

# EL REPARTO EQUILIBRADO DE LAS RESPONSABILIDADES DEL CUIDADO: UNA CUESTIÓN ETERNAMENTE PENDIENTE

## *THE BALANCED DISTRIBUTION OF CARE RESPONSIBILITIES: AN ETERNALLY PENDING QUESTION*

NURIA RECHE TELLO<sup>1</sup>

*Universidad Miguel Hernández de Elche*

---

**SUMARIO:** 1. NUEVOS DERECHOS SOCIALES: EL DERECHO A CONCILIAR LA VIDA PERSONAL Y LABORAL Y EL DERECHO AL CUIDADO. 1.1. El carácter fundamental del derecho a conciliar la vida personal y laboral. 1.2. La relación entre el derecho a conciliar y el derecho al cuidado. 2. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN “CORRESPONSABLE”. 3. LIMITACIONES ACTUALES EN TORNO AL REPARTO DE RESPONSABILIDADES. 3.1. Las carencias en la regulación de los permisos por nacimiento, adopción y acogimiento. 3.2. El uso de los permisos en la práctica. 3.3. La conformación de nuevas identidades: ¿hombres cuidadores o meros ayudantes? 4. CONTROVERSIAS EN EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD. 4.1. Los bienes jurídicos protegidos y sus diferencias ¿irreconciliables? 4.2. La discriminación ante el ejercicio de la paternidad. 4.3. La acreditación, o no, de las necesidades conciliatorias desde la perspectiva de la corresponsabilidad. 4.4. La posibilidad, o no, de acumular los permisos por nacimiento en las situaciones de monoparentalidad. 5. REFLEXIONES FINALES. 6. BIBLIOGRAFÍA

**Resumen:** Los derechos de conciliación de la vida personal y laboral se han ido configurando a lo largo del tiempo, en la normativa y la jurisprudencia, en torno a dos notas básicas: su carácter fundamental y la promoción de la responsabilidad compartida del cuidado como principio inspirador y objetivo último. La reciente regulación española pone de manifiesto, sin embargo, que la perspectiva de género, y la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres, llega a difuminarse en normativa tan bienintencionada como insuficiente. Se hace preciso asimismo una transformación socio-cultural que requiere de decididos esfuerzos en los ámbitos público y privado.

**Palabras clave:** conciliación, corresponsabilidad, igualdad de género, derechos fundamentales, cuidado.

**Abstract:** The rights to reconcile personal and work life have been configured over time, in regulations and jurisprudence, around two basic notes: their fundamental nature and the promotion of co-responsibility as an inspiring principle and ultimate objective. The recent Spanish regulation

---

<sup>1</sup> Profesora Ayudante Doctora (acreditada Contratada Doctora) del Departamento de Ciencia Jurídica, Área de Derecho Constitucional de la Universidad Miguel Hernández de Elche y Secretaria de la Red Feminista de Derecho Constitucional.

shows, however, that the gender perspective, and the achievement of equality between women and men, becomes blurred in regulations that are as well-intentioned as they are insufficient. A socio-cultural transformation is also required, which requires determined efforts in the public and private spheres.

**Keywords:** work life balance, co-responsibility, gender equality, fundamental rights, care.

## **1. NUEVOS DERECHOS SOCIALES: EL DERECHO A CONCILIAR LA VIDA PERSONAL Y LABORAL Y EL DERECHO AL CUIDADO**

### ***1.1. El carácter fundamental del derecho a conciliar la vida personal y laboral***

En el ordenamiento jurídico laboral se han ido configurando a lo largo de los años toda una serie de derechos dirigidos a las personas trabajadoras para responder a ciertas necesidades familiares y personales, que se han formalizado básicamente a través de prestaciones de seguridad social, licencias, y reducciones o suspensiones del contrato. Todos estos derechos, aunque no están sistematizados ni definidos como tales, son los que denominamos como “derechos de conciliación”, que como decimos afectan — intentan compatibilizar— las distintas esferas de las personas trabajadoras, acomodando su vida laboral con las correlativas necesidades en el orden familiar, principalmente en todo aquello relacionado con las necesidades del cuidado (embarazo, lactancia, nacimiento y adopción, cuidado de menores o familiares), y en el de la vida personal (traslado de domicilio, estudios o formación profesional, participación política, voluntariado social, recuperación de la salud, práctica religiosa, etc.).

En este trabajo expondremos someramente la evolución que, a lo largo de los años y en respuesta a las crecientes necesidades sociales, han venido experimentando estos derechos con el impulso de una normativa y un cuerpo de doctrina jurisprudencial que han puesto el acento en dos cuestiones clave: su naturaleza fundamental y la importancia de la corresponsabilidad como principio caracterizador de su ejercicio. Un camino que, como veremos, no ha estado exento de avances y retrocesos en la normativa reciente, a menudo más bienintencionada que realmente eficaz.

Así, hemos de comenzar recordando que la conciliación se ha ido incorporando en el derecho internacional y europeo como un derecho social fundamental, y nuestro Tribunal Constitucional ha ido progresivamente reconociendo su dimensión constitucional, ligada en un primer momento a la protección de la familia, pero más tarde también al principio de igualdad

y no discriminación por razón de sexo y de las circunstancias familiares. En torno al primero de los aspectos podemos destacar sucintamente los siguientes hitos:

La Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer (CEDAW, 1979), recomienda a los Estados miembros la adopción de medidas para facilitar la conciliación de la vida profesional con la familiar de hombres y mujeres, lo que se traduce en promover el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública.

En el ámbito europeo, la Carta Social Europea revisada de 1996 introduce en su art. 27 la necesidad de adoptar las medidas necesarias para garantizar a las personas trabajadoras con responsabilidades familiares la permanencia en el mercado de trabajo; pero con la aprobación del Tratado de Ámsterdam, en 1997, la conciliación adquiere mayor relevancia en la política comunitaria, al hacer hincapié en un concepto bidireccional de flexibilidad que comprenda tanto a las empresas como a las personas trabajadoras, dotando a estas de una mínima seguridad que les permita progresar en sus vidas y carreras profesionales. En el comienzo del nuevo siglo continúan adoptándose medidas a favor de la conciliación, entre ellas su recepción como derecho fundamental en el art. 33 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hasta llegar al Pilar Europeo de Derechos Sociales, firmado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, en la Cumbre Social para un Empleo y Crecimiento Justo, cuyo apartado noveno ('Equilibrio entre vida profesional y privada') dispone que "los padres y las personas con responsabilidades asistenciales tienen derecho a los permisos adecuados, a unas condiciones de trabajo flexibles y a servicios de asistencia", de forma que las mujeres y los hombres deben tener igualdad de acceso a permisos especiales para cumplir con sus responsabilidades asistenciales y debe animárseles a utilizarlos de forma equilibrada.

En el ordenamiento jurídico español, y tras la primera norma integral sobre conciliación, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que se abstendrá de cuestionar los roles de género en el cuidado, será la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la que representa un avance notable, al considerar los derechos de conciliación como un componente fundamental de la igualdad efectiva de mujeres y hombres y de la calidad de vida de la ciudadanía, dentro de lo que en el nuevo modelo de orden social se denominará "corresponsabilidad". Esta norma desarrolla

una serie de líneas básicas (la introducción del concepto “vida personal”, la caracterización de los derechos de conciliación como derechos “de presencia”, la puesta en valor de la negociación colectiva como instrumento de desarrollo de los mismos y la regulación de un procedimiento judicial específico para resolver las discrepancias en torno a ellos) que supondrán una profundización en la naturaleza jurídica y efectividad de tales derechos.

Ahora bien, ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha venido consolidando su dimensión constitucional a lo largo de un proceso evolutivo en el que podemos distinguir tres etapas:

La primera de ellas se corresponde con un periodo marcado por la STC 240/1999, de 20 diciembre, en la que se declara que el objetivo final del ejercicio de los derechos de conciliación obedece a la necesidad de velar por el menor, así como de contribuir a la protección de la familia; en la misma línea se pronuncia la STC 203/2000, de 24 de julio, donde se pone de manifiesto la trascendencia constitucional de tales derechos desde la perspectiva de la garantía del instituto familiar. Por su parte, la STS de 20 de julio de 2000 los vincula con el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el art. 154.1 CC, así como con el principio rector de actuación de los poderes públicos en la protección social, económica y jurídica a la familia, art. 39 CE.

En una segunda fase, que se inicia en el año 2007, coincidiendo con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, es la importante STC 3/2007, de 15 de enero, la que establecerá por primera vez la dimensión constitucional de los derechos de conciliación desde la perspectiva del art. 14 CE, concretamente de la discriminación indirecta por razón de sexo que supone la obstaculización del ejercicio de estos derechos, habida cuenta de son las mujeres quienes mayoritariamente los solicitan. Esta sentencia, si bien presenta el valor de exigir a jueces y tribunales que realicen una labor ponderativa en la que se tenga en cuenta el carácter constitucional de que los derechos de conciliación, ciertamente que no llega a cuestionar la supuesta asunción voluntaria por las mujeres de las labores de cuidado, y la discriminación estructural que ello conlleva. Por otro lado, si bien extiende la tutela antidiscriminatoria del art. 14 CE más allá de las situaciones de embarazo, para alcanzar a los obstáculos puestos por la empresa para el ejercicio de la conciliación, la necesidad de aportar una prueba de la intención discriminatoria o un perjuicio efectivo adicional limita los efectos de su, por lo demás, relevante doctrina.

La introducción de la corresponsabilidad, por obra de la jurisprudencia europea, STJUE Asunto Roca Álvarez, C-104/09, de 30 de septiembre de 2010, marcará una tercera etapa que se significa en la STC 26/2011, de 14 de marzo, que abordará una solicitud de adaptación horaria para el cuidado de hijos por parte de un varón, desde la perspectiva del derecho a la igualdad y no discriminación, aunque no por razón de sexo, sino construyendo una nueva causa relacionada directamente con la conciliación: las circunstancias personales y familiares. De este modo se refuerza el razonamiento, ya defendido por el TJUE, de que los derechos de conciliación deben tener idéntica protección jurídica con independencia del sexo del trabajador/a que los ejerza.

Todo ello da fe de que el derecho a conciliar, entendido como un derecho fundamental —y aun cuando no se encuentra reconocido expresamente en el texto constitucional, sino que dicha naturaleza se desprende nítidamente tanto de la jurisprudencia del TC cuanto del carácter que le otorgan las declaraciones internacionales de derechos, incluida la Carta de Niza— presenta una compleja estructura que lo conecta con diversos preceptos constitucionales implicados en su ejercicio, a través de los derechos de conciliación configurados legalmente en el ordenamiento jurídico laboral. Así, cuando una persona trabajadora se dirige a la empresa para formular una solicitud de conciliación puede estar poniendo en juego diferentes principios y derechos constitucionales que son en último término expresión de su dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (arts. 14 y 9.2 CE: igualdad efectiva de mujeres y hombres, art. 18 CE: privacidad, art. 39 CE: protección de la familia, art. 27 CE: educación, formación, art. 43 CE: protección de la salud, art. 35 CE: derecho al trabajo, art. 16 CE: libertad ideológica y religiosa).

La articulación de tales derechos constitucionales con el derecho a conciliar se produciría de una forma que podríamos representar gráficamente con la imagen de dos esferas que presentan una zona de intersección: en el lado izquierdo estaría la vida de estos derechos fuera del ámbito laboral, donde la reacción frente a su vulneración se articularía invocándolos directamente. En el lado derecho se representaría el ejercicio de los mismos en el ámbito de trabajo, pero sin ser expresión de la necesidad de compatibilizar vida personal y laboral en relación con el factor tiempo; de igual modo, una vulneración de estos derechos provocaría su invocación directa. Finalmente, en la zona de intersección estarían las solicitudes de conciliación conectadas de manera relevante con uno o varios de ellos y donde entrarían en juego los dos factores característicos de la conciliación: 'compatibilidad' y 'tiempo'. En este caso, la negativa injustificada a dicha solicitud constituiría una vulneración del derecho fundamental a conciliar la vida personal y la-

boral. Con ello no defendemos que cualquier necesidad de los trabajadores y trabajadoras deba sin más prevalecer sobre la dinámica productiva; se trataría, como decimos, de aquellas que mediante su conexión real y directa con derechos protegidos constitucionalmente presenten la suficiente relevancia como para considerarlas esenciales en el proceso de compatibilización de los aspectos personales y laborales de la vida.

De este modo, el derecho fundamental a la conciliación de la vida personal y laboral vendría a ser la expresión de una demanda social avanzada en torno a la ordenación del tiempo de vida personal y familiar y el trabajo sobre unas bases razonables que permitan el desarrollo de ambos aspectos en condiciones de verdadera dignidad e igualdad. Su contenido esencial se concretaría en los siguientes aspectos:

- El desarrollo de derechos de conciliación corresponsables que hagan posible la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el trabajo.
- La garantía de la compatibilidad real entre la vida profesional y todas aquellas manifestaciones de la vida personal y familiar que presenten relevancia por su conexión con derechos reconocidos en la Constitución, en relación con el tiempo de trabajo.
- La prohibición de toda discriminación basada en su ejercicio.
- Más allá del ámbito laboral, en la obligación de los poderes públicos de implementar políticas que favorezcan su efectividad: racionalización de horarios, redes de guarderías, servicios sociales de ayuda a la dependencia y demás servicios públicos encaminados a este fin.

Podemos afirmar, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, que el derecho a conciliar se fundamenta en dos aspectos: por un lado, el cuestionamiento del vínculo, prácticamente exclusivo, que se ha establecido entre la conciliación y las tareas de cuidado asumidas de forma mayoritaria por las mujeres; por otro, en la introducción de la vida personal como el factor definitorio del hecho mismo de la conciliación. Afirmarlo así no implica minusvalorar las necesidades familiares —de cuidado— que suelen aparecer en buena parte de los casos. Bien al contrario, la vida personal comprende todos esos aspectos, pero también muchos otros que exceden de los tradicionales supuestos que han venido siendo recogidos en diferentes regulaciones. Este enfoque más amplio comprendería por tanto cualquier necesidad de carácter personal/familiar de suficiente relevancia constitucional que necesitase compatibilizarse con el trabajo, pudiendo canalizarse en consecuencia a través de la correspondiente articulación legal, en las condiciones requeridas por la persona trabajadora, a excepción de ciertos límites amparados en la libertad de la empresa y su autonomía organizativa

con la debida proporcionalidad en la ponderación de los derechos en conflicto (Reche Tello, 2018).

### ***1.2. La relación entre el derecho a conciliar la vida personal y laboral y el derecho al cuidado***

Como decíamos, la vida personal de las personas trabajadoras comprende, entre otras necesidades, las de prestar cuidado en ciertas circunstancias relacionadas tanto con el nacimiento de un hijo/a como por la atención a personas mayores dependientes. Estas se articulan en la práctica a través de los derechos de conciliación establecidos legalmente. La LOI 3/2007 introdujo el mandato de que su desarrollo contemplase un ejercicio corresponsable, puesto que durante muchos años estos derechos acabaron reforzando el rol de las mujeres trabajadoras como destinatarias exclusivas de tales medidas, reforzando por tanto su discriminación en el ámbito laboral. En el estado de bienestar, como sabemos, el cuidado se ha mantenido en nuestro modelo familista (Nuño Gómez, 2010), gracias a la realización de la doble jornada de las mujeres, unido al apoyo de las propias familias y al trabajo de “las otras mujeres” (Colectivo IOÉ, 2008), que se han visto obligadas a dejar sus hogares para cuidar de aquellas personas que sí pueden pagar sus servicios. No obstante, en las últimas décadas, la denominada “crisis de los cuidados” ha puesto de manifiesto no solo el incremento de personas necesitadas de estos, por ejemplo por el aumento de la esperanza de vida, sino también la mayor demanda de servicios públicos para su asistencia, cuestionándose finalmente el desequilibrio en el reparto de estas tareas entre mujeres y hombres. Como señala Igareda González (2012) “los cuidados necesarios de un recién nacido/a, desde que nace hasta que se convierte en un ser autónomo capaz de sobrevivir por sí mismo, constituye un ejemplo, de lo que debería ser por tanto, una responsabilidad de toda la sociedad, y no tanto, una responsabilidad individual de las mujeres”.

Se hace evidente, por tanto, la necesidad de una mayor implicación estatal para que el cuidado salga definitivamente de la esfera privada y de la supuesta asunción voluntaria por parte de las mujeres de este trabajo, de forma que se convierta en una cuestión de política social prioritaria. Un paso importante en ese sentido fue la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, así como también el desarrollo normativo de los derechos de conciliación, sobre todo desde la perspectiva de la corresponsabilidad. Pero las crisis vividas en este siglo, primero la económica y después la sani-

taria, han puesto en cuestión este estado de cosas, fundamentalmente por la percepción de la facilidad con que los avances conseguidos en épocas de bonanza pueden perderse (Reche Tello, 2022), siendo las mujeres las principales perjudicadas.

De manera que, puesto que todas las personas necesitamos ser cuidadas por otras para poder sobrevivir, se está exigiendo el reconocimiento de un derecho al cuidado, que “debería traducirse en una exigencia de actuación estatal en el marco de un Estado Social de Derecho” (Igareda González, 2012). Junto a lo expuesto, como ha señalado Marrades Puig (2016) “la inexistencia de una ética de la solidaridad y de la responsabilidad extendida socialmente conducen a pensar en la conveniencia de un derecho al cuidado” como un nuevo derecho social que debería garantizar el Estado y que no se agotaría en su vertiente pasiva, sino también en un derecho a cuidar. Este reconocimiento vendría no solo a consolidar un nuevo derecho “sino también como fundamento del nuevo pacto social.”

Así, recientemente los líderes de la Alianza Global por los Cuidados han instado su reconocimiento a la ONU como un derecho humano<sup>2</sup> y, en el ámbito de la Unión, el 7 de septiembre de 2022, la Comisión Europea ha presentado la Estrategia Europea de Cuidados<sup>3</sup> para garantizar servicios de atención de calidad, asequibles y accesibles en toda la Unión Europea y mejorar la situación tanto de los beneficiarios de la atención como de las personas que los cuidan, de manera profesional o informal. La estrategia va acompañada de dos recomendaciones para los Estados miembros: la revisión de los objetivos de Barcelona sobre educación y cuidados de la primera infancia y acerca del acceso a cuidados de larga duración asequibles y de alta calidad.

Llegados a este punto cabe preguntarse por la relación y las diferencias que existirían entonces entre el derecho a conciliar la vida personal y labo-

---

<sup>2</sup> En el Día Internacional de los Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 2021 la Alianza Global por los Cuidados pidió que se incorpore una perspectiva de derechos humanos en todos los esfuerzos para transformar la agenda global de los cuidados. “El derecho al cuidado es un derecho humano...Un sistema de cuidados integral es un derecho humano. Necesitamos resaltar eso, necesitamos que se haga visible”, dijo la Directora Regional de ONU Mujeres para América Latina y el Caribe, María Noel Vaeza. Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/noticias/noticia/2021/12/reconocer-el-cuidado-como-un-derecho-humano-istan-los-lideres-de-la-alianza-global-por-los-cuidados>

<sup>3</sup> Disponible en: <https://cde.ugr.es/index.php/union-europea/noticias-ue/1443-una-estrategia-europea-de-cuidados-para-cuidadores-y-receptores-de-cuidados>

ral y un derecho social al cuidado ambos en su vertiente de prestar cuidados familiares.

En primer lugar, y en lo que atañe a su titularidad, mientras el derecho a cuidar se concibe como un derecho social universal (Igareda González, 2012), el derecho a conciliar es un derecho social específico de las personas trabajadoras definido por un factor diferenciador: la necesidad de compatibilizar el cuidado con el trabajo (Reche Tello, 2018) y que se articula a través de los derechos de conciliación reconocidos legalmente en el ordenamiento jurídico. De este modo, las personas no trabajadoras —por ejemplo, estudiantes, desempleadas, jubiladas, etc.—, no pueden ejercer un derecho a conciliar pero sí un derecho a cuidar, lo que supondría en la práctica la obligación de que los poderes públicos implementen medidas para que este se pueda llevar a efecto en los diferentes entornos; por ejemplo, adaptaciones necesarias para estudiantes que cuidan, el establecimiento de salas de lactancia en las universidades, ayudas para afrontar gastos de guarderías para personas desempleadas con dependientes a cargo mientras realizan cursos de orientación laboral, etc. Todo ello sería expresión del derecho a cuidar.

En segundo lugar, en cuanto a su ámbito de ejercicio, mientras el derecho a conciliar se ejerce en el ámbito de las relaciones laborales, el derecho al cuidado en sus diferentes vertientes (cuidar/ser cuidado/autocuidado) está presente en cualquier momento de nuestra vida, desde que nacemos hasta que morimos.

Finalmente, en cuanto a su contenido, el derecho a conciliar se proyecta de manera amplia sobre cualquier necesidad de la vida personal/familiar de suficiente trascendencia constitucional necesitada de articularse en compatibilidad con el trabajo, y que por tanto excedería del ámbito del cuidado, que también, para materializar en todas sus facetas el principio del libre desarrollo de la personalidad.

Ambos derechos sociales se encuentran, no obstante, interconectados, puesto que la mayoría de los derechos de conciliación en el plano legal están destinados a posibilitar el cuidado en el ámbito laboral. Pero creemos que no deben confundirse ni opacarse el uno al otro. Así, en un hipotético reconocimiento constitucional de un derecho universal al cuidado, dentro de su contenido esencial se encontraría en buena lógica el derecho a conciliar de las personas trabajadoras, y más concretamente, a que éste deba formularse de forma corresponsable. Como ha explicado Lousada Arochena, a fin de cuentas se trata de derechos vinculados a la igualdad de mujeres y hombres un *nomen iuris* propio (Lousada Arochena, 2014: 132-133).

## 2. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN “CORRESPONSABLE”

Podemos situar un primer antecedente etimológico y político de la “corresponsabilidad” en los años 70 del pasado siglo, cuando la sociología feminista utilizó el término “re-conciliación” como herramienta metodológica para reivindicar la superación de la dicotomía entre las esferas pública y privada, abogando por el reparto de responsabilidades domésticas y de cuidado de mujeres y hombres. Comenzando el nuevo siglo observamos una evolución desde unos derechos de conciliación configurados básicamente como permisos de ausencia, pensados para el exclusivo ejercicio femenino, hacia el fomento del ejercicio de la conciliación corresponsable que busca alterar los roles de género tradicionales introduciendo un modelo familiar en el que el cuidado de los hijos es un ingrediente de la paternidad cada vez más valioso.

Ya la Ley de conciliación de 1999, a la que nos hemos referido, supuso un primer intento de implicación del varón a través de la posibilidad de la mujer de transferir al padre parte del permiso de maternidad, una medida que se demostró completamente ineficaz. Posteriormente, la Ley Orgánica 3/2007 configura los derechos de conciliación en el art. 44 desde la perspectiva de su ejercicio corresponsable, particularmente a través de una medida de importante relevancia simbólica como es la instauración de un permiso de paternidad intransferible de 13 días, que debía haberse prorrogado hasta las cuatro semanas en 2011, pero que no se hizo realidad hasta 2017, concretándose en una prestación económica del 100% del salario, más dos días de permiso retribuido por la empresa, a los que el padre tendría derecho.

En este sentido, y habida cuenta de los escasos resultados obtenidos por la LOI 3/2007, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, busca garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación potenciando el ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación, junto con otra serie de medidas en materia de igualdad retributiva, planes de igualdad, o apoyo a la dependencia:

- A) Así, en cuanto al reparto de responsabilidades, se incorpora una medida que había sido fuertemente reivindicada por asociaciones feministas como la PPiINA: la equiparación la duración del permiso de paternidad con el de maternidad de manera que, periodo transitorio mediante, ambos progenitores pasasen a partir de 2021 a tener un permiso por nacimiento para cuidado o adopción del menor, igual (de 16 semanas: 6 obligatorias, 10 voluntarias, y posibilidad de fraccionar en periodos semanales la parte voluntaria), intransferible, y re-

tribuido al cien por cien del salario. No cabe cuestionar que se trató de un gran avance, si bien está por evaluar en los próximos años si se ha conseguido alterar los roles tradicionales en el cuidado de manera significativa. Es de destacar, desde un punto de vista conceptual, el cambio denominación: de permisos de paternidad y maternidad a “permisos por nacimiento, adopción o acogimiento”.

- B) Además, para fomentar la conciliación corresponsable, el Decreto-ley introduce, de manera quizás un tanto forzada, otros mecanismos como el permiso para el cuidado del lactante: se sustituye el término “permiso de lactancia” por “cuidado de lactante”, y se establece como un derecho de ambos progenitores, igual e intransferible. Solo cabe limitarlo motivadamente si ambos trabajan en la misma empresa. Además, se introduce una prestación de seguridad social de media hora durante los meses nueve a doce para uno de los progenitores si ambos han ejercido el derecho con la misma duración y régimen. Se trata, no obstante, de una medida ineficaz, de muy escasa aplicación —el INSS ni siquiera la recoge en sus estadísticas—, y que en todo caso tendría que haberse atribuido a ambos progenitores.
- C) Ampliación del periodo de reserva del puesto trabajo a 18 meses en la excedencia por cuidado de familias numerosas, cuando el derecho se ejerza por ambos progenitores con la misma duración y régimen. Sin embargo debemos subrayar que difícilmente ambos progenitores van a poder renunciar a su salario al mismo tiempo. Por otro lado, se mantiene la excedencia para el cuidado por afinidad de los familiares.
- D) Se introduce un procedimiento de negociación entre la empresa y la persona trabajadora para solicitar el derecho de adaptación de la jornada de trabajo. Procedimiento que se restringe solo a supuestos de la vida familiar y laboral, por lo que puede dar la errónea sensación de que no cabría articular a través de este derecho esas otras necesidades relevantes a que hemos hecho referencia en el primer apartado. A lo que debemos añadir que lo que se reconoce no es un derecho, sino un “derecho a solicitar”.
- E) Finalmente se incluye como contenido material obligatorio de los planes de igualdad el “ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral” (art. 46.2.f LOI y art. 7.1.f RD 901/2020), de manera que todas las empresas de más de 50 trabajadores deberán incorporar actuaciones en este sentido. Esta es otra

cuestión que habrá que evaluar en el futuro para ver qué tipo de medidas están implantando realmente las empresas.

Al margen de ello, no se han introducido más medidas para promover el reparto, como puedan ser otros permisos parentales pagados e igualmente intransferibles, ni se han articulado unas verdaderas políticas públicas a este respecto, a salvo el ámbito autonómico donde ha experimentado un mayor desarrollo, si bien limitado al empleo público.

En el plano europeo, la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, 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, introduce por primera vez el derecho a un permiso de paternidad para los padres o segundos progenitores de diez días laborables (art. 4). La medida, pese a su valor simbólico, al tener tan corta duración, así como una retribución equiparable a la prestación de una baja médica, no favorece el desequilibrio contra el que se pretende luchar, conformando al padre, en el mejor de los casos, como un mero “ayudante” en los primeros días del nacimiento (Reche Tello, 2020).

Recientemente, el Plan Corresponsables del Ministerio de Igualdad<sup>4</sup>, aprobado el 9 de marzo de 2021, introduce una nueva política pública de la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, cuyo objeto es “iniciar el camino hacia la garantía del cuidado como un derecho en España desde la óptica de la igualdad entre mujeres y hombres, al amparo del artículo 44 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y desde un enfoque de garantía de derechos universales, al margen de la condición laboral de las personas beneficiarias”. Entre sus objetivos está favorecer la conciliación de las familias con menores de 14 años mediante la creación de bolsas de cuidado, crear empleo de calidad en el sector de los cuidados, dignificar y certificar la experiencia profesional de cuidado no formal, siendo sus destinatarios con carácter prioritario las familias monoparentales, las víctimas de violencia de género, mujeres desempleadas de larga duración, mujeres mayores de 52 años o unidades familiares en las que existan otras cargas relacionadas con los cuidados. Como se expone en la página web de la Moncloa, “el Consejo de Ministros ha aprobado el Plan Corresponsables con 190 millones de euros

---

<sup>4</sup> Disponible en: <https://www.igualdad.gob.es/prioridades/plancorresponsables/Paginas/index.aspx>

para la conciliación de las familias en España mediante la corresponsabilidad del Estado en el cuidado de niños y niñas menores de 14 años”<sup>5</sup>.

Aunque resulta loable la actuación gubernamental en favor de dotar de contenido el derecho universal al cuidado, con especial atención en ciertos colectivos desfavorecidos, es criticable el hecho de que se utilice la estrategia de la corresponsabilidad, que ha de ser entendida como el reparto equilibrado de responsabilidades de mujeres y hombres para avanzar hacia la igualdad efectiva y que tiene su principal expresión en el ámbito laboral, para hablar de un compromiso del Estado con el cuidado de niñas y niños, y donde no se contienen medidas que, al menos directamente, vayan a favorecer la igualdad de mujeres y hombres. Se trata de un proceso de cooptación más que acaba despolitizando la estrategia. Tampoco se entiende muy bien que si se pretende que dicho enfoque sea al margen de la condición laboral de las personas beneficiarias se haga, sin embargo, al amparo del artículo 44 de la LOI 3/2007, que en su punto 1 reconoce expresamente: “1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”.

### **3. LIMITACIONES ACTUALES EN TORNO AL REPARTO DE RESPONSABILIDADES**

#### ***3.1. Las carencias en la regulación de los permisos por nacimiento, adopción y acogimiento***

Debemos partir de que realmente no se ha realizado una evaluación general de la reforma de 2019, y apenas hay datos contrastables a ese respecto. No obstante, podemos apreciar una serie de limitaciones en su alcance:

- En cuanto al cambio de denominación, la sustitución de permiso de maternidad o paternidad por permisos por nacimiento, adopción o acogimiento, aunque bienintencionada, podría generar algún problema en un futuro, por cuanto la equiparación en la duración de los permisos tiene como función principal, además del cuidado, el fomento del reparto de responsabilidades, de tal forma que si no se

---

<sup>5</sup> Disponible en: [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/090321-enlace\\_corresponsables.aspx](https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/090321-enlace_corresponsables.aspx)

disfrutan se pierden, de ahí su carácter intransferible. Por tanto, la referencia al permiso de “paternidad” —terminología mayoritaria de los países de la Unión Europea, y empleada en la de Directiva de conciliación— reforzaría su función de promoción de la corresponsabilidad. En cambio, la denominación “permiso de nacimiento”, como ha señalado Ballester Pastor (2019), da una sensación errónea acerca de que la función primordial del permiso es el cuidado cuando, como decimos, es el cuidado regulado únicamente de forma corresponsable en los casos de dos progenitores; de ahí que, si no se refuerza el término “paternidad”, un eventual cambio de gobierno que mostrase menos implicación con la igualdad efectiva de mujeres y hombres podría eliminar su carácter intransferible, al considerar solo el cuidado del menor, sin más adjetivos, el objetivo de estos permisos. De este modo, el “permiso de nacimiento” terminaría siendo “disfrutado” en su totalidad por las madres, lo que sin duda empeoraría su situación laboral respecto a la actual.

- La posibilidad de interrumpir el permiso elimina garantías de la maternidad biológica contenidas en normas internacionales o comunitarias, como la Directiva de maternidad, que exige que la mujer ha de disfrutar de 14 semanas ininterrumpidas para evitar que se vea forzada a no disfrutar el permiso (art. 8) (Lousada Arochena, 2019). Asimismo, la reducción del tiempo en que se puede adelantar la prestación antes del parto —antes se preveía hasta diez semanas y que ahora se reduce a cuatro— supondrá una limitación para las trabajadoras de temporada que suelen aprovechar los periodos entre campañas, o en general de no trabajo, para planificar el embarazo y el parto. El decreto-ley tampoco prevé medidas para que las madres que así lo decidan puedan amamantar a las criaturas de manera natural, más allá de los márgenes temporales legales.
- Por otro lado, el disfrute obligatorio de las seis primeras semanas por ambos progenitores obedece a la búsqueda de un anclaje legal para que los padres disfruten al menos seis semanas de baja paternal, de ahí que su obligatoriedad se apoye en artículo 68 del Código civil, que establece el deber de los cónyuges de socorrerse mutuamente. La PPIINA ha denunciado que esta configuración que consiste en simultanear durante las seis primeras semanas la parte obligatoria es una primera “trampa” que acaba situando al varón como un ayudante de la madre, por lo que considera que dos semanas simultáneas serían

suficientes<sup>6</sup>. No obstante habría que considerar que la mujer que ha parido necesita del apoyo y auxilio de su pareja no solo con el cuidado del bebé, sino de ella misma, además del resto de obligaciones domésticas y demás gestiones que hay que llevar a cabo durante los primeros meses de vida de la criatura, de ahí que, en nuestra opinión, resulte plausible que las primeras seis semanas se compartan entre ambos progenitores. Sobre todo porque en los meses iniciales de la crianza la mayoría de madres deciden amamantar al bebé de forma natural.

- En lo que atañe a la posibilidad de fraccionamiento de las diez semanas voluntarias, hasta que el menor cumpla doce meses (tanto de la madre como del otro progenitor, y también en caso de adopción, guarda y acogimiento), es de destacar que subyace el peligro de que las empresas condicionen o presionen a los trabajadores varones a cogerse el permiso en épocas de producción más bajas o próximas a vacaciones, pese a que en principio la ley solo exige que se comunique el disfrute a la empresa con 15 días de antelación. Por otra parte, de cara a la tramitación, se hace más complicado solicitarla en periodos fraccionados, lo que conduce finalmente a que los padres no se turnen con las madres a la hora de coger el permiso, sino que lo simultanean con ellas; desapareciendo la finalidad principal y, como también ha denunciado la PPIiNA, configurando a los hombres en un papel secundario de meros ayudantes más que como cuidadores principales.

La conformación de esta nueva identidad masculina parece confirmarse en algunas investigaciones sobre la implicación paterna en el cuidado de los hijos en España, incluso antes de la equiparación total de los permisos, donde se revela que la transición hacia un modelo familiar más igualitario sigue planteando dificultades, sin que se haya salvado aún la distancia entre un padre colaborador de la madre y “su representación como un sujeto autónomo y pleno, con una responsabilidad al mismo nivel que el de ella” (Flaquer, Lluís et al., 2020). Los resultados del proyecto de investigación sobre “La implicación paterna en el cuidado de los hijos en España”, cuya duración se extendió desde el 1 de enero de 2013 hasta el 15 de julio de 2016, permitió a los autores conocer cómo el avance hacia un modelo de organización familiar más igualitario modifica la implicación del padre tanto en el tiempo dedicado a los hijos como en las actividades que realiza con ellos y la asunción

---

<sup>6</sup> Disponible en: <https://igualeseintransferibles.org/que-proponemos/>

de responsabilidades, si obviar no obstante la importancia de otros factores —circunstancias familiares, laborales o socioeconómicas de los padres, y en su caso de las parejas—.

### **3.2. El uso de los permisos en la práctica**

El análisis del impacto de estos permisos en la práctica se ve dificultado por cuanto, si se consultan los datos estadísticos del INSS en su página web, vemos que a día de hoy solo se recoge la duración media de los procesos de maternidad biológica, indicándose que “se está pendiente de desarrollos informáticos”, lo que obstaculiza cualquier evaluación de la reforma de 2019, ya que apenas existen datos.

En este sentido, el II Encuentro de la Red Europea: Men in Care<sup>7</sup>, celebrado el pasado 22 de febrero de 2022 y financiado por la Comisión Europea, abordó el diseño y el uso del permiso por nacimiento y cuidado del menor del Real Decreto-ley 6/2019 de 1 de marzo, cuestionándose si realmente ha cambiado de manera significativa los roles tradicionales de género, pese a haber supuesto un notable avance. Aunque aún ha transcurrido poco tiempo, algunos datos que se presentaron en el Encuentro son preocupantes. Las diferentes investigaciones que se expusieron en el mismo demuestran que:

- Los permisos por nacimiento se usan de forma diferente: mientras las mujeres hacen un uso continuado del permiso, son los hombres los que lo fraccionan, si bien se trata de un porcentaje menor, ya que según los datos de la PPIiNA, durante el primer semestre de 2021 un 89% de los padres se habían tomado el permiso de manera simultánea a la madre.

---

<sup>7</sup> Men in Care es un proyecto de 3 años (2019-2022) cuyo objetivo es construir una red de personas interesadas en impulsar la conciliación responsable entre los países participantes (España, Polonia, Eslovenia, Alemania, Austria, Islandia y Noruega) y aunar fuerzas desde las empresas, administraciones públicas, agentes sociales y la investigación para favorecer la conciliación y la corresponsabilidad de empleo y cuidado por parte de los hombres. En el primer encuentro de Men In Care, celebrado en 2019, se trató de analizar la ampliación del permiso de paternidad a 8 semanas y ciertos aspectos como, por ejemplo, la organización del trabajo de la persona que se encuentra de permiso de nacimiento y cuidado del menor, ventajas e inconvenientes del uso de la modalidad del permiso a tiempo parcial, información sobre el permiso y otro tipo de medidas posibles a aplicar dentro de las empresas. Disponible en: <https://www.men-in-care.eu/es/>

- Los hombres que no utilizan los permisos por nacimiento son personas que ocupan puestos de alta dirección o, por el contrario, con empleos precarios y temor a perderlos. Existen por tanto diferencias entre las personas que tienen un trabajo seguro o estable frente a las que tienen trabajos inestables y precarios.
- Respecto al porcentaje de personas que usan menos el permiso legalmente establecido, llama la atención que un 20% de mujeres usa menos del permiso correspondiente a las 16 semanas. Entre los hombres llegaría hasta el 40%.
- En cuanto al disfrute del permiso a tiempo parcial, solo lo ha disfrutado una pequeña parte de los progenitores, lo que tal vez podría obedecer al requisito de negociarlo con la empresa.
- Finalmente, se observa una clara diferencia en el uso del resto de los permisos parentales para el cuidado, siendo un 21% las mujeres que se toman una excedencia, frente al 5,8% de los hombres. En cuanto a la reducción de jornada también existe una brecha importante, siendo un 22,2% de las mujeres frente a un 7,7% de los hombres que la utilizan.

Todos estos datos apuntan a que la equiparación de los permisos no se va a traducir en una alteración significativa de los roles tradicionales de género, sino más bien en una transformación desde un modelo masculino "abstencionista" hacia un modelo "semi-intervencionista", ya que más allá del primer año de la vida de la criatura persisten las condiciones que finalmente hacen que sigan siendo las mujeres las que suspendan o reduzcan la jornada para seguir atendiendo las responsabilidades familiares.

### ***3.3. La conformación de nuevas identidades: ¿hombres cuidadores o meros ayudantes?***

Aunque se empieza a consolidar la identidad del padre cuidador, la idea más extendida en la población es que los padres son ayudantes durante las primeras 6 semanas, idea potenciada por el entorno social y económico y la cultura misma de las empresas.

Amén de los incuestionables lastres culturales que influyen en esta situación, se han señalado una serie de motivos que obedecen, en primer lugar, a la obligatoriedad en el disfrute de las seis primeras semanas, lo que supondría una de las grandes limitaciones de la legislación, que no fomenta el uso del permiso en solitario. En segundo lugar, serían las propias actitu-

des del padre cuidador con respecto a los permisos por nacimiento, que se pueden caracterizar por las siguientes notas:

- Conciben el permiso solo como un derecho social.
- Se perciben a sí mismos como una mera ayuda, ya que el bebé pasa la mayor parte del tiempo con la madre, que es quien alimenta y estos se ocupan de las tareas domésticas.
- Falta de legitimación en su papel como padre y su propio significado.
- Además, hay algunos patrones que debilitan la figura del padre cuidador, como son la cultura tradicional y el propio sentimiento de las madres de deber y poder abarcar todo lo referente a los cuidados.

En tercer lugar, la intervención de las empresas, que a su vez presenta dos caracteres. Por un lado, el temor a que los hombres se “habitúen al cuidado”, y que tras el permiso demanden otro tipo de medidas como las excedencias, reducciones de jornada, etc. Por otro, la necesidad de solicitar a las empresas el uso de permiso en la modalidad de fraccionamiento, que por lo tanto no se trata de un derecho absoluto. Ello unido a que el trámite administrativo para solicitar el permiso fraccionado es más complejo, por lo que muchos hombres pueden preferir solicitarlo todo junto. Estas consideraciones requieren, no obstante, de alguna matización: Por una parte, la norma obliga a comunicar cada fracción del permiso, si así se decide, con una antelación mínima de quince días. Nos puede parecer una duración excesiva, pero no hay que olvidar que las necesidades organizativas de la empresa y la sustitución de la persona trabajadora durante ese tiempo no se puede improvisar de un día para otro. En el caso del disfrute a tiempo parcial, transcurridas las seis primeras semanas es cuando puede solicitarse el resto del permiso en jornada a tiempo completo o parcial, y ahí es donde sí que resulta preciso el previo acuerdo con la empresa. De todos modos, la empresa solo puede limitar el ejercicio por razones fundadas y objetivas y debidamente motivadas por escrito cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma organización.

#### **4. CONTROVERSIAS EN EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD**

En este apartado reflexionaremos someramente sobre las dudas que se están planteando en torno a cuestiones prácticas en el ejercicio de los derechos de conciliación corresponsables, así como las respuestas dadas por los tribunales que evidencian la actual existencia de una disparidad de criterios

en torno a diferentes temas. Ello da fe de que se trata de un debate aún lejos de estar resuelto, y que es necesario seguir profundizando en torno a las diferentes finalidades u objetivos que persiguen. La dificultad en ocasiones de conjugar los diferentes bienes jurídicos protegidos en el ejercicio de los derechos de conciliación en el plano legal es la prueba evidente de que, como decíamos al inicio, estamos ante un derecho constitucional complejo, donde intervienen distintos intereses a tutelar que pueden entrar en tensión: la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el cuidado, el interés superior del menor, la recuperación de la salud de la mujer, las relaciones especiales entre la madre y la criatura, etc. En ocasiones vemos que se anteponen unos intereses frente a otros en función del sujeto discriminado o el tribunal que interpreta el ejercicio de estos derechos. Ello nos lleva a formularnos preguntas del tipo: ¿debe afrontarse el análisis de la discriminación en función del interés jurídico protegido? ¿quién es realmente el sujeto discriminado en el ejercicio del derecho? En el caso del varón, ¿es él como titular del derecho, es el menor, o es la mujer por discriminación refleja? ¿Cómo interpretar el ejercicio del derecho de conciliación concreto, debe acudirse a la finalidad de la norma o habría que atender todos los derechos fundamentales en juego? ¿Cómo establecer la prevalencia entre unos y otros derechos sin acudir a la subjetividad judicial de la ponderación?

#### ***4.1. Los bienes jurídicos protegidos y sus diferencias ¿irreconciliables?***

La equiparación de los permisos por nacimiento no parece haber zanjado la cuestión de las divergencias en los intereses protegidos en su ejercicio tanto por parte de las mujeres como de los varones. Así, en la prestación de maternidad (en su anterior denominación) se ha dicho que los bienes jurídicos protegidos serían: la recuperación de la salud de la mujer que ha dado a luz (STS 794/2020, de 23 de septiembre, y Real Decreto-Ley 6/2019), el cuidado del recién nacido (STS 23/9/2020), incluso el afianzamiento de la especial relación entre la madre y la criatura (Asunto Hoffman C-184/83, de 12 de julio de 1984, STC 111/2018, de 17 de octubre de 2018, y STJUE, Sala Primera, C-463/2019, 18 de noviembre de 2020, Syndicat CFTC du personnel de la Caisse primaire d'assurance maladie de la Moselle (Sr. CY) c. Caisse primaire d'assurance maladie de Moselle). Por el contrario la prestación de paternidad (en su anterior denominación) tendría como objetivo principal el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil referido a la ayuda mutua entre cónyuges (Real Decreto-Ley 6/2019), el cuidado del recién nacido, así como el fomento del reparto

equitativo de responsabilidades familiares para permitir crear un vínculo temprano entre a e hijos (STS 794/2020, de 23 de septiembre). La persistencia del mantenimiento de los roles tradicionales de género por parte de la doctrina europea —Asunto Hoffman— así como la existencia de una Directiva específica de maternidad, no integrada en la Directiva de conciliación de progenitores y cuidadores, no encaja fácilmente con el intento de la normativa estatal — Decreto-ley 6/2019— por igualar ambas situaciones.

Otro problema relacionado con esta cuestión se plantea con ocasión de la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, 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 a nuestro ordenamiento. Cabría preguntarse si los nuevos permisos por nacimiento españoles podrían considerarse permisos parentales. No parece que ello pueda interpretarse así, al menos en lo que respecta al permiso de maternidad, que estaría vinculado al hecho biológico del parto, la recuperación de la salud de la madre y el cuidado del recién nacido, de manera que, como decimos, existe para ello una regulación específica en la Unión, Directiva 92/85/CEE, que garantiza una duración mínima de 14 semanas (3 meses y medio). Esta diferenciación, además, se ha ratificado por el Tribunal de Justicia de la Unión (SSTJUE C-519/03, de 14 de abril de 2005 o C-351/14, de 16 de junio de 2016), incluso por nuestro Tribunal Constitucional en su STC 111/2018, de 17 de octubre. Por el contrario, el permiso de paternidad, configurado por la LOI 3/2007 para potenciar la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos, conforme a la anterior Directiva comunitaria de permisos parentales, se le consideró como un permiso parental cuya finalidad sería la de reducir la brecha de género (STC 111/2018, de 17 de octubre). Sin embargo la nueva Directiva 2019/1158 distingue entre el permiso parental (manteniendo su duración mínima, pero ampliando dos meses la intransferibilidad) y el permiso de paternidad, que se vincula al nacimiento del hijo. Convendría por tanto, unificar criterios en la doctrina en orden a conjugar al mismo tiempo todos los bienes e intereses jurídicos protegidos que intervienen con motivo de la llegada al mundo de una criatura. De manera que tanto la salud de la madre, la protección de la familia, el cuidado del recién nacido, el deber de auxilio entre cónyuges, así como el reparto equilibrado para la promoción de la igualdad efectiva, todas estas facetas habrán de tenerse en cuenta como parte de ese derecho fundamental de todas las personas a conciliar la vida personal y laboral.

Dado que no parece que los permisos por nacimiento puedan considerarse como permisos parentales, en el sentido de la Directiva de Conciliación,

su trasposición a nuestro ordenamiento habrá de conllevar el establecimiento de un nuevo permiso parental intransferible y retribuido en los términos que se establece en la misma, adicionalmente a los permisos por nacimiento actuales.

#### ***4.2. La discriminación ante el ejercicio de la paternidad***

La reciente incorporación de los varones al cuidado por obra de la corresponsabilidad ha supuesto que estos comiencen a sufrir las consecuencias negativas sobre la proyección profesional y los múltiples peajes que hasta ahora habían padecido casi en exclusiva las mujeres en relación con el cuidado. Es evidente que la causa discriminatoria en el ejercicio de la conciliación tiene que ver con el género, entendido éste como categoría de análisis jurídico que pone de manifiesto la subdiscriminación de aquellas actividades “propias de las mujeres”, es decir, asociadas al género femenino, y que han estado social e históricamente infravaloradas, como es el caso de los trabajos de cuidado. En la medida que éste empieza a ser realizado también por los varones, por obra de la corresponsabilidad, nos encontramos con que la penalización que estos sufren resulta similar, por lo que la causa discriminatoria tendría que ser la misma. Sin embargo, se observan ciertas discrepancias entre los tribunales, sin que hasta el momento se haya producido una reflexión profunda sobre este tema en la jurisprudencia.

No obstante, algunas sentencias recientes han abordado el tema de manera específica.

Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de septiembre de 2020, en la que un trabajador vio cómo se disminuía su bonus salarial con ocasión del disfrute del permiso de paternidad, el Tribunal estimó que desincentivar el uso del permiso de paternidad disminuyendo la retribución del bonus suponía una discriminación por razón de sexo al perpetuar la posición de la mujer como única responsable de las tareas domésticas y del cuidado y atención de los hijos, ya que el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres comprende la consecución de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares.

El despido disciplinario a un trabajador comunicado por la empresa un mes antes del nacimiento del hijo se aborda en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 23 de marzo de 2022, donde se alega en la carta de despido una disminución en el rendimiento de trabajo. Aunque en la primera instancia se determinó que se trataba de un despido improcedente, al no existir causa, y que no se produjo discriminación, en el recurso

de suplicación, el Tribunal Superior estimo la existencia de un indicio de discriminación por vulneración del derecho a la igualdad del artículo 14 CE, dado el escaso periodo de tiempo transcurrido entre la comunicación del futuro nacimiento del hijo y el despido disciplinario, condenando a la empresa al abono de 6.200 euros en concepto de daños morales.

En materia de igualdad en el acceso a las prestaciones por nacimiento, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 10 de diciembre de 2021, la Sala de lo Social se pronunció sobre la procedencia del reconocimiento de la prestación por nacimiento a un varón, aunque el hijo había nacido muerto después de una gestación de más de seis meses. En esta ocasión el Tribunal alegó que si la madre tenía derecho a la prestación, igual derecho debía reconocerse al padre con base en la corresponsabilidad.

Sin embargo, la STS Sala de lo Social 602/2022, de 5 de julio del 2022, otorga un diferente tratamiento al padre respecto al que se le viene dispensando a la madre biológica ante el fallecimiento del bebé antes del parto, habida cuenta de que ante tal tesitura desaparece la finalidad del cuidado del menor. De nuevo, el motivo principal para la denegación de la prestación de paternidad se basa en que la misma “obedece a una finalidad tuitiva diferente” de la de maternidad.

#### ***4.3. La acreditación, o no, de las necesidades conciliatorias desde la perspectiva de la corresponsabilidad***

Otra cuestión controvertida es la relativa a la obligación, o no, de acreditar las necesidades de conciliación en las familias de dos progenitores. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, 4497/2020, de seis de noviembre de 2020, relativa a una trabajadora que solicitó un turno fijo de mañana, la empresa denegó dicha solicitud, ya que ésta no acreditó que su marido y progenitor no podía hacerse cargo del menor. Para el Tribunal “se trata de un derecho de carácter personal y solo debe probar que su horario actual es incompatible con el de su hijo, pero no si su pareja lo tiene más fácil o no para conciliar. Procede declarar el derecho de la actora a la modificación del horario”. Por ello, a pesar de algunas resoluciones de Juzgados de lo Social que exigen, en nombre de la corresponsabilidad, que las personas solicitantes de una adaptación horaria justifiquen que otros miembros de la familia no pueden hacerse cargo de sus obligaciones de cuidado, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, nº 4497/2020, de seis de noviembre, ha aclarado que se trata de un derecho personalísimo, no siendo preciso

probar si su pareja lo tiene más fácil, o no, sino si el horario es compatible, o no, con las necesidades de cuidado. En el mismo sentido, reputada doctrina científica ha afirmado que la corresponsabilidad, en ningún caso podría autorizar ni justificar prácticas empresariales de intromisión injustificada y desproporcional en la organización familiar, ni condicionar el derecho a la obligación de que las personas trabajadoras en su solicitud demuestren una “necesidad insuperable de conciliación (Casas Baamonde, 2017).

#### ***4.4. La posibilidad, o no, de acumular los permisos por nacimiento en las situaciones de monoparentalidad***

Otro debate que de manera reciente ha resuelto el Tribunal Supremo en su Sentencia 169/2023 de 15 de febrero es el planteado a propósito de si puede una familia monoparental acumular los permisos por nacimiento. A favor de esta posibilidad se han mostrado algunas Sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 6 de octubre de 2020, donde considera que el permiso tiene diferentes finalidades: la protección del menor, la igualdad, la conciliación, de manera que “si el permiso se concede, no solo para la recuperación de la madre tras el parto, sino principalmente para el cuidado de la criatura, entonces no se debe discriminar entre menores según el tipo de familia”, por lo que entiende que la negativa del INSS a la acumulación de los permisos supone una discriminación del menor por razón del estado civil de la madre. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Santander, de 31 de enero de 2022, considerando que se produce una discriminación hacia el menor en el caso de las familias monoparentales, si bien reconoce la posibilidad de acumular solo 10 semanas más, no las 16, ya que seis semanas son obligatorias después del parto, y por lo tanto coincidentes entre el padre y la madre, de forma que un reconocimiento por la acumulación de las 16 semanas más sería conceder un periodo mayor que el que disponen las familias biparentales en caso de alternancia.

La postura del INSS, por el contrario, manifestada en la Circular INSS 20/7 Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica es que la finalidad de la norma es equiparar los derechos de hombres y mujeres, no el interés superior del menor. En apoyo de la misma, Martín Guardado (2022) ha argumentado que el ejercicio de la corresponsabilidad en los derechos de conciliación y la protección contributiva asociada no puede garantizarse en las familias monoparentales, pudiendo su errónea extensión por los tribunales poner en jaque el sistema contributivo de la Seguridad Social, de

forma que “la existencia de un deseo individual de constituir una relación paternofamiliar desde el inicio determina precisamente que las desigualdades en el disfrute de estos derechos no suponen una discriminación sino un tratamiento diferencial razonable”. Finalmente, el criterio que ha sostenido la STS 119/2023, es la imposibilidad de la acumulación de los permisos por nacimiento, si bien se echa en falta un mayor esfuerzo argumentativo en cuanto a la necesidad de conjugar los diferentes bienes e intereses protegidos en el derecho a la conciliación. Así, el Tribunal afirma que la acumulación afectaría al ámbito de las prestaciones contributivas, lo que supondría la creación de una prestación nueva, así como también al ámbito de la relación contractual con el empleador, lo que podría comprometer la organización de la empresa. Por ello, esta cuestión competiría exclusivamente al legislador y no al intérprete de la ley. La sentencia cuenta con dos votos particulares discrepantes que sostienen que sí sería posible realizar una interpretación integradora de la normativa laboral y de seguridad social a la luz de la Constitución, el derecho de la Unión Europea y los Tratados Internacionales. Además, recuerda que existen otros precedentes donde la Sala sí estimó el reconocimiento de prestaciones por nacimiento no reconocidas legalmente, como las derivadas de la maternidad subrogada, en atención al interés superior del menor.

Posiblemente sea el Tribunal Constitucional el que acabe pronunciarse finalmente sobre este asunto, mientras tanto, la trasposición de la Directiva de conciliación a nuestro ordenamiento debería contemplar esta cuestión que, en todo caso, supone una diferencia de trato entre las familias monoparentales y las biparentales de difícil justificación.

## 5. REFLEXIONES FINALES

Pese a que la valoración del Real Decreto-ley 6/2019 ha de ser, en términos generales, positiva, plantea a la vez una serie de interrogantes y aspectos necesitados de mejora. Una de las preguntas centrales que podemos hacernos es si el fomento de la corresponsabilidad debe entenderse agotado una vez transcurridos los primeros 12 meses de la vida del menor, y de no ser así, cómo seguir incentivándolo. En tal sentido cabe cuestionarse si las fórmulas incorporadas en el Decreto-ley, como la prestación por cuidado del lactante o la extensión de la reserva del puesto de trabajo en la excedencia por cuidado, son realmente efectivas para alcanzar ese objetivo.

Por otro lado, en el específico ámbito laboral es preciso seguir apostando por fórmulas de adaptación de la jornada de trabajo junto con el desarrollo

de permisos parentales retribuidos que introduzcan la perspectiva de género; a este respecto contamos con la experiencia cercana en el tiempo del teletrabajo durante la pandemia, cuyos resultados no han sido precisamente positivos. Y es que debemos tener siempre presente que la igualdad efectiva de mujeres y hombres es el denominador común, y el objetivo último, de la conciliación corresponsable en el cuidado. Aunque existan, lógicamente, otros bienes jurídicos adicionales que deban protegerse igualmente.

Este propósito debe complementarse, no obstante, con actuaciones en otros ámbitos como la educación, para ir eliminando las barreras socio-culturales que dificultan la implicación de los hombres en el cuidado. Entre ellas podemos citar la acentuación de los roles de género desde el mismo momento del nacimiento de la criatura: el acceso a la paternidad implica para los hombres el fortalecimiento de su papel de proveedor económico, lo cual redundaría en el afianzamiento de su trayectoria laboral y profesional, que a menudo excluyen la vulnerabilidad e incertidumbre que comporta el cuidado; mientras que para las mujeres, por el contrario, supone un cierto repliegue en el hogar, con una plena asunción de su papel de madre en el sentido más tradicional. En este sentido no podemos obviar el papel de algunas mujeres, que actúan como “guardabarreras” y constituyen uno de los mayores obstáculos para la implicación paterna; se trata de aquellas cuyas preferencias y prácticas tienden a excluir a los padres del cuidado de los hijos en la medida en que son reacias a renunciar a su omnímoda responsabilidad sobre asuntos familiares (Flaquer, Lluís et al., 2020). A ello debemos añadir, obviamente, otros factores de diversa índole, como los recursos económicos o la disponibilidad de tiempo con que cuentan los progenitores. Ciertamente, como señalan estos autores, aún no se ha salvado la distancia entre un padre ayudante o colaborador de la madre y su representación como un sujeto autónomo y pleno, con una responsabilidad al mismo nivel que el de ella.

En cualquier caso, y precisamente a causa de estos déficits socio-culturales, el cuidado no es una cuestión que deba mantenerse en el ámbito de lo privado. El Estado Social debe anteponer ciertas necesidades y situarlo como una prioridad básica de la ciudadanía, previendo los recursos necesarios para que la escolarización de los menores de tres años, la atención a la dependencia o a las personas en situación de especial vulnerabilidad se sitúen en un lugar preferente en la agenda pública. Vivimos tiempos de una gran esperanza de vida que a menudo es, sin embargo, tan frágil como precaria, de forma que las necesidades de cuidado suponen en muchos casos una carga inviable, sobre todo para las mujeres. Si no se trabaja para paliarla de forma decidida, cuestiones tales como la incorporación

femenina al mercado de trabajo, o su desarrollo profesional en las mismas condiciones que los hombres, pueden convertirse en una verdadera entelequia. Los peligros pueden parecer nuevos en este mundo complejo e hiper-tecnológico, pero continúan arraigados en viejos prejuicios. Sentado el carácter fundamental de la conciliación, y la importancia de la responsabilidad como elemento imprescindible para su ejercicio, se trata tan solo de que los poderes públicos sean realmente fieles a estos principios.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup> Amparo. (2019). El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol. *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 4 (2), 14.
- CASAS BAAMONDE, Ma Emilia. (2017). ¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres? *Derecho de las relaciones laborales*, 1, pp. 1-18.
- Colectivo IOÉ. (2008). La condición migrante en España. Posiciones básicas en torno a la ciudadanía. Disponible en: <https://www.colectivoioe.org/uploads/54bf7beb2963745c05a2bc125e8cc6f002bea00d.pdf>
- FLAQUER, LLUIS, Cano, Tomás, & Barbeta Viñas, Marc. (2020). La paternidad en España. La implicación paterna en el cuidado de los hijos. Centro Superior de Investigaciones Científicas Madrid.
- IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia. (2012). El derecho al cuidado en el estado social de derecho. *AFD*, XXVIII, pp. 185-206.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando. (2019). Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo: Una primera aproximación. *Revista de Derecho Social y Empresa*, 11, 28.
- (2014) El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARRADES PUIG, Ana. (2016). Los nuevos derechos sociales: El derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional. *Revista de Derecho Político*, 97, pp. 209-242.
- MARTÍN GUARDADO, Sergio. (2022). Monoparentalidad, género, conciliación y protección social contributiva: ¿dónde está la discriminación? *IgualdadES*, 6, pp. 143-172.
- NUÑO GÓMEZ, Laura. (2010). Análisis comparado del tratamiento de la conciliación de la vida familiar y laboral en los países de la Unión Europea. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 6, pp. 1-26
- RECHE TELLO, Nuria. (2018). La constitucionalización del derecho fundamental a conciliar la vida personal y laboral. Granada, Comares.
- (2020). La nueva directiva de conciliación de los cuidadores y de los progenitores: ¿Otra oportunidad perdida? *Revista de Derecho Social* 89 pp. 65-89

- (2022). El tiempo y el trabajo de las mujeres: Análisis en un contexto de crisis sistémica. En Debates teóricos sobre políticas de igualdad entre mujeres y hombres, Laura Nuño Gómez (dir.) Lara Martínez de Aragón López (coord.). Granada, Comares.