

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia 111/2018, de 17 de octubre de 2018

Pleno

Rec. de amparo núm. 4344/2017

(BOE de 20 de noviembre de 2018)

SUMARIO:

Derecho a la igualdad ante la ley. Permiso de paternidad y su correlativa prestación económica de la Seguridad Social. Duración inferior al de maternidad. *Negativa de las decisiones administrativas y las posteriores resoluciones judiciales a reconocer la equiparación. Pretensión de un padre biológico, trabajador por cuenta ajena (incluido por ello en el Régimen General de la Seguridad Social), a percibir el subsidio por paternidad con la misma extensión y duración que la establecida legalmente para el subsidio por maternidad (dieciséis semanas).* En el supuesto de parto (maternidad biológica), la finalidad primordial que persigue desde siempre el legislador es la protección de la salud de la mujer trabajadora, sin detrimento de sus derechos laborales y de Seguridad Social, mediante la prestación económica por maternidad, la cual atiende a sustituir la pérdida de rentas laborales de la mujer trabajadora durante ese período de descanso. Distinto es el permiso por paternidad y la correlativa prestación de la Seguridad Social, que tienen una finalidad distinta, que no es otra que la de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos. **Juicio de igualdad.** Se debe descartar que la diferencia de trato en cuanto a la duración de los permisos y prestaciones incurra en vulneración del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) pues se trata de situaciones diferentes en la consideración de la finalidad tuitiva perseguida por el legislador, por lo que no concurre siquiera un término de comparación adecuado. La atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la Seguridad Social, a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón. La maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada directamente del artículo 39.2 CE, que se refiere a la protección integral de las madres. Por tanto, las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre. **Voto particular.** Incide en voto en la necesidad de analizar el alcance de las medidas garantistas del fenómeno de la maternidad y su impacto negativo en el tratamiento igualitario de las mujeres en el mercado laboral ya que, 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. Entiende que la diferencia normativamente dispuesta está basada en el sexo, categoría ésta prohibida en el artículo 14 CE, lo cual hubiera debido llevar a la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos en cuestión.

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 9.2, 14 y 39.2.

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 48 bis.

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 133 octies, 133 nonies y 133 decies.

PONENTE:

Don Andrés Ollero Tassara.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Juan José González Rivas, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho y doña María Luisa Balaguer Callejón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4344-2017, promovido por don Ignacio Álvarez Peralta y la asociación «Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPIiNA)», representados por la

Procuradora de los Tribunales doña Ariadna Latorre Blanco y asistidos por la Abogada doña Elena Rodilla Álvarez, contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 30 de junio de 2017, que desestima el recurso de suplicación núm. 423-2017 interpuesto contra la Sentencia de 22 de diciembre de 2016 del Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, dictada en los autos núm. 278-2016, así como frente a las precedentes resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Han intervenido el Letrado de la Administración de la Seguridad Social y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. La Procuradora de los Tribunales doña Ariadna Latorre Blanco, en nombre y representación de don Ignacio Álvarez Peralta y de la asociación «Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPiINA)», interpuso demanda de amparo contra las resoluciones citadas en el encabezamiento, mediante escrito registrado en este Tribunal el 8 de septiembre de 2017.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo, relevantes para la resolución del asunto, son los siguientes:

a) Don Ignacio Álvarez Peralta, que fue padre el 20 de septiembre de 2015, disfrutó de un permiso de paternidad de trece días, en virtud de la legislación vigente a la fecha del hecho causante (art. 48 *bis* del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, precepto introducido por la disposición adicional décima.11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres). Le fue reconocida por resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de Madrid de 6 de octubre de 2015 la prestación de paternidad de trece días por importe del 100% de la base reguladora diaria, conforme a lo dispuesto en la legislación aplicable (art. 133 *octies* a 133 *decies* del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, regulación introducida por la disposición adicional décima.7 de la citada Ley Orgánica 3/2007).

b) El Sr. Álvarez Peralta presentó el 5 de octubre de 2015 una solicitud ante la Dirección Provincial del INSS de Madrid, interesando la ampliación y equiparación de la prestación de paternidad con la prestación por maternidad, tanto en lo que se refiere a las condiciones de disfrute como a su duración (16 semanas), con carácter personal e intransferible. Al no recibir respuesta a su solicitud, formuló el 14 de diciembre de 2015 reclamación previa ante la entidad gestora, que tampoco fue contestada.

Como fundamento de su pretensión invocaba el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación (art. 14 CE). 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 (en adelante LET) y en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS).

c) Con fecha 15 de marzo de 2016 el Sr. Álvarez Peralta y la asociación «Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPiINA)» presentaron demanda contra el INSS, que recayó en el Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, dando lugar a los autos núm. 278-2016. Solicitaron que se dictase sentencia que reconociese el derecho del demandante a la prestación de paternidad en términos equiparables a la de maternidad, por considerar que la diferencia de trato dispensada en cuanto a la duración de ambas prestaciones, basada en una interpretación literal y formalista de la normativa aplicable, suponía para los varones un trato discriminatorio por razón de sexo, lesivo del art. 14 CE. Alegaban también que la equiparación de la prestación de paternidad con la de maternidad se conecta con la conciliación de responsabilidades familiares dimanante del principio de protección de la familia (art. 39 CE). Por último, añadían que la equiparación pretendida es una exigencia del derecho europeo, que prevalece sobre la normativa nacional. Invocaban al efecto los arts. 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea, los arts. 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y la Directiva 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. Proponían por ello el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si el Juzgado no estimase directamente inaplicables los art. 133 *octies* a 133 *decies* LGSS y el art. 48 *bis* LET.

d) El Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid dictó Sentencia desestimatoria el 22 de diciembre de 2016, absolviendo al INSS de las pretensiones deducidas en su contra por los demandantes. Entendió el Juzgado que el diferente régimen jurídico de los permisos de maternidad y paternidad en relación con su duración no contradice las exigencias del principio de igualdad y de no discriminación, a que se refiere la parte demandante como fundamento de su reclamación. Se trata de situaciones jurídicas distintas que justifican el trato desigual fundado en razones objetivas, como son las derivadas del hecho biológico de la maternidad, de conformidad con la jurisprudencia constitucional (entre otras, STC 75/2011, de 19 de mayo). Añade que 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.

e) Contra esa Sentencia los demandantes interpusieron recurso de suplicación (núm. 423-2017), que fue desestimado por Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de junio de 2017, confirmando en su integridad el pronunciamiento de instancia.

3. La demanda de amparo, dirigida contra las referidas sentencias, así como frente a «las decisiones administrativas que las precedieron» (esto es, la desestimación presunta por silencio administrativo de la solicitud inicial de equiparación del permiso de paternidad con el permiso de maternidad y la consecutiva desestimación por silencio de la reclamación previa a la vía judicial), se fundamenta en primer lugar en la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). Igualmente del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, dimanante del principio de protección de la familia (art. 39 CE), conectado con el art. 14 CE. Sostienen los demandantes que la decisión de no conceder el derecho a disfrutar la prestación por permiso de paternidad con la misma duración que la establecida para el permiso por maternidad supone un trato desigual carente de justificación razonable y no proporcionada. Alegan también que la no equiparación de la prestación de paternidad con la de maternidad tiene un impacto negativo sobre la conciliación de la vida familiar y laboral. Asimismo se invoca en la demanda de amparo la infracción del art. 18 CE, sin mayores precisiones.

Alegan también los demandantes de amparo la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Los órganos judiciales habrían incurrido en la vulneración de este derecho por dos motivos. En primer lugar, porque las dos sentencias impugnadas limitan el derecho a la prueba, al no acoger como hechos probados ninguno de los datos fácticos en los que se centró la prueba de la parte demandante en el juicio. Censuran especialmente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por estimar que no justifica debidamente la razón por la que no aceptó la revisión de hechos probados interesada en el recurso de suplicación (en relación con el contenido de la proposición no de ley de permisos iguales e intransferibles). En segundo lugar, porque la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia no argumenta los motivos por los que decide no plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la compatibilidad de la regulación española del permiso de paternidad con el Derecho de la Unión Europea; citan al respecto la Directiva 2006/54/CE y la Sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 2010, *caso Roca Álvarez*.

La demanda justifica la especial trascendencia constitucional del recurso y concluye solicitando que se otorgue el amparo, se acuerde la nulidad de las sentencias recurridas y se restablezca al Sr. Álvarez Peralta en la integridad de su derecho, con el reconocimiento la prestación de paternidad en términos equiparables a la de maternidad.

4. El Pleno del Tribunal Constitucional acordó, por providencia de 10 de abril de 2018, recabar para sí el conocimiento del recurso y admitirlo a trámite, por apreciar que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) por los siguientes motivos:

1º 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)]. 2º 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)]. 3º 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)].

En aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, se acordó requerir atentamente a la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de apelación núm. 423-2017. Asimismo se acordó dirigir atenta comunicación al Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, para que en el mismo plazo remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes a los autos 278-2016 y procediese a emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción de la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudiesen comparecer, si lo desean, en el presente proceso constitucional.

5. Recibidas las actuaciones requeridas de los órganos judiciales y personado el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en la representación del INSS que legalmente ostenta, por diligencia de ordenación de la Secretaria de Justicia del Pleno de 16 de mayo de 2018 se acordó dar vista de las actuaciones del presente recurso de amparo a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el art. 52.1 LOTC.

6. Por escrito registrado en este Tribunal el 11 de junio de 2018, la Procuradora de los Tribunales doña Ariadna Latorre Blanco, en nombre y representación de los demandantes, solicitó que se incorporase a las actuaciones la grabación de la vista celebrada ante el Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, con suspensión del plazo conferido para formular alegaciones en el presente proceso constitucional.

7. Por diligencia de ordenación de la Secretaria de Justicia del Pleno de 12 de junio de 2018 se acordó incorporar a las actuaciones la grabación de la vista remitida por el Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid y poner la misma de manifiesto a las partes, ampliando en cinco días el plazo para efectuar las alegaciones previstas en el art. 52.1 LOTC.

8. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social presentó sus alegaciones ante este Tribunal el 18 de junio de 2018, interesando la denegación del amparo.

Señala en primer lugar que el demandante ha disfrutado de la prestación de paternidad de trece días, reconocida por la Dirección Provincial del INSS de Madrid conforme a lo dispuesto en la legislación aplicable a la fecha del hecho causante (art. 48 *bis* LET y arts. 133 *octies* a 133 *decies* LGSS). La pretensión deducida en la demanda de amparo no puede ser acogida, pues la equiparación de la prestación de paternidad con la de maternidad en orden a su duración exige una modificación de la normativa aplicable por parte del legislador.

En cualquier caso, no concurre la vulneración de derechos constitucionales alegados en la demanda de amparo. La desestimación presunta por el INSS de la petición del demandante de aumentar la duración de su subsidio de paternidad a 16 semanas no infringe ninguno de los preceptos constitucionales cuya vulneración se denuncia, pues la Entidad gestora no podía reconocer una prestación no prevista en la legislación aplicable. Tampoco las resoluciones judiciales que desestiman la pretensión de disfrutar la prestación de paternidad con la misma duración que la prestación de maternidad incurrir en las infracciones constitucionales alegadas. El fundamento de uno y otro permiso es distinto, como resulta de la jurisprudencia constitucional (SSTC 109/1993, de 25 de marzo, 324/2006, de 20 de noviembre, y 75/2011, de 19 de mayo), por lo que no cabe apreciar vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación. El permiso de paternidad y la prestación de seguridad social correspondiente, incorporados a nuestro ordenamiento por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, tienen su origen en las políticas de igualdad y no discriminación de la mujer en el trabajo, buscando la corresponsabilidad de hombres y mujeres en el cuidado de los hijos, para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. El permiso por maternidad y la correspondiente prestación de seguridad social tiene un fundamento distinto, cual es la protección de la salud de la mujer trabajadora en caso de alumbramiento; de ahí el establecimiento de un periodo obligatorio de descanso posparto. La maternidad y por tanto el embarazo y el parto son una realidad biológica diferencial objeto de protección. Por tanto, la fijación de una distinta duración de los permisos de maternidad y de paternidad no supone vulneración alguna del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo; sin perjuicio de que el legislador pueda en el futuro prever una duración idéntica de ambos permisos o, como política de corresponsabilidad de los hombres en la familia, contemplar incluso un permiso de paternidad de superior duración.

Tampoco contradice la regulación española de las prestaciones por maternidad y paternidad el Derecho de la Unión Europea. Ni siquiera existe una normativa europea que exija la creación de un permiso de paternidad. Debe asimismo recordarse que el TJUE, en su Sentencia de 19 de septiembre de 2013, *caso Betriu Montull*, considera no discriminatoria la legislación española que establece la titularidad materna del permiso por maternidad y la diferencia de trato entre la maternidad biológica y adoptiva, con fundamento en la especial protección que merecen las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o se encuentren en periodo de lactancia, pues en todos estos casos las mujeres se hayan en una situación específica de vulnerabilidad especialmente merecedora de protección.

9. La Procuradora de los Tribunales doña Ariadna Latorre Blanco, en nombre y representación de los demandantes, por escrito registrado en este Tribunal el 22 de junio de 2018, presentó sus alegaciones, en las que reiteró las contenidas en la demanda, solicitando el otorgamiento del amparo interesado.

Insisten los demandantes en que las sentencias impugnadas han vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), así como el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, dimanante del principio de protección de la familia (art. 39 CE). Aducen que la concesión de un permiso de paternidad de duración inferior al de maternidad supondría en todo caso una discriminación por razón de género, al estar vinculada al cuidado de los hijos, con independencia del sexo de la persona que lo solicite.

La superación del modelo tradicional de distribución de roles sociales exige fórmulas que favorezcan a través de la corresponsabilidad un reparto equitativo entre hombres y mujeres de las tareas de cuidado y de carácter doméstico, así como un diseño de la conciliación, no solo ni fundamentalmente como una política familiar, sino como política de igualdad.

Añaden que las resoluciones impugnadas lesionan el art. 18 CE, en relación con el art. 39 CE. Sostienen que el art. 18 CE debe interpretarse en relación con el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

(CEDH), que protege la vida privada como esfera autónoma de actuación y desarrollo personal, incluyendo la interacción con otras personas. El derecho que reclama el padre demandante de poder crear un vínculo fuerte y duradero con su hijo, disfrutando de tiempo de cuidado en condiciones equiparadas a las de la madre, formaría parte de su derecho individual al desarrollo de su vida personal y familiar y a hacerlo constituyendo un modelo de relación familiar fuera de los patrones o roles de género tradicionalmente asignados a su sexo.

Reiteran asimismo que las sentencias impugnadas vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por los dos motivos indicados en la demanda de amparo.

Concluyen señalando que este Tribunal debería considerar el planteamiento de una cuestión interna de inconstitucionalidad (art. 55.2 CE), si estima que no es posible realizar una interpretación de la normativa vigente sobre el permiso y la prestación de paternidad en términos respetuosos con los derechos fundamentales invocados, sino que sería precisa su anulación o modificación.

10. El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones ante este Tribunal el 22 de junio de 2018, interesando que se desestime el recurso de amparo.

Señala en primer lugar que la supuesta infracción del art. 18 CE debe quedar fuera del enjuiciamiento de este Tribunal. En la demanda de amparo se cita este precepto constitucional, sin precisar cuál de sus apartados se entiende infringido y sin aportar argumentación alguna sobre esta supuesta vulneración. En todo caso, la infracción del art. 18 CE no fue alegada en la vía judicial, por lo que incurriría bien en óbice de falta de invocación previa [art. 44.1.c) LOTC], bien en óbice de falta de agotamiento de la vía judicial [art. 44.1.a) LOTC].

En cuanto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), considera el Fiscal que esta queja incurre también en óbice de falta de invocación previa en la vía judicial [art. 44.1.c) LOTC], si se entiende imputable a la Sentencia del Juzgado de lo Social, por no haberse denunciado la pretendida vulneración de este derecho en el recurso de suplicación. Si la lesión se considera imputable a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el óbice que concurriría sería el relativo a la falta de agotamiento de la vía judicial [art. 44.1.a) LOTC], por no haber intentado el remedio de la lesión mediante la interposición del incidente de nulidad de actuaciones conforme al art. 241.1 LOPJ.

En cualquier caso, si se rechaza que concurren los indicados óbices respecto de la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), esta queja debería ser desestimada, según el Fiscal. En primer lugar, en lo que se refiere a la supuesta limitación del derecho a la prueba, los demandantes no aducen que les haya sido denegado ningún medio probatorio, sino que discrepan de la valoración de la prueba llevada a cabo por los órganos judiciales. Conforme a reiterada doctrina constitucional, a este Tribunal no le corresponde revisar la valoración de la prueba efectuada por los jueces y tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional (art. 117.3 CE), salvo en caso de arbitrariedad o irrazonabilidad manifiesta, lo que no acontece en el presente supuesto. En segundo lugar, en lo que se refiere a la pretendida falta de motivación de la decisión de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de no plantear cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la compatibilidad de la regulación española del permiso de paternidad con el Derecho de la Unión Europea, tampoco la queja tiene fundamento: la Sentencia de suplicación explica suficientemente, con cita de la Sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2013, *caso Betriu Montull*, por qué concluye que la jurisprudencia del TJUE estima que la normativa española no vulnera la regulación europea.

En cuanto a los restantes motivos del recurso de amparo, considera el Fiscal que debe abordarse conjuntamente el examen de la alegada vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), así como del principio de protección de la familia (art. 39 CE), del que derivaría el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral alegado por los demandantes; si bien este principio rector no es susceptible como tal de recurso de amparo. El demandante de amparo sostiene que la denegación de su solicitud de ampliación de la duración de la prestación por paternidad, hasta las 16 de semanas que corresponden a la prestación de maternidad, se basa en una interpretación formalista de las normas aplicables (art. 133 *octies* y ss. LGSS y art. 48 *bis* LET, en la redacción vigente en momento del nacimiento del hijo, introducida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres); en lugar de una interpretación de esa normativa conforme al contenido esencial de los derechos fundamentales.

Tras reproducir los preceptos legales aplicables, referidos a los permisos y prestaciones de maternidad y paternidad, advierte el Fiscal que, conforme a esa regulación, a los padres no se les reconoce el derecho a un permiso y una prestación iguales a los de maternidad, sino el derecho a un permiso y una prestación por paternidad en los términos previstos en la normativa laboral y de seguridad social. Las normas legales aplicables son pues muy claras; no presentan ninguna duda interpretativa. Las sentencias impugnadas no han obviado en su análisis los derechos en juego: su lectura evidencia que han analizado la posible afectación del derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), así como del mandato de protección de la familia (art. 39 CE), del que derivaría el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, teniendo asimismo en cuenta la normativa y la jurisprudencia de la Unión Europea. La sentencia recaída en suplicación hace además expresa referencia a la STC 75/2011, de 19 de mayo, cuya doctrina considera el Fiscal aplicable a este caso, en cuanto advierte que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de

configuración del sistema de seguridad social y en apreciación de las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento, pueda atribuir al padre trabajador, si lo estima oportuno (como en efecto lo ha hecho, mediante la reforma introducida por la disposición adicional undécima de la Ley Orgánica 3/2007, con el propósito de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares), el derecho a suspender el contrato de trabajo con reserva de puesto y al correspondiente subsidio de seguridad social, «sin que ello signifique que la opción legislativa precedente, vigente a la fecha de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, que no contemplaba la atribución de este derecho al padre trabajador, sea por ello inconstitucional» (STC 75/2011, FJ 8).

Sostiene asimismo el Fiscal que, conforme a la jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la igualdad ante la ley, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica; de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello. Sería además necesario, para que fuera constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En aplicación de esta jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha venido estableciendo una doctrina concreta en materia de normas sociales de protección de la mujer trabajadora, según la cual no puede afirmarse genéricamente que cualquier ventaja legal otorgada a la mujer sea siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle partícipe de la misma. Puede hallarse la justificación de tal diferencia de trato en una situación de desventaja de la mujer que se trata de compensar (así, entre otras, STC 109/1993, de 25 de marzo, en relación con el permiso para la lactancia, cuya doctrina se confirma en las SSTC 66/2014, de 3 de junio, y 162/2016, de 3 de octubre).

Por otra parte, en materia de prestaciones de seguridad social es asimismo doctrina constitucional consolidada la que afirma que el legislador dispone de un amplio margen para la configuración del sistema, en función de los recursos disponibles para atender las necesidades sociales (así, SSTC 197/2003, de 30 de octubre, 75/2011, de 19 de mayo, y 41/2013, de 14 de febrero).

De acuerdo con la referida doctrina constitucional, estima el Fiscal que no puede apreciarse en el presente asunto la pretendida vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) que alega el demandante, por el hecho de no haberle sido reconocida su pretensión de disfrutar su prestación de paternidad con la misma duración de la prestación de maternidad. No existe siquiera término válido de comparación: el fundamento de la prestación por maternidad radica en la condición biológica de la mujer, por el embarazo y el parto, y en las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a consecuencia del hecho de la maternidad; desventajas que precisamente la protección laboral y de seguridad social pretenden compensar, como lo confirma la jurisprudencia de este Tribunal (STC 75/2011, cuya doctrina reiteran las SSTC 78/2011, de 6 de junio, y 152/2011, de 29 de septiembre). En cualquier caso, esa diferencia de trato en cuanto a las prestaciones por maternidad y paternidad está plenamente justificada por esas mismas razones; sin perjuicio de que el legislador, en base a su amplio margen de libertad al configurar el sistema de la seguridad social, pueda establecer la igualdad de las prestaciones, o un acercamiento entre las prestaciones por maternidad y de paternidad, si lo considera oportuno.

Descarta asimismo el Fiscal la pretendida infracción del mandato del art. 39 CE, en relación con el art. 14 CE, que alegan los demandantes de amparo. El fundamento de los permisos y las prestaciones de maternidad y de paternidad, en relación con el art. 39 CE, también es diferente: el permiso y la prestación de maternidad se basan en el art. 39.2 CE, que se refiere a «la protección integral de las madres»; pues es la maternidad la que, como circunstancia unida a las mujeres y solo a ellas, provoca una situación de discriminación profesional (STC 162/2016, de 15 de noviembre, FJ 7). Por su parte, el fundamento constitucional del permiso y la prestación de paternidad se encuentra en el art. 39.1 CE, esto es, la protección de la familia (que incluye a los padres, a las madres, a los hijos y también a otros parientes, como los abuelos); lo que lleva de nuevo al Fiscal a concluir que no existe una obligación constitucionalmente establecida de que la duración de ambas prestaciones de la seguridad social sea idéntica, lo que no impide que el legislador pueda establecerlo así, si lo tiene por conveniente.

11. Mediante providencia de 16 de octubre de 2018, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 17 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra las resoluciones judiciales reseñadas en el encabezamiento, así como frente a las «decisiones administrativas que las precedieron»: la desestimación presunta por silencio administrativo de la solicitud inicial de equiparación del permiso de paternidad con el permiso

de maternidad y la consecutiva desestimación por silencio de la reclamación previa a la vía judicial, a las que los recurrentes imputan la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y del mandato a los poderes públicos de protección de la familia, consagrado en el art. 39 CE; si bien esta pretendida vulneración queda fuera de nuestro escrutinio, por no ser susceptible de amparo constitucional tal mandato (arts. 53.2 CE y art. 41.1 LOTC). También se invoca en la demanda de amparo la infracción del art. 18 CE, sin mayor detalle y sin soporte argumental, lo que es razón suficiente para descartarla (por todas, SSTC 45/1984, de 27 de marzo, FJ 3; 52/1999, de 12 de abril, FJ 4; y 143/2003, de 14 de julio, FJ 2). A ello cabe añadir, en consonancia con lo advertido por el Ministerio Fiscal, que la supuesta vulneración del art. 18 CE no fue denunciada en la vía judicial, por lo que resulta en todo caso inadmisibles de conformidad con el art. 44.1.a) LOTC, en relación con el art. 50.1.a) LOTC.

Asimismo denuncian los demandantes sendas lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), imputables a los órganos judiciales. La primera se refiere a la supuesta limitación del derecho a la prueba; la segunda se ciñe a la pretendida falta de motivación de la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid para no plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la compatibilidad de la regulación española del permiso de paternidad con el Derecho de la Unión Europea. Ambas quejas pueden ser descartadas sin mayor dificultad, a la vista del contenido de las actuaciones y las sentencias impugnadas.

Por lo que se refiere a la supuesta limitación del derecho a la prueba, en realidad esta queja encubre la mera discrepancia de los demandantes con la valoración de la prueba llevada a cabo por los órganos judiciales, en el legítimo ejercicio de su función jurisdiccional exclusiva (art. 117.3 CE). Tampoco tiene fundamento la queja referida a la pretendida falta de motivación de la decisión de no plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, sobre la compatibilidad de la regulación española del permiso de paternidad con el Derecho de la Unión Europea, pues la sentencia de suplicación explica suficientemente, con cita de la Sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2013, C-5/12, *caso Betriu Montull*, las razones que justifican esa decisión judicial: la jurisprudencia del TJUE descarta que la normativa española entre en contradicción con la regulación europea.

2. Queda así acotado el objeto del presente recurso de amparo a determinar si las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas han vulnerado el derecho de los demandantes a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). Consideran los demandantes de amparo que esa vulneración constitucional se habría producido en la medida en que la decisión administrativa -confirmada en vía judicial- de no conceder al Sr. Álvarez Peralta el derecho a disfrutar la prestación de seguridad social por paternidad tras el nacimiento de su hijo, con la misma duración que la establecida para el permiso por maternidad, supone un trato desigual carente de justificación razonable y proporcionada, que además tendría un impacto negativo sobre la conciliación de la vida familiar y laboral.

El Letrado de la Administración de la Seguridad Social y el Ministerio Fiscal niegan que las resoluciones impugnadas hayan incurrido en infracción alguna del art. 14 CE, por lo que interesan que se deniegue el amparo.

3. Aunque nadie ha puesto en duda la especial trascendencia constitucional de este recurso, exigencias de certeza y buena administración de justicia (STEDH de 20 de enero de 2015, asunto Arribas Antón contra España, § 46) obligan a explicitar el cumplimiento del mismo, a fin de hacer así reconocibles los criterios empleados al efecto por este Tribunal. Debe recordarse en este sentido que decidimos admitir este recurso de amparo (providencia de 10 de abril de 2018) al apreciar que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) por diversos motivos: i) 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)]; ii) porque la 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)]; iii) porque el asunto suscitado trasciende del caso concreto en cuanto plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica [STC 155/2009, FJ 2, g)].

En efecto, conviene tener en cuenta que es un hecho incontrovertido que el demandante de amparo disfrutó del permiso laboral por paternidad (suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto) durante trece días y percibió la correspondiente prestación económica de la seguridad social con motivo del nacimiento de su hijo el 20 de septiembre de 2015, en virtud de la legislación vigente a la fecha del hecho causante, que las resoluciones impugnadas se limitan a aplicar en sus propios términos. Esa regulación, introducida por la disposición adicional decimoprimeras de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (precepto con rango de ley ordinaria, conforme a la disposición final segunda de dicha Ley) era el art. 48 *bis* del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y los arts. 133 *octies* a 133 *decies* del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Es notorio asimismo que existe un prolongado debate social y político sobre la conveniencia de ampliar la duración del permiso por paternidad (y la prestación de la seguridad social correspondiente), incluso hasta su

equiparación con el permiso por maternidad. Este tiene una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, debiendo en todo caso respetarse el periodo de descanso obligatorio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto. En este sentido cabe señalar que ya la Ley 9/2009, de 6 de octubre, preveía la ampliación de la duración del permiso por paternidad a cuatro semanas, a partir del 1 de enero de 2011; si bien la vigencia de esta norma fue repetidamente aplazada por las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, entrando finalmente en vigor el 1 de enero de 2017, en virtud de la disposición final undécima de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016. Es esta duración del permiso por paternidad de cuatro semanas la que se incorpora al art. 48.7 del actual texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre (en adelante LET). Este precepto fue modificado por la disposición final trigésima octava de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018, que amplió a cinco semanas la duración del permiso por paternidad, durante el cual se percibe el correlativo subsidio de paternidad, actualmente regulado en los arts. 183 a 185 del vigente texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante, LGSS). Se encuentra asimismo en tramitación parlamentaria una proposición de ley que pretende la equiparación plena de los permisos de maternidad y paternidad.

Por otra parte cabe señalar que no existen en la actualidad normas mínimas para el permiso de paternidad en el marco de la Unión Europea, 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). Se entiende que la introducción del permiso de paternidad debería contribuir a fomentar un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, permitiendo de este modo que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos.

No cabe pues negar que el asunto suscitado en el presente recurso de amparo (la diferente duración de los permisos por maternidad y paternidad, conforme a la regulación aplicable) plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica. Tampoco que la vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) que denuncian los demandantes, de existir, no sería directamente imputable a las resoluciones judiciales impugnadas, sino que provendría de la regulación legal que establece una duración del permiso por paternidad inferior a la del permiso por maternidad.

4. Como ha quedado señalado, en el recurso de amparo se afirma que la decisión del Instituto Nacional de la Seguridad Social -confirmada en la vía judicial- de no conceder al demandante el derecho a disfrutar la prestación económica por paternidad con la misma duración que la establecida para el permiso por maternidad -dieciséis semanas- supone un trato desigual carente de justificación razonable y proporcionada, que lesiona en consecuencia el derecho garantizado por el art. 14 CE. Se sostiene en tal sentido que los órganos judiciales no habrían realizado un correcto juicio de proporcionalidad; no habrían tenido en cuenta que la equiparación de la duración del permiso por paternidad con el permiso por maternidad es idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto; pues sería beneficiosa también para la salud de las madres, favorecería la corresponsabilidad de la pareja en el cuidado de los hijos y tendría un impacto positivo sobre la conciliación de la vida familiar y laboral.

Conviene sin embargo advertir que el enfoque de la demanda de amparo no puede ser compartido en los términos en que se formula, pues en este caso, dados los términos inequívocos de la legislación aplicable, no cabe reprochar a los órganos judiciales que no hayan aplicado el correspondiente juicio de proporcionalidad cuando se trata de analizar una medida restrictiva de un derecho fundamental. En realidad, el planteamiento de la demanda de amparo encubre la inadmisibles pretensión de que los órganos judiciales -y antes la entidad gestora de la seguridad social- hubieran dejado de aplicar las normas legales vigentes a la fecha del hecho causante, que establecían un permiso de paternidad de trece días y la correlativa prestación económica de la seguridad social. Los órganos judiciales no albergaban dudas sobre la constitucionalidad de esa regulación legal: de otro modo resultaba obligado plantear cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal, de conformidad con los arts. 163 CE y 35 LOTC. Su aplicación al caso determinaba inevitablemente la desestimación de la pretensión del demandante.

El problema reside por tanto en dilucidar si esa normativa, aplicada en las resoluciones impugnadas en amparo, puede considerarse conforme al derecho fundamental garantizado por el art. 14 CE, como han entendido los órganos judiciales intervinientes. Para resolver este problema deberá tenerse en cuenta que este Tribunal tiene declarado -desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del TEDH- que el principio de igualdad no exige en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello. Sería además necesario, para que fuera constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las

consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida; de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; y 41/2013, de 14 de febrero, FJ 6, entre otras muchas).

Habremos pues de examinar si las situaciones que se traen a comparación en el presente recurso de amparo pueden considerarse iguales y, en caso de que así sea, si la diferente duración de los permisos por maternidad y paternidad (y de las correlativas prestaciones económicas de la seguridad social) que establece la legislación aplicable tiene una justificación objetiva, razonable y proporcionada.

5. El presente recurso de amparo trae causa de un proceso especial en materia de seguridad social en el que se discute, como ha quedado expuesto, el pretendido derecho de un padre biológico, trabajador por cuenta ajena (incluido por ello en el régimen general de la seguridad social), a percibir el subsidio por paternidad con la misma extensión y duración que la establecida legalmente para el subsidio por maternidad (dieciséis semanas).

Como este Tribunal tuvo ocasión de recordar en su STC 75/2011, de 19 de mayo, FJ 3, en el supuesto de parto («maternidad biológica»), la «finalidad primordial» que persigue desde siempre el legislador es «la protección de la salud de la mujer trabajadora». O, dicho de otro modo, el legislador ha juzgado como situación merecedora de protección en materia laboral y por el régimen público de la seguridad social el supuesto de parto, «en el que la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de la legislación laboral pretende preservar la salud de la trabajadora embarazada sin detrimento de sus derechos laborales, y la prestación económica por maternidad de la seguridad social atiende a sustituir la pérdida de rentas laborales de la mujer trabajadora durante ese periodo de descanso (obligatorio como mínimo en las seis semanas inmediatamente siguientes al parto):.

Por otra parte -como también señaló la STC 75/2011, FJ 4-, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, introdujo (con rango de ley ordinaria) nuevas reglas en cuanto al derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad y creó el permiso por paternidad «de trece días de duración ininterrumpidos, ampliable en caso de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo o hija a partir del segundo». Se trata de «un derecho individual y exclusivo del padre en el supuesto de parto», «independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad regulados en el art. 48.4 LET»; «constituye la medida más innovadora de la Ley Orgánica 3/2007 para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, según establece su propia exposición de motivos». Correlativamente, la disposición adicional decimoctava de esta Ley -precepto con rango de ley ordinaria, asimismo de conformidad con su disposición final segunda- también introdujo modificaciones en la regulación de las prestaciones de seguridad social, siendo «la principal novedad» -prosigue la STC 75/2011, FJ 4- «la creación de la nueva prestación económica por paternidad (arts. 133 *octies* y ss. LGSS), a la que tiene derecho el padre trabajador durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por permiso de paternidad».

Fácilmente se desprende de lo razonado en la STC 75/2011, FFJJ 3 y 4, que la finalidad que persigue el legislador en la protección laboral y de seguridad social dispensada en el supuesto de parto es diferente en atención a que se trate de la madre o del padre.

En el caso de la madre, la «finalidad primordial» que persigue desde siempre el legislador al establecer el descanso por maternidad y el correspondiente subsidio económico de la seguridad social es la protección de la salud de la mujer trabajadora, durante el embarazo, parto y puerperio. Este descanso es obligatorio como mínimo en las seis semanas inmediatamente siguientes al alumbramiento; por eso el legislador, cuando permite a la madre ceder al padre, cuando ambos trabajen una parte determinada de su periodo de descanso por maternidad, excluye en todo caso la parte de descanso obligatorio posparto, que resulta así indisponible para la madre.

Distinto es el permiso por paternidad y la correlativa prestación de la seguridad social que se reconocen en nuestro ordenamiento social a partir de 2007 a los padres; inicialmente con una duración de trece días, que fue la disfrutada por el recurrente en amparo, y sucesivamente ampliada a cuatro semanas y luego a cinco semanas. Tienen, como es obvio, una finalidad distinta, que no es otra que la de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos. No es ocioso recordar que ya en la STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 9, este Tribunal advirtió que la colaboración en el cuidado de los hijos comunes (art. 39.3 CE) incumbe a ambos progenitores, lo que convertiría en inadmisibles una posición que partiese «de la dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas y de la exclusión absoluta del hombre de las mismas».

En el mismo sentido, valga señalar que, 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 (2017/0085) pretende introducir el permiso de paternidad -durante un periodo que no debe ser inferior a diez días laborables-. Su objeto es 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, según señala su exposición de motivos.

6. Ahora bien, de la premisa indiscutible de que los progenitores deben corresponsabilizarse en el cuidado de los hijos comunes, conforme exige el art. 39.3 CE, no se sigue la conclusión, en contra de lo que se pretende

en la demanda de amparo, de que los permisos laborales en caso de parto, y las correlativas prestaciones económicas de la seguridad social, deban tener el mismo contenido, ni por tanto que la diferente duración de los permisos por maternidad y por paternidad lesione el derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el art. 14 CE.

Como ya afirmara este Tribunal en la STC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 4, «la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre». En sentido similar, con referencia al Derecho de la Unión Europea, la STC 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 6, afirma que «la baja de maternidad está íntimamente relacionada con la condición femenina de la trabajadora. Su principal fundamento no está en la protección a la familia, sino en la de las madres. Como dice el considerando decimocuarto de la Directiva 92/85/CEE, la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, hace necesario un derecho a un permiso de maternidad». La finalidad primordial de este permiso (y de la correspondiente prestación económica de la seguridad social), como asevera la citada STC 75/2011, FJ 3, es la de preservar la salud de la trabajadora embarazada sin detrimento de sus derechos laborales.

Este entendimiento del permiso de maternidad en la doctrina constitucional es coincidente con el que resulta de la jurisprudencia del TJUE, traída a colación por las partes en el proceso *a quo*. En efecto, según la jurisprudencia del TJUE, «la trabajadora que haya dado a luz o en período de lactancia se encuentra en una situación específica de vulnerabilidad que requiere que se le conceda un permiso de maternidad», debiendo considerarse tal permiso a favor de las trabajadoras embarazadas como «un medio de protección del Derecho social que reviste particular importancia»; al tener «por objeto, por una parte, 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 durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones» (Sentencia de 19 de septiembre de 2013, *caso Betriu Montull*, C-5/12, apartados 48-50, con cita a su vez de las Sentencias de 12 de julio de 1984, *caso Hofmann*, 184/83, apartado 25; de 27 de octubre de 1998, *caso Boyle y otros*, C-411/96, apartado 40; y de 20 de septiembre de 2007, *caso Kiiski*, C-116/06, apartados 46 y 49).

Recuerda al respecto el TJUE que el art. 8 de 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 la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, establece que los Estados miembros tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para que las trabajadoras disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes o después del parto, debiendo incluir un permiso obligatorio de dos semanas como mínimo (Sentencia *Betriu Montull*, cit., apartados 52-55). La legislación española supera estas disposiciones mínimas.

Asimismo ha declarado reiteradamente el TJUE en relación con la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, 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, que, «al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a garantizar la protección del embarazo y a la maternidad, el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra» (Sentencia *Betriu Montull*, cit., apartados 60-62, con cita a su vez de la Sentencia *Hofmann*, apartado 2, y de la Sentencia de 30 de septiembre de 2010, *caso Roca Álvarez*, C-104/09, apartado 27, por todas).

Los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos, a los que se refiere el art. 10.2 CE, constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce (por todas, SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, y 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3, así como DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6). Corroboran que los Estados parte tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas disfruten de un permiso de maternidad, en aras de la protección de la salud de la mujer durante su embarazo, parto y puerperio.

El Convenio núm. 103 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1952, sobre la protección de la maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965, determina en su art. 3 que toda mujer trabajadora embarazada tiene derecho a un descanso por maternidad, cuya duración mínima será de doce semanas, de las cuales al menos seis deberán ser disfrutadas por la madre «obligatoriamente después del parto». Ese periodo de descanso será retribuido mediante prestaciones «concedidas en virtud de un sistema de seguro social obligatorio o con cargo a los fondos públicos» (art. 4).

Por su parte el art.10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por España el 30 de abril de 1977, establece que «se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social».

7. Teniendo en cuenta lo expuesto, es pertinente recordar que lo propio del juicio de igualdad, como ha dicho este Tribunal, es su carácter relacional. Por ello requiere como presupuesto obligado que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas. Por otra parte, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables. Solo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia de trato que se discute (entre otras muchas, SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 181/2000, de 29 de junio, FJ 10; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5; 125/2003, de 19 de junio, FJ 4; y 75/2011, FJ 6).

De ahí la diferencia de trato entre hombres y mujeres -padres y madres- que establece la legislación laboral y de seguridad social, tanto la aplicada en su día al recurrente en amparo, como la actualmente vigente, en relación con los permisos de maternidad y de paternidad en el supuesto de parto: derecho a suspender el contrato de trabajo y a percibir los correspondientes subsidios de la seguridad social. Debemos descartar que esa diferencia de trato en cuanto a la duración de los permisos y prestaciones incurra en vulneración del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) pues se trata de situaciones diferentes en la consideración de la finalidad tuitiva perseguida por el legislador, por lo que no concurre siquiera un término de comparación adecuado.

En el supuesto de parto la finalidad primordial perseguida por el legislador le ha llevado a establecer el derecho de la mujer trabajadora a suspender su contrato con reserva de puesto de trabajo durante dieciséis semanas ininterrumpidas, o el periodo superior que proceda en caso de parto múltiple, de las cuales al menos seis habrán de ser obligatoriamente disfrutadas después del parto. Igualmente, la correspondiente prestación por maternidad de la seguridad social tiene como finalidad preservar la salud de la mujer ante un hecho biológico singular, considerando que una reincorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo tras el alumbramiento puede ser perjudicial para su completa recuperación; lo que hace compatible esa protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora con la conservación de sus derechos laborales. Se trata pues de una exigencia, derivada del art. 39.2 CE, de preservar la salud de la mujer trabajadora durante su embarazo y después de este y, por otra parte, de proteger las particulares relaciones entre la madre y su hijo durante el período de puerperio, como también ha señalado la jurisprudencia del TJUE, antes citada. Por eso los compromisos internacionales asumidos por España al ratificar los citados acuerdos y convenios sobre derechos humanos obligan a adoptar las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas disfruten de un permiso de maternidad, a fin de proteger la salud de la mujer (Convenio OIT núm. 103, art.10.2 PIDESC); también la normativa de la Unión Europea impone esta obligación (art. 8 de la Directiva 92/85/CEE). Así lo advirtió también este Tribunal, al señalar que «la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, hace necesario un derecho a un permiso de maternidad» (STC 324/2006, FJ 6).

Por el contrario, el establecimiento de un permiso por paternidad no viene impuesto hasta la fecha por ninguna norma de Derecho internacional que obligue a nuestro país ni por el Derecho de la Unión Europea. Obedece a una finalidad tuitiva diferente: favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes (art. 39.3 CE). Por tanto, la decisión del legislador, desde luego inobjetable, de reconocer a los hombres el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de un hijo, con el correlativo a percibir la prestación por paternidad de la seguridad social, tiene una finalidad diferente al supuesto tradicional de suspensión del contrato de trabajo de la mujer trabajadora por parto. No se trata, como es obvio, de proteger la salud del trabajador, sino de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos. Buena prueba de la diferencia apuntada es que el permiso de maternidad en caso de parto se configura legalmente como un derecho originario de la madre trabajadora (STC 76/2011, FJ 3); esta puede optar por ceder al padre, cuando ambos trabajen, el disfrute de una parte determinada del periodo de descanso posterior al parto, con exclusión de las seis semanas de descanso obligatorio para la madre (art. 48.4 LET).

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 la seguridad social que establece la legislación aplicada en las resoluciones administrativas y judiciales que se impugnan en amparo. La atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la seguridad social, a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón. Este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar que la maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada directamente del art. 39.2 CE, que se refiere a la protección integral de las madres. Por tanto las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre (SSTC 109/1993, FJ 4, y 75/2011, FJ 7).

8. Cuestión distinta es que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de seguridad social, apreciando las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento a la hora de

administrar recursos económicos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales (por todas, SSTC 65/1987, de 21 de marzo, FJ 17; 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; y 75/2011, FJ 7), pueda ampliar la duración del permiso de paternidad, como en efecto lo ha hecho. En la actualidad su duración es de cinco semanas, periodo durante el cual se percibe el correspondiente subsidio de paternidad, hasta llegar incluso, si lo estima oportuno, a la plena equiparación con el permiso y la prestación por maternidad, con el fin de fomentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos (art. 39.3 CE); sin que ello signifique que la regulación legal precedente y actual, que establece una duración del permiso y la prestación por paternidad inferior a la del permiso y la prestación por maternidad, sea por ello contraria al art. 14 CE.

9. Procede por tanto denegar el amparo solicitado [art. 53.b) LOTC], al no apreciarse vulneración del derecho garantizado por el art. 14 CE.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo interpuesto por don Ignacio Álvarez Peralta y la asociación «Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPIINA)».

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecisiete de octubre de dos mil dieciocho.

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 decimooctava 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 7ª a la semana 16ª) 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.