluntarias es contener la acumulación de cargas familiares y laborales para ambos progenitores, pues también pueden ser ejercidas por el padre. Con esta categoría de análisis jurídico también se jerarquizan los distintos bienes jurídicos protegidos –protección de la salud, conciliación de vida familiar y laboral y estabilidad en el empleo de las trabajadoras que han sido madres (Garrigues, 2004)–, pero de tal forma que el resultado pasa por garantizar la igualdad efectiva de mujeres y hombres ([art. 1.1 Ley orgánica 3/2007](#)). Con esta óptica también se aprecia con mayor facilidad en qué medida la configuración de los permisos de maternidad y paternidad refuerza la división público/privado y los mandatos de género asociados a cada espacio (Díaz y Dema, 2013), de forma que, si la maternidad no puede dar lugar a ningún tipo de discriminación ([art. 3 Ley orgánica 3/2007](#)), debería concluirse que la produce siempre y cuando su tratamiento legal disminuya las oportunidades de empleo de las mujeres en relación con los hombres (dimensión pública) y, además,

⁶ En cambio, el Tribunal Supremo, con una argumentación completamente contradictoria en este punto, ha reconocido la prestación por maternidad al padre de dos niñas nacidas mediante gestación subrogada, entre otros motivos, para que estén «a su cuidado» y para garantizar su protección como menores (FF. JJ. 9.º 2 y 10.º), omitiendo cualquier referencia al fundamento primordial del permiso por maternidad señalado en la STC analizada. *Cfr.* [Sentencia del Tribunal Supremo 881/2016, de 25 de octubre](#) (con dos votos particulares en contra), y las posteriores [953/2016, de 16 de noviembre](#), y [347/2018, de 22 de marzo](#).

incremente el cumplimiento de sus obligaciones familiares (dimensión privada)⁷. Finalmente, su aplicación al caso enjuiciado permite desvelar que las «especiales relaciones entre la mujer y el hijo» tras el alumbramiento pueden ser exclusivas de la madre, pero no excluyentes de las que pueda entablar el otro progenitor, una separación en la que subyace la atribución de una responsabilidad preferente a la madre en la crianza del recién nacido.

4. La exigencia de corresponsabilidad en la Constitución

Debe reconocerse que ni los tratados internacionales ni las directivas comunitarias, como tampoco la Constitución, obligan a que exista un permiso de paternidad, ni mucho menos con una duración idéntica a la del permiso de maternidad, desde el punto de vista sustantivo. Ni el TC está obligado a aplicar la perspectiva de género como categoría de análisis jurídico, desde el punto de vista metodológico, pues el texto constitucional carece de ella (Ventura, 1999).

En primer término, ni el [Convenio 103 de la OIT](#), ni el [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966](#), citados por el TC, como tampoco la [Carta Social Europea](#) (art. 8) o la [Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (art. 33), obligan a la corresponsabilidad, sino que protegen la maternidad y los derechos de conciliación, pero en ningún caso su ejercicio corresponsable, tal y como sostiene el TC. Lo mismo puede afirmarse de la normativa comunitaria, teniendo en cuenta particularmente la [Directiva 92/85/CEE](#), citada, la [Directiva 2006/54/CE](#) (refundición), sobre igualdad de oportunidades e igualdad de trato, y la [2010/18/UE](#), sobre el permiso parental. Como ha afirmado Ballester (2011, p. 23), la normativa europea no abre ninguna posibilidad de interpretación de la conciliación como corresponsabilidad, incluso en sus avances más recientes (Ballester, 2016).

Tampoco la CE obliga a que la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, como derecho con una evidente dimensión constitucional (arts. 14 y 39 CE) (SSTC [3/2007, de 15 de enero](#), y [26/2011, de 14 de marzo](#)), deba llevarse a cabo de manera corresponsable entre los dos progenitores. El [artículo 14 de la CE](#) no contiene un mandato de completa parificación entre las mujeres y los hombres, si bien los poderes públicos deben promoverla de acuerdo con el [artículo 9.2 de la CE](#) (STC [12/2008, de 29 de enero](#)). Además, la regulación del [artículo 39 de la CE](#) da un trato diferenciado a las madres y los hijos, a quienes reconoce su protección por los poderes públicos ([art. 39.2 CE](#)), y a los padres y los hijos, a quienes se reconoce el deber de prestarles asistencia de todo orden ([art. 39.3 CE](#)).

⁷ Cfr. STJUE de 30 de septiembre de 2010 (asunto C-104/09, Roca Álvarez), STSJ de Canarias de 7 de marzo de 2017 (rec. 1027/2016), y la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional 198/2018, de 18 de diciembre.

Como tampoco la CE obliga expresamente a llevar a cabo su interpretación y aplicación con perspectiva de género, como, en cambio, sí obliga el [artículo 4 de la Ley orgánica 3/2007](#) en el plano legal, pues declara que «la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico [...]» y prescribe que «[...] como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas» (Lousada, 2014)⁸.

Si la corresponsabilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral es una estrategia para garantizar el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres (arts. 1.1 y 44.1 [Ley orgánica 3/2007](#)) (Pérez, 2011), su ausencia en la normativa internacional y europea, así como en el texto constitucional, cuando regulan la suspensión por maternidad y la prohibición de discriminación por tal circunstancia, impide denunciar la existencia de una infracción constitucional con base en aquella. La interpretación del texto constitucional sin perspectiva de género también imposibilita ponderar las consecuencias que la infracción de la corresponsabilidad puede tener en que mujeres y hombres cuenten con las mismas oportunidades tanto en el cumplimiento de las obligaciones familiares, como en el ejercicio de los derechos laborales.

Esta doble circunstancia, sustantiva y metodológica, permite apreciar de nuevo la tensión que subyace entre el contenido que la [Ley orgánica 3/2007](#) dota al derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres ([art. 1.1 Ley orgánica 3/2007](#)) y los límites que se ciernen sobre la prohibición de discriminación por razón de sexo ([art. 14 CE](#)) (García y Ventura, 2018). Igualmente, ayuda a explicar las crecientes demandas de una reforma del texto constitucional con perspectiva de género —«reforma constituyente» se ha llegado a denominar (Ventura, 2016)—, que, con base en la corresponsabilidad, obligue a la equiparación legal de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral para mujeres y hombres, de tal manera que una regulación como la cuestionada deba ser declarada inconstitucional (Gómez, 2017a; Gómez, 2017b; Reche, 2018; Rodríguez, 2017).

5. Suspensión por maternidad y paternidad, conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad

Otro de los puntos de desencuentro que se aprecia en las dos posturas mantenidas en la STC, la mayoritaria y la del voto particular, es el siguiente: cómo armonizar que el fundamento primordial de la suspensión por maternidad sea la protección de la salud de la madre, de acuerdo con la normativa internacional aplicable, concretamente el [Convenio 103](#)

⁸ Cfr. el voto particular al [Auto del TC 119/2018, de 13 de noviembre](#), de nuevo formulado por la magistrada Balaguer, que sí considera aplicable a la interpretación constitucional el [artículo 4 de la Ley orgánica 3/2007](#), en tanto principio informador del ordenamiento jurídico (FJ 3.º).

de la OIT (1952) y la [Directiva 92/85/CEE](#), citados –tal y como argumenta el razonamiento mayoritario–, cuando tal permiso está regulado en el derecho interno, concretamente en el [artículo 44.2 de la Ley orgánica 3/2007](#), dentro del precepto dedicado a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que se inscribe, a su vez, en su [título IV](#), dedicado al derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, y que consiste en la única disposición de su [capítulo II](#), titulado «Igualdad y conciliación» –tal y como subraya la interpretación sostenida en el voto particular–. Adicionalmente, en el segundo caso, el [artículo 44.2 de la Ley orgánica 3/2007](#) enuncia el permiso de maternidad, como hará también con el de paternidad en el apartado 3, tras afirmar en el apartado 1 que los derechos de conciliación se reconocerán «en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares», es decir, que se reconocen los permisos de maternidad y paternidad porque fomentan una asunción equilibrada de las responsabilidades familiares.

La discrepancia evidente entre la fundamentación contenida en la normativa internacional y europea empleada por el razonamiento mayoritario y la manifestada en el texto legislativo de la Ley orgánica 3/2007 en que se apoya el voto particular arroja dos resultados que deben ser advertidos para comprender mejor los términos del debate jurídico que se plantean en este caso:

- El primero es que en el razonamiento del TC sobre esta cuestión cuentan con mayor relevancia los convenios internacionales y las directivas europeas que la normativa interna que regula la suspensión por maternidad ([art. 44 Ley orgánica 3/2007](#)), de acuerdo con el [artículo 10.2 de la CE](#). El problema es que los primeros no establecen ninguna conexión entre maternidad y paternidad con el ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral (Senent y García, 2016), mientras que la segunda lo hace de forma expresa para garantizar la igualdad efectiva de mujeres y hombres, no solo en el trato, sino también en sus oportunidades en el trabajo. Esto es relevante sobre todo cuando existe una fundamentación dispar, o al menos divergente, entre los primeros y la segunda, especialmente cuando esa disparidad da lugar, en el primer caso, a una mera protección contra la discriminación, y, en el segundo, a garantizar que sea efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo.
- El segundo es que la propia regulación efectuada en la Ley orgánica 3/2007 impide admitir las razones esgrimidas por la demanda de amparo en la equiparación de los permisos de maternidad y paternidad. Porque, una vez reconocido el permiso de paternidad, la finalidad de lograr un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares queda satisfecha con una duración marcadamente desigual para cada uno: 16 semanas de maternidad frente a 13 días de paternidad en el caso sometido a amparo. Dicho de otra forma: difícilmente puede estimarse la pretendida infracción constitucional con base en una norma legal, el [artículo 44 de la Ley orgánica 3/2007](#), que, al mismo tiempo que crea el per-

miso por paternidad para incrementar la corresponsabilidad, lo reconoce con una duración notablemente inferior al de maternidad (Molina, 2009). La imposibilidad de llevar el argumento más allá viene dada por la propia Ley orgánica 3/2007, lo que lo hace con más motivo impracticable en el plano constitucional.

6. Parir y criar en la STC 111/2018

Una cuestión particular, pero que sintetiza el análisis desplegado en los epígrafes anteriores, surge con la fundamentación del permiso de maternidad, junto con la protección de la salud de la trabajadora, en «las especiales relaciones de la mujer con su hijo», de acuerdo con la jurisprudencia mantenida por el TJUE desde la [Sentencia de 12 de julio de 1984 \(Hofmann\)](#), seguida, entre otras, por la de [19 de septiembre de 2013 \(Betriu Montull\)](#) o la más reciente de [16 de junio de 2016 \(asunto C-351/14, Rodríguez Sánchez\)](#). Una justificación acogida expresamente tanto en la [STC 75/2011, de 19 de mayo](#), como en la que propicia el presente análisis de actualidad.

Las preguntas que surgen inmediatamente son las siguientes: ¿cuáles son esas «relaciones especiales», qué bien jurídico protegen y cuál es su singularidad con respecto a las que puede entablar el otro progenitor con el recién nacido? ¿Las «especiales relaciones entre la mujer y su hijo» que siguen al parto, y que serían perturbadas por las cargas derivadas del ejercicio simultáneo de una actividad profesional, son una consecuencia directa e inmediata del alumbramiento (sexo) o de la crianza (género)? Y, siguiendo con el mismo razonamiento, si la relación entre el otro progenitor y su hijo tras su nacimiento no es especial, ¿es porque no lo pare (sexo) o porque no lo cría (género)?

Consideramos que el razonamiento del TJUE asumido en la sentencia, con su apelación a las «especiales relaciones entre la madre y el hijo», que en definitiva remiten a la crianza del neonato, lleva a un callejón sin salida: si la maternidad es la que origina las relaciones especiales con el hijo –no su atención, cuidado o crianza–, no pueden ser reconocidas al otro progenitor, porque no pare. Pero tampoco puede entablarlas porque su crianza del recién nacido no está tutelada, pues, a diferencia de la maternidad, su relación no es especial. Dicho de otra forma: si la madre trabajadora entabla unas relaciones especiales con su hijo porque lo alumbra, no porque lo cría, resulta imposible para el otro progenitor entablarlas aunque lo críe, porque no lo alumbra. Lo que se quiere mostrar es la premisa que subyace en este razonamiento: si solo quien da a luz puede entablar esas relaciones especiales, el otro progenitor no podrá entablarlas de ninguna forma, porque ni pare ni tampoco su atención, cuidado o crianza las originan. La consecuencia directa es que el mandato de género no solo queda intacto, sino que resulta reforzado.

Con el razonamiento anterior no se pretende cuestionar en ningún momento que la recuperación de la salud de la mujer trabajadora merece una protección singular (García y Altés, 2018). Lo que se discute es su confusión con las relaciones que se entablan con el

recién nacido, esto es, con su dedicación a la crianza (Ballester, 1994). Es decir, ¿es admisible constitucionalmente que se proteja la relación entre la madre y el hijo como consecuencia del parto y no de la crianza? ¿El otro progenitor no merece la misma protección en la crianza de su hijo? (Molina, 2018).

Si la aspiración es garantizar que se haga efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo, una respuesta satisfactoria a estas preguntas solo puede ser formulada si se emplea el género como categoría de análisis jurídico, tal y como ha desplegado el voto particular.

7. El nuevo permiso por nacimiento para ambos progenitores regulado en el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo

Al cierre de este número ha aparecido publicado el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE del 7). El nuevo texto legislativo, formado por siete artículos, afecta, entre modificaciones y adiciones, nada menos que a cuarenta y nueve preceptos de siete leyes, entre ellas la Ley orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, el ET, el Estatuto básico del empleado público, la Ley general de la Seguridad Social, la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social y la Ley del estatuto del trabajo autónomo.

Su artículo 2, en sus apartados 10, 12 y 18, afecta directamente a este análisis de actualidad. Suprime los permisos de maternidad y paternidad para reemplazarlos por un nuevo permiso por nacimiento para ambos progenitores, mediante la modificación de los artículos 45.1 d) y 48 del ET. Se trata de una reforma reclamada ampliamente por ciertos movimientos sociales, entre los que debe destacarse la contribución de la [PPIINA](#), y por una extensísima literatura jurídico-laboral.

La configuración del permiso por nacimiento cumple con las cuatro «ies» para un ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación: titularidad individual, ejercicio intransferible, duración igual y remuneración íntegra. En efecto, la titularidad del permiso por nacimiento corresponde a la madre biológica y al otro progenitor –«distinto de esta», acota la nueva disposición– de forma individual; su ejercicio no puede transferirse entre ellos, de manera que o se disfruta o se pierde; su duración se equipara tanto de forma general (una duración total de dieciséis semanas) como particular (las seis semanas inmediatamente posteriores al nacimiento son de disfrute obligado para ambos progenitores) (art. 2.12 RDL 6/2019, nuevo art. 48.4 ET); y la retribución íntegra se garantiza mediante una prestación por nacimiento y cuidado de menor –se sobreentiende «menor de doce meses»– equivalente al 100 % de la base reguladora para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes (art. 4.5 RDL 6/2019, nuevo art. 179.1 LGSS).

El hecho causante es el nacimiento, que según la nueva disposición comprende tanto el parto como hecho biológico (sexo) como el cuidado de menor de doce meses (género) (nuevo art. 48.4 ET). Esta diferenciación, que en un primer momento puede parecer innecesaria e, incluso, confusa (pues el cuidado del recién nacido hasta los doce meses no parece que pueda comprenderse dentro del nacimiento, sino tras este), tiene su explicación en los bienes tutelados por el mismo hecho causante en cada titular:

- En el caso de la madre biológica, como el nacimiento es consecuencia del parto, esta circunstancia que le afecta exclusivamente produce la suspensión obligatoria de su contrato de trabajo durante seis semanas ininterrumpidas posteriores al parto, a tiempo completo, teniendo como bien tutelado la protección de su salud.
- En el caso del otro progenitor, y de forma completamente novedosa, el hecho causante también producirá la suspensión de su contrato de trabajo durante las primeras seis semanas, igualmente a jornada completa, pero en este caso apareciendo como justificación la necesidad –de ahí su carácter obligatorio– de cumplir con los deberes de cuidado (hacia el recién nacido, pero puede entenderse que también hacia la madre biológica, en la medida que se trate de cónyuges) que resultan del artículo 68 del Código Civil.
- La tutela de ambos bienes jurídicos es la que permite explicar el mantenimiento del periodo obligatorio de descanso, durante las seis primeras semanas, en caso de fallecimiento del hijo, tras el que la madre o el otro progenitor trabajadores pueden finalizar la suspensión en cualquier momento.

Una vez las seis primeras semanas de la suspensión por nacimiento se han establecido de esta forma (indisponibles, a tiempo completo), las diez semanas restantes cuentan con un carácter voluntario para sus titulares, quienes también pueden optar entre disfrutarlas a jornada completa o parcial, previo acuerdo con el empresario. Su disfrute deberá realizarse obligatoriamente en periodos semanales, pero bien de forma acumulada (continuada, de una sola vez o en un solo bloque), bien de forma separada (interrumpida, varias veces o en distintos bloques). La decisión de ejercerlo de una u otra forma, es decir, en un único periodo o en varios, debe ser comunicada a la empresa con al menos quince días de antelación. La duración se extenderá en una semana más para cada progenitor en caso de discapacidad del recién nacido y por cada bebé adicional, una ampliación que debe acumularse si se cumplen los dos supuestos simultáneamente. Finalmente, solo en el caso de la madre biológica, y atendiendo al hecho del parto, cuatro de estas diez semanas pueden disfrutarse en las correspondientes cuatro semanas previas a la fecha previsible de parto.

Estas diez semanas suspensivas pueden ejercerse tras la finalización de las seis semanas obligatorias tras el nacimiento y hasta que el menor cumpla doce meses, salvo en dos supuestos ya previstos en la normativa ahora derogada: por un lado, parto prematuro y hospitalización tras el parto, en que el inicio puede aplazarse hasta la fecha del alta hospitalaria; y, por otro, las mismas dos circunstancias, pero con falta de peso o debido a algu-

na condición clínica, respectivamente, y siempre que la hospitalización sea superior a siete días, en que la suspensión se ampliará en tantos días como se prolongue la hospitalización, hasta un máximo de trece semanas adicionales.

Se prevé la posibilidad de que, cuando ambos progenitores trabajen para la misma empresa, el empresario pueda limitar su ejercicio simultáneo –se entiende que en el periodo de diez semanas voluntarias, pues el otro es indisponible–, siempre y cuando existan razones fundadas y objetivas que deberán ser debidamente motivadas y comunicadas por escrito.

Esta modificación viene acompañada de la del permiso de lactancia (art. 2.9 RDL 6/2019, nuevo art. 37.4 ET), que pasa a denominarse «para el cuidado del lactante» menor de nueve meses, fundamentado también en el ejercicio corresponsable del derecho a conciliar la vida familiar y laboral, de tal forma que, de nuevo, se configura como un derecho de titularidad individual, de duración igual, de ejercicio intransferible, remunerado en su integridad y, como quinta «i», incentivado cuando su ejercicio es corresponsable: cuando ambos progenitores ejerzan este permiso con la misma duración y régimen, se extenderá su disfrute hasta que lactante cumpla doce meses. En este último periodo se prevé expresamente la reducción proporcional del salario, compensando la pérdida de ingresos en tal caso con una nueva prestación de Seguridad Social introducida por el artículo 4.9 del Real Decreto-Ley 6/2019, denominada «Corresponsabilidad en el cuidado del lactante» (nuevos arts. 183-185 LGSS).

La duración de dieciséis semanas del nuevo permiso por nacimiento no entrará en vigor al día siguiente de la publicación del Real Decreto-Ley 6/2019, esto es, el 8 de marzo, sino que, por un lado, su disposición final segunda. Tres retrasa su entrada en vigor al 1 de abril, y, por otro, su artículo 2.18 introduce una nueva disposición transitoria decimotercera en el ET que prevé su aplicación gradual, de acuerdo con la siguiente periodificación:

- En el caso de la madre biológica, podrá ejercer las dieciséis semanas de suspensión previstas en la nueva redacción del artículo 48.4 del ET desde el 1 de abril –una extensión temporal que ya tenía reconocida con la legislación anterior–. Es decir, su entrada en vigor se demora al 1 de abril, pero a partir de esa fecha se aplica de manera completa.
- En el caso del otro progenitor, la entrada en vigor también se demora hasta el 1 de abril, pero a partir de esa fecha su aplicación será parcial y progresiva, de acuerdo con el siguiente calendario anual de ampliación:
 - Ocho semanas de permiso por nacimiento desde el 1 de abril, de las que las dos primeras deberán ser disfrutadas obligatoria e ininterrumpidamente tras el parto (es decir, de forma simultánea con la madre biológica). La madre también le puede transferir hasta cuatro semanas de las diez correspondientes a su parte voluntaria.

- Doce semanas por nacimiento desde el 1 de enero de 2020, de las que las cuatro primeras se ejercerán tras el parto de forma obligatoria e ininterrumpida. La madre puede transferirle hasta dos semanas de las diez voluntarias a partir de esa misma fecha.
- Dieciséis semanas por nacimiento desde el 1 de enero de 2021, la misma duración que la madre biológica, de las que las seis primeras serán ejercidas obligatoria, simultánea e ininterrumpidamente por cada uno.

Tres reglas especiales deberán aplicarse al permiso por nacimiento durante el periodo transitorio que media desde el 1 de abril de 2019 hasta el 1 de enero de 2021:

- Si la madre biológica fallece, el otro progenitor tendrá derecho a la totalidad de sus dieciséis semanas, fuera esta trabajadora o no.
- Cuando la madre biológica ceda al otro progenitor ciertas semanas de suspensión voluntaria, este seguirá ejerciéndolas aunque la madre esté en situación de incapacidad temporal en el momento previsto para su incorporación al trabajo.
- Cuando la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones en aplicación de las normas que regulan tal actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por las dieciséis semanas de nacimiento, sin que le sea aplicable en tal caso las limitaciones derivadas del régimen transitorio previsto en la disposición transitoria decimotercera del ET.

Debe advertirse que el Real Decreto-Ley tendrá que ser convalidado por la Diputación Permanente –en la medida que el Congreso y el Senado fueron disueltos mediante el Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo– en un plazo de 30 días desde su publicación para mantener su vigencia, pues de otro modo será derogado (art. 86.2 CE).

Referencias bibliográficas

Abril Stoffels, R. de M.^a (2012). La conciliación entre la vida personal, familiar y laboral, la corresponsabilidad en el hogar y la lucha contra los estereotipos: una nueva punta de lanza del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos (Sentencia Konstantin Markin c. Russie, asunto 30078/06, de 22 de marzo de 2012, de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). *Revista General de Derecho Europeo*, 28, 1-15.

- Balaguer Callejón, M.^a L. (2005). *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*. Madrid: Tecnos.
- Ballester Pastor, M.^a A. (1994). *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ballester Pastor, M.^a A. (2011). Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea. En B. Fernández Docampo y J. Cabeza Pereiro (Dirs.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos* (pp. 17-49). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ballester Pastor, M.^a A. (2016). *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díaz Martínez, C. y Dema Moreno, S. (2013). *Género y sociología*. Madrid: Tecnos.
- Freixes Sanjuán, T. y Sevilla Merino, J. (Coords.). (2005). *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Gala Durán, C. (2017). [El permiso por paternidad: un balance tras casi diez años desde su implantación](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 406, 57-94.
- García Campá, S. y Ventura Franch, A. (2018). Hacia una nueva dogmática jurídica del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En A. Ventura Franch y S. García Campá (Eds.), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley orgánica 3/2007* (pp. 51-90). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi.
- García Testal, E. y Altés Tárrega, J. A. (2018). La discriminación por razón de género en relación con los permisos de maternidad y paternidad: la STC 111/2018, de 17 de octubre. *Diario La Ley*, 9.312, 1-11.
- Garrigues Giménez, A. (2004). *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Gómez Fernández, I. (Ed.) (2017a). Revisar el pacto constituyente en perspectiva de género. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 5. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5811433.pdf>> (consultado el 5 de marzo de 2019).
- Gómez Fernández, I. (2017b). *Una Constituyente feminista. ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?* Madrid: Marcial Pons.
- Lousada Arochena, F. (2014). *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lousada Arochena, F. (2018). La integración del principio de igualdad efectiva de mujeres y hombres en la interpretación y aplicación de las normas. En A. Ventura Franch y S. García Campá (Eds.), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley orgánica 3/2007* (pp. 155-183). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi.
- Mesa de Les Corts (Ed.). (2014). *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*. Valencia: Corts Valencianes.
- Molina Navarrete, C. (2009). La «novela» sobre el permiso de paternidad: ¿acaso puede «hacerse el amor de padre» con el «desamor» de la ley? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 321, 47-76.
- Molina Navarrete, C. (2018). El «fin» de la «reconciliación» trabajo/familia como derecho social fundamental ¿«sexuado»? : sin «corresponsabilidad» no hay «paraíso» de igualdad. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 47, 16-34.
- Perán Quesada, S. (2014). *Derecho social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi.

- Pérez del Río, T. (2011). La normativa interna sobre derechos de conciliación: la corresponsabilidad. En B. Fernández Docampo y J. Cabeza Pereiro (Dir.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos* (pp. 51-76). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Reche Tello, N. (2018). *La constitucionalización del derecho fundamental a conciliar la vida personal y laboral*. Granada: Comares.
- Rodríguez Ruiz, B. (2017). *Género y Constitución. Mujeres y varones en el orden constitucional español*. Lisboa: Juruá Editorial.
- Senent Vidal, M.^a J. y García Campá, S. (2016). ¡Mis socios no me dejan conciliar! El derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral en las sociedades cooperativas. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 16 de junio de 2016. *Cooperativismo y Economía Social*, 38, 193-220.
- Ventura Franch, A. (1999). *Las mujeres y la Constitución española de 1978*. Madrid: Instituto de la Mujer.
- Ventura Franch, A. (2016). La reforma constitucional desde una perspectiva de género. En R. Tur Ausina (Dir.), *Poderes públicos y privados ante la regeneración constitucional democrática* (pp. 219-230). Madrid: Dykinson.

