UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE

TESIS DOCTORAL

LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL

Nuria Reche Tello

Dirección: Dra. Dª. Rosario Tur Ausina

Departamento de Ciencias Sociales y Humanas

Programa de Doctorado: Estudios de las mujeres, feministas y de género

Elche, 2016

SUMARIO

ABREVIATURAS 7

INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA 9

CAPÍTULO I: MARCOS TEÓRICO-JURIDICO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL DE LOS TRABAJADORES/AS 19

1. MARCO TEÓRICO IUSFEMINISTA 19

1.1. Necesaria vindicación del movimiento feminista como impulsor de la construcción jurídica del género 20
1.2. El contrato social y el contrato sexual: La dicotomía público/privado como origen de la discriminación estructural sexo/género 24
1.3. Diferentes enfoques iusfeministas y su incidencia en la elaboración de las políticas de igualdad de género y de conciliación de la vida personal y laboral 29
1.4. Estrategias de las políticas de igualdad de género y de conciliación de la vida personal y laboral y sus limitaciones 35
1.5. Análisis de los discursos actuales en torno a la conciliación 52

2. MARCO NORMATIVO 65

2.1. Evolución normativa y jurisprudencial del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito internacional y de la Unión Europea 66
2.2. Desarrollo normativo de los derechos de conciliación de la vida personal y laboral en el ámbito europeo 79
2.3. Evolución y desarrollo de los derechos de conciliación de la vida personal y laboral en el ámbito normativo estatal 111
2.4. Una aproximación a la conciliación de la vida personal y laboral extramuros de la relación laboral común por cuenta ajena 152
2.5. Evolución y desarrollo de la conciliación de la vida personal y laboral en el ámbito autonómico 162
2.6. La conciliación de la vida personal y laboral desde el derecho comparado 187

CAPÍTULO II: TRABAJO, TIEMPO DE TRABAJO Y DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL 213

1. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO COMO CONTEXTO Y CONDICIONANTE EN EL QUE SE DESARROLLAN LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN 215

1.1. Los rasgos caracterizadores de la disciplina en su origen histórico 215
1.2. La complejidad actual del objeto regulatorio. Las modificaciones en los elementos estructurales del Derecho del Trabajo 222

1.3. ¿Hacia dónde va el Derecho del Trabajo? 232
1.4. El trabajo como manifestación de la condición ciudadana..... 235
1.5. La protección de los derechos fundamentales del trabajador/a en el ámbito laboral como elemento legitimador de la disciplina 239

2. EL TIEMPO Y EL TRABAJO DE LAS MUJERES 245

2.1. Trabajo, tiempo y género. Un análisis de la situación sociolaboral actual..... 245
2.2. La incidencia de las reformas legislativas adoptadas tras la "crisis del año 8". 259
2.3. La división sexual del trabajo como causa subyacente de la brecha de género en el mercado laboral 284
2.4. El tiempo de trabajo. Usos y tratamiento normativo 299
2.5. Propuestas doctrinales en torno a los derechos de conciliación y las políticas del tiempo 317

3. LA ¿INEVITABLE? TENSION EN LA TITULARIDAD POR EL DERECHO DE ORDENACION DE LA JORNADA LABORAL..... 326

3.1. La adopción de la estrategia europea de flexiseguridad en el ordenamiento jurídico español. Su sentido unidireccional 326
3.2. La libertad de empresa. La "naturalidad" y amplitud de la potestad empresarial. La presencia de derechos fundamentales como límite. 337
3.3. Las limitaciones de los derechos fundamentales en su ejercicio entre particulares. Criterios interpretativos del Tribunal Constitucional para la resolución de los conflictos 349
3.4. La técnica de la ponderación como mecanismo resolutivo de conflictos entre la potestad organizativa del empresariado y los derechos fundamentales de los trabajadores/as 354

CAPÍTULO III: LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN TRAS LA LOI 3/2007 375

1. DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE "SEGUNDA GENERACION"..... 375

1.1. Nuevos derechos en las relaciones laborales para toda la ciudadanía..... 375
1.2. ¿Qué son los derechos de conciliación? ¿Medidas al servicio del empleo femenino, de la protección de la familia, de la promoción de la igualdad de género o algo más? 384

2. LA AMPLIACION DE LA CONCILIACIÓN A LA VIDA PERSONAL 390

2.1. ¿Vida familiar o vida personal? 390
2.2. La consideración del concepto "vida personal" en la doctrina científica..... 395
2.3. ¿Derechos de conciliación de primer y de segundo nivel?..... 403
2.4. Efectividad y articulación del ejercicio de la conciliación de la vida personal y laboral 406

3. EL ENFOQUE DE LA CORRESPONSABILIDAD EN LOS NUEVOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN 408

3.1. Principios y objetivos configuradores de la corresponsabilidad 408

3.2. Evolución del principio de corresponsabilidad en el ámbito internacional y de la UE 413
3.3. Evolución del principio de corresponsabilidad en el ámbito estatal 422
3.4. Los permisos parentales iguales, remunerados e intransferibles como medida para la corresponsabilidad efectiva 433
3.5. El desarrollo de la corresponsabilidad en la legislación civil 441
3.6. ¿De la conciliación a la corresponsabilidad? 447

4. EL DERECHO A ADAPTAR Y DISTRIBUIR LA JORNADA DE TRABAJO PARA CONCILIAR LA VIDA PERSONAL Y LABORAL 453

4.1. El derecho de los trabajadores/as a la adaptación y distribución de la jornada de trabajo como principal garante de los "derechos de conciliación presenciales" 453
4.2. El derecho a la adaptación y distribución de la jornada de trabajo en la Unión Europea 456
4.3. Supuestos normativos de adaptación y distribución de la jornada de trabajo para conciliar vida personal y profesional en el ámbito estatal: Conflictos y soluciones 462

5. RÉGIMEN PROCESAL DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN 522

5.1. Evolución legislativa del procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación 522
5.2. El objeto del procedimiento 525
5.3. Los sujetos legitimados procesalmente en el ejercicio de los derechos de conciliación 533
5.4. Tramitación procesal del ejercicio de los derechos de conciliación 536
5.5. Conexiones con el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas 543
5.6. El acceso al recurso de suplicación en las sentencias recaídas en los procesos regulados por el art. 139 LRJS 36/2011 así como a otros recursos excepcionales .. 545

6. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN Y SU DESARROLLO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA 552

6.1. Introducción 552
6.2. La negociación colectiva y su papel en la promoción del principio de igualdad y no discriminación, así como del desarrollo de los derechos de conciliación 555
6.3. Estado de la cuestión: desarrollo de la igualdad de género y los derechos de conciliación por la negociación colectiva 565

CAPÍTULO IV: LA CONFIGURACIÓN DE UN NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA 579

1. LA PROGRESIVA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL 579

1.1. Introducción 579

1.2. El derecho internacional aplicable como pauta hermenéutica en la configuración del derecho a la conciliación 588
1.3. La necesidad de aunar criterios hacia un estándar común del derecho a la conciliación..... 620

2. EVOLUCIÓN DE LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL..... 625

2.1. Introducción..... 625
2.2. La Constitución como marco jurídico interpretativo de los derechos de conciliación..... 627
2.3. Evolución jurisprudencial de los derechos de conciliación de la vida personal y laboral en la doctrina del TJUE y del TC (especial referencia a la tutela del embarazo y la maternidad)..... 637
2.4. Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial..... 655
2.5. Avances y retrocesos en la doctrina constitucional sobre los derechos de conciliación. Valoración crítica..... 665
2.6. La jurisprudencia constitucional por venir..... 688

3. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL: DERECHOS CONSTITUCIONALES IMPLICADOS EN SU EJERCICIO..... 695

3.1. Introducción..... 695
3.2. La relación con el principio de la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)..... 699
3.3. La relación con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo/género (arts. 9.2 y 14 CE) 707
3.4. La relación con el derecho a la protección integral de la familia (arts. 39, 40 y 50 CE)..... 717
3.5. La relación con el derecho a la intimidad personal y familiar (art.18.1 y 18.4 CE) 725
3.6. La relación con el derecho al trabajo (arts. 35.1 40.1 y 40.2 CE) 729
3.7. La relación con el derecho a la protección de la salud (arts. 15, 40.2 y 43.1 CE) 736
3.8. La relación con el derecho a la formación (arts. 27, 35.1 y 40.2 CE) 744
3.9. La relación con el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art.16 CE)..... 748
3.10. Un caso particular: el voluntariado de acción social y la defensa de su ejercicio a través del derecho fundamental a la conciliación de la vida personal y laboral.... 756
3.11. A modo de recapitulación..... 761

4. EL DERECHO A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS. ¿UN NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL?..... 763

4.1. Introducción..... 763
4.2. El derecho fundamental a la conciliación de la vida personal y laboral..... 765
4.3. Contenido y naturaleza jurídica del derecho fundamental a la conciliación de la vida personal y laboral..... 777

CONCLUSIONES 795

ANEXO Nº I: DERECHOS PARA CONCILIAR LA VIDA PERSONAL Y LABORAL EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES 823

ANEXO Nº II: CÓMPUTO DE COTIZACIONES EFECTIVAS EN DETERMINADAS SITUACIONES DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL/FAMILIAR Y LABORAL PARA COMPENSAR LA BRECHA DE GÉNERO 829

ANEXO Nº III: GARANTÍA DE INDEMNIDAD FRENTE A REPRESALIAS POR EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN 833

ANEXO Nº IV: IGUALDAD Y CONCILIACION EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA 835

ANEXO Nº V: RELACIÓN CRONOLÓGICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE MAS RELEVANTE EN MATERIA DE IGUALDAD DE GENERO Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL 837

ANEXO Nº VI: RELACIÓN CRONOLÓGICA DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL MAS RELEVANTE –ESPECIAL REFERENCIA A LA TUTELA DE LA MUJER TRABAJADORA EN SITUACIÓN DE MATERNIDAD- 847

ANEXO Nº VII: TRATADOS INTERNACIONALES DE APLICACIÓN PARA LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL 851

BIBLIOGRAFÍA 857

ABREVIATURAS

AGE: Administración General del Estado

ANC: Acuerdo de Negociación Colectiva

CDFUE: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CEARC: Comité de Derechos económicos, sociales y culturales

CEDH: Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

CEDS: Comité europeo de derechos sociales

CES: Consejo Económico y Social

CIS: Centro de Investigaciones Sociológicas

CCOO: Comisiones Obreras

CSE: Carta Social Europea

DCPL: Derechos de conciliación de la vida personal y laboral

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

EBEP: Estatuto Básico de los Empleados Públicos

ET: Estatuto de los Trabajadores

LGSS: Ley General de la Seguridad Social

LOPIVG: Ley Orgánica para la prevención integral de la violencia de género

LOI: Ley orgánica para promover la igualdad efectiva de mujeres y hombres

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LPRL: Ley de prevención de riesgos laborales

LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

LRL: Ley de relaciones laborales

LCVFL: Ley de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras

LPL: Ley de procedimiento laboral

OCU: Organización de Consumidores y Usuarios

OIT: Organización Internacional del Trabajo

OMC: Organización Mundial del Comercio

PI: Plan de igualdad

PEIO: Plan estratégico de igualdad de oportunidades

PIAF: Plan integral de apoyo a la familia

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

PPIINA: Plataforma por los Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

RD: Real Decreto

RDL: Real Decreto-Ley

RDLeg: Real Decreto Legislativo

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

UGT: Unión General de Trabajadores

INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

Abordar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral produce de inmediato un efecto paradójico: apenas iniciamos el estudio de la cuestión podemos ya afirmar que pocos ejemplos más significativos nos encontraremos de la distancia existente entre el reconocimiento formal de un derecho y su efectiva realización práctica. Pero la paradoja obedece, en primer lugar, a un aspecto de índole más sociológica que jurídica. En efecto, la conciliación no ocupa, si nos atenemos a las encuestas oficiales y generalistas –como los bien conocidos y divulgados "barómetros" del CIS-, un lugar preferente entre las preocupaciones de la ciudadanía. De hecho, ni siquiera aparece listada entre los problemas a valorar, a no ser, claro está, que el encuestado/a interprete que podría incluirse dentro del apartado "Los problemas relacionados con la mujer", algo en absoluto descartable a tenor de la persistente feminización que viene caracterizando la intervención legislativa sobre la materia, como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de este trabajo. Pues bien, aceptemos o no semejante malentendido, el resultado sería idéntico, puesto que deberíamos atribuir a la conciliación un interés para los españoles/as que se concretaría en un elocuente 0%, en la medida en que ni siquiera figura entre "los principales problemas" del país, o que ese es el porcentaje que los barómetros del CIS atribuyen a las dificultades propiamente femeninas[1].

Sin embargo el panorama cambia considerablemente cuando examinamos otras encuestas más especializadas, que toman como ámbito de actuación el trabajo y la vida privada: ahí la conciliación parece surgir de entre las tinieblas de lo "no relevante" para quebrar las paredes de silencio donde la confinan los grandes temas de discusión nacional. Nos enteramos entonces, a modo de ejemplo, que más del 75 % de la ciudadanía considera que los horarios de trabajo dificultan sobremanera llevar una vida privada y/o familiar razonable[2]; o que dos tercios de la población encuestada estima que

[1] Valga como ejemplo la reciente encuesta correspondiente al mes de marzo de 2016, que en ese concreto aspecto no varía las de los meses precedentes. Disponible en: http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3120_3139/3131/Es3131mar.pdf. Consultado el 10-5-2016.

[2] Estudio sobre Conciliación y Familia de la Fundación Pfizer del año 2014. Disponible en: https://www.fundacionpfizer.org/sites/default/files/pdf/informe_final_estudio_foro_debate_social_2014.pdf

no es posible desarrollar una carrera profesional brillante sin renunciar a esos otros aspectos vitales; o que el 71,1% de los padres manifiesta que no pasa el suficiente tiempo en casa para poder estar con sus hijos[3]. En realidad, si obviamos el referido listado de preocupaciones preferentes en los barómetros del CIS y nos adentramos en otros apartados del mismo informe, descubrimos datos tan llamativos como el de que, durante los primeros tres años de vida, quien se ocupa principalmente del cuidado de los hijos es la madre (82 %), la abuela en segundo lugar (7,5 %), y el padre en tercero (4,8 %); y es que, en ese sentido, tan sólo un 13,2 % de los encuestados/as se encuentra completamente satisfecho con el reparto de tareas de cuidado, y en torno al 21 % con las domésticas en general[4].

El efecto paradójico al que nos hemos referido tiene otras manifestaciones menos sistematizadas, y que pueden apreciarse en el día a día: desde los innumerables artículos de prensa que se ocupan de la conciliación como un problema permanentemente irresuelto –y debemos subrayar, de nuevo, que en buena parte suelen aparecer en las publicaciones destinadas al público femenino-, a las asimismo abundantes menciones en los programas políticos; por no hablar de los congresos, informes e iniciativas[5] de toda índole que tanto en el sector público como en el privado se ponen en marcha para reflexionar sobre algo que, ahora sí, merece la calificación de preocupación relevante.

Y es que nadie puede negar cabalmente que lo sea. La conciliación de la vida personal, familiar y laboral hace referencia a la necesidad de compatibilizar dos ámbitos tan consustanciales a la propia existencia como el del trabajo, que nos permite obtener los medios materiales para que aquella sea posible, y de la vida privada, donde se desarrolla nuestro proyecto vital a través de una diversidad de expresiones: la familia, el ocio, la formación, el cuidado de dependientes, el descanso, la salud, etc. La mera enunciación de estos elementos que forman parte del concepto, tan presentes en el día a

---

Consultado el 10-5-2016.

[3] Estudio de la OCU sobre los horarios en España, año 2014. Disponible en: http://www.ocu.org/consumo-familia/nc/informe/los-horarios-de-espana/2. Consultado el 10-5-2016.

[4] Datos obtenidos en el mismo barómetro de marzo de 2016.

[5] Así, el Informe de la Subcomisión creada en la Comisión de Igualdad del Congreso para el estudio de la racionalización de horarios, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la corresponsabilidad. Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 26 de septiembre de 2013, y que no se ha llegado a debatir. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/BOCG-10-D-330.PDF. Consultado el 10-5-2016.

día, pone de manifiesto su indudable relevancia, de ahí que no deje de ser llamativo que no aparezca entre las principales preocupaciones de la ciudadanía.

Todo ello ha condicionado nuestra posición a la hora de investigar sobre los derechos de conciliación, y en cierto modo nos ha proporcionado un valioso punto de vista: al igual que ocurre con las encuestas, en las que se hace preciso descender de los grandes temas de debate nacional a las singulares realidades cotidianas, la labor investigadora no podía limitarse a glosar una serie de normativa y su aplicación jurisprudencial; resultaba imprescindible, según nuestro criterio, proceder de acuerdo con las mismas pautas que el propio ordenamiento jurídico nos ofrece para la interpretación de las normas, esto es, trascender de su literalidad y analizar los antecedentes históricos y legislativos, el contexto en que han sido producidas, la realidad social sobre la que operan y su espíritu y finalidad, que en el asunto que nos ocupa no siempre resultan evidentes. Se trataba, en definitiva, de profundizar en el objeto de estudio para revelar el porqué de esa anomalía, esa dislocación que apreciamos entre el reconocimiento normativo de la conciliación y su aplicación efectiva, entre su declaración programática y los mecanismos escasamente eficientes de puesta en práctica, entre su exclusión del ámbito de "lo trascendente" y su presencia incuestionable en el de "lo importante". Para finalmente formular una serie de propuestas que, desde el ámbito jurídico y la concreta perspectiva constitucional, permitan dotar a estos derechos de las herramientas adecuadas para responder a su propósito último, que no sólo se concreta en esa compatibilidad de esferas vitales a que hemos hecho referencia, sino en algo que debería estar siempre presente en ambas: la efectiva igualdad de mujeres y hombres en el ejercicio de sus derechos y, más aún, en sus capacidades reales para reclamarlos y hacerlos eficaces.

Comenzamos nuestro trabajo con un capítulo que es expresivo de este punto de vista: en él abordamos el marco teórico en el que se encuadran los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sobre los cuales debemos hacer una precisión terminológica: a lo largo de las páginas que siguen nos referimos a ellos con las siglas DCPL, esto es, derechos de conciliación de la vida personal y laboral. La exclusión del término "familiar" de su denominación general obedece a la voluntad de eliminar el reduccionismo que con frecuencia aparece asociado a su uso, y que ha contribuido a la idea generalmente aceptada –incluso por la propia acción legislativa y jurisprudencial, como veremos- de que la conciliación es un asunto limitado a las tareas de cuidado de menores y dependientes, y a cargo de la mujer. El cambo terminológico

que proponemos obedece, en realidad, a la presencia de la vida personal como factor a considerar en la conciliación de manera creciente, tanto en lo que se refiere a su reconocimiento normativo, a distintos niveles, como doctrinal y jurisprudencial. Lo personal, a fin de cuentas, comprende igualmente lo familiar, y ninguna tensión debería provocar a este respecto el uso del primero, más amplio e inclusivo, al admitir dentro de él todas las posibles situaciones que generen necesidades conciliatorias en la ciudadanía. Así se reconoce en el ámbito anglosajón, con la expresión *work-life balance*.

Sentado esto, y prosiguiendo con la descripción de los distintos capítulos del trabajo, el inicial al que hacíamos referencia recorre los aspectos teóricos que constituyen un necesario punto de partida para estudiar los DCPL. Así, como cuestión previa analizamos los presupuestos de orden doctrinal que condicionan la mera idea de la conciliación, puesto que no es posible entenderla desligada de los problemas de fondo atinentes a la igualdad, y que desde el iusfeminismo se han venido denunciando desde antiguo. Cuestiones como la construcción del género, las discriminaciones estructurales a él asociadas, el contrato social y sexual, etc., no sólo nos sirven como imprescindible reconocimiento a quienes han hecho posible que hoy día podamos si quiera discutir sobre el asunto –y que una mujer, en definitiva, tenga la posibilidad de presentar una tesis doctoral para su valoración por un Tribunal en condiciones de igualdad con cualquier compañero investigador-, sino que explican y condicionan la implementación de las políticas de igualdad y los discursos que se elaboran y defienden por los distintos intervinientes en el campo que analizamos. De este modo podemos pasar a estudiar el marco jurídico de los DCPL, principalmente vinculado con el del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo/género, en los diferentes niveles del ordenamiento jurídico: internacional y comunitario, estatal, autonómico y comparado, deteniéndonos asimismo en el tratamiento jurisprudencial. Debemos hacer, no obstante, una nueva precisión: dada la amplitud de la materia, nos hemos ceñido al ámbito en el que consideramos que refleja con mayor intensidad todos los problemas presentes en los DCPL: la relación de carácter jurídico-laboral por cuenta ajena. Quiere esto decir que hemos dejado fuera de nuestro estudio elementos sin duda interesantes, como son ciertas estrategias aledañas a la conciliación que inciden necesariamente sobre ella: las políticas relacionadas con la dependencia, la escolarización de cero a tres años, los servicios sociales públicos, etc. Aun con el examen a que hemos aludido de los presupuestos teóricos y la realidad sociológica que constituyen el entorno de desarrollo

de los DCPL, nuestra perspectiva es indudablemente jurídica, de ahí la exclusión de esos aspectos cuya relevancia reconocemos, así como de otras formas relacionales de la prestación de servicios: el régimen de los empleados/as públicos, los trabajadores/as autónomos, la Judicatura, la Guardia Civil, etc., sobre los cuales reseñamos su régimen legal, que en ocasiones refuerza la impresión de que es el contexto de la relación laboral por cuenta ajena donde se libra la auténtica batalla de los DCPL, en la medida en que algunos de esos regímenes presentan condiciones de ejercicio mucho más favorables que pueden contribuir a generar una división indeseable entre trabajadores/as de uno u otro sector. Asimismo también excluimos de nuestro estudio las cuestiones del Derecho de la Seguridad Social que tienen que ver con cada uno de los DCPL. No obstante debemos matizar que no somos ajenos a que el tratamiento de la conciliación debe abordarse también en la regulación de otras cuestiones como la formación o el empleo informal, atípico, el subempleo, el desempleo y la inactividad, donde la presencia de mujeres es mayoritaria. A nadie se le oculta que son precisamente las mujeres inactivas, desempleadas o con empleos atípicos, las que suelen encontrarse en una situación más precaria para afrontar el conflicto que representa la conciliación. Si no acometimos su estudio fue, pues, a causa de ese mismo criterio delimitador que nos exigía la intención de profundizar en el objeto de análisis.

Una vez expuesto el régimen jurídico de los DCPL se puso aún más de manifiesto aquel efecto paradójico al que hacíamos referencia: y es que la abundancia de normativa en todos los niveles dejaba a las claras que no nos encontrábamos precisamente ante unos derechos faltos de reconocimiento formal. Surgía entonces la pregunta del porqué de sus dificultades para ser ejercitados en la práctica: el motivo por el que, en definitiva, el derecho no está siendo capaz de resolver el problema. De este modo el capítulo II se plantea como una suerte de excurso: en él sometemos a la realidad de los datos y los hechos aquellos marcos teóricos que acabamos de estudiar. Un descenso a ras de suelo, por así decirlo, en que nos encontramos con unos resultados concluyentes: la brecha de género existente en cada uno de los aspectos relacionados con el trabajo y la vida privada continúa siendo amplia, determinante e injustificable. Y para mejor comprenderla la enmarcamos en la compleja situación creada tras la crisis económica cuyo inicio podemos situar en el año 2008, y que aún perdura. En realidad este escenario de crisis se encuentra presente a lo largo de toda la tesis, en la medida en que su incidencia no sólo se ha proyectado sobre la vida cotidiana de la ciudadanía, con efectos a menudo devastadores, sino que ha servido de sustento intelectual para

numerosas reformas legislativas de mucho mayor calado de lo que podría aparentar su adopción más o menos azarosa. Tanto es así que en este mismo capítulo reflexionamos sobre el implacable cuestionamiento a que se encuentra sometida la disciplina jurídica del Derecho del Trabajo, principal herramienta llamada a posibilitar, en principio, el ejercicio de los DCPL; y por otro lado, el importante desequilibrio que todas esas reformas han acabado provocando en el núcleo mismo de la relación laboral, al incrementar notablemente las capacidades directivas y de organización del empresariado y disminuir paralelamente las de los trabajadores/as; y ello a pesar de que, con frecuencia, tales intervenciones normativas se presentan con el rostro amable de la flexibilización, la adaptación a las circunstancias y el incremento de la productividad. Claro que, como veremos, en la medida en que se articulan en un sentido exclusivamente unidireccional –a favor de una de las partes implicadas en la relación laboral- terminan por violentar la esencia misma de lo que ha constituido el Derecho del Trabajo desde su nacimiento y aparecen como un obstáculo importante no sólo para ejercicio efectivo y concreto de los DCPL, sino para la implementación de políticas del tiempo que permitan encarar la cuestión de una manera más amplia e integradora. No obstante, la contextualización aludida en un tiempo de crisis no puede hacernos olvidar que nos encontramos ante un problema de mayor profundidad y arraigo, cuya comprensión nos ha facilitado el marco teórico previamente analizado: la división sexual del trabajo, a la que también dedicamos un breve apunte histórico que la presenta como un proceso permanentemente reconstruido –tal como está ocurriendo en el momento presente-.

El estudio realizado en los dos primeros capítulos nos permite pasar en el tercero a adentrarnos en los DCPL “de segunda generación” incluidos en el ordenamiento jurídico español tras la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y que, más allá de sus defectos e imprecisiones, vienen a reconectar la conciliación con la igualdad efectiva de genero, estableciéndose como verdaderos mecanismos antidiscriminatorios vinculados a toda la ciudadanía social, evitando así el reduccionismo femenino/familiar que hemos mencionado anteriormente. Partiendo de su regulación, examinamos la relevante inclusión de la “vida personal” en la conceptualización de los DCPL, y su recepción doctrinal. Un segundo enfoque, llamado igualmente a cumplir un papel esencial en el desarrollo futuro de estos derechos, es el de la corresponsabilidad, no exento de matices a valorar desde una perspectiva crítica, y una de cuyas manifestaciones de mayor interés serían los permisos

parentales iguales, remunerados e intransferibles. Asimismo nos detenemos en el derecho de los trabajadores/as a la adaptación y distribución de la jornada de trabajo, en lo que tiene igualmente de avance con respecto a la normativa tradicional en materia de conciliación: se trata de un derecho de conciliación presencial, y no meramente de ausencia, con importantes implicaciones para el objetivo último de compatibilizar la vida personal y laboral, y no pocas resistencias a su ejercicio. En este sentido, examinamos asimismo los cauces procesales que permiten, y con frecuencia dificultan, la puesta en práctica de los DCPL, aspecto necesario si queremos recorrer el tránsito que va desde el derecho formal a su realización material. Finaliza el capítulo con un apartado relativo al tratamiento de los DCPL en la negociación colectiva, donde volvemos a encontrarnos con otra representación acendrada de lo que calificábamos de "efecto paradójico": frente a su potencialidad y sustento normativo al más alto nivel aparecen, por contraste, el debilitamiento jurídico a que por vía indirecta la han conducido las recientes reformas legislativas, además del deficiente tratamiento que, desde el punto de vista del contenido, observamos en muchos convenios colectivos por completo carentes de la perspectiva de género.

Y es que, en general, podemos decir que la conciliación se ha visto impulsada por el legislador en las dos últimas décadas, al menos en su aspecto formal, mediante la aprobación de diferentes normas que desarrollan medidas para su incorporación al ordenamiento jurídico, y el consiguiente favorecimiento de la compatibilidad entre la vida personal y el desarrollo profesional de los trabajadores/as. Pero en la práctica siguen existiendo obstáculos y barreras estructurales para la plena equiparación laboral de hombres y mujeres, puesto que, por una parte, continúan siendo ellas las que de forma mayoritaria son objeto de las políticas de conciliación –que apenas abordan los problemas de fondo- y terminan acogiéndose a sus mecanismos; por otra parte, nos encontramos con importantes resistencias en todos los ámbitos de la vida social y laboral frente a los DCPL; y por último, algunas lagunas y vacíos legales existentes en la regulación están provocando inseguridad jurídica, así como contradicciones entre el contenido de las normas y su aplicación efectiva. Irregularidades que responden tanto a una falta de adaptación y ajuste de aquéllas a la realidad social cuanto a las prácticas de los operadores socio-jurídicos en su conjunto, todo ello unido al planteamiento económico que favorece, como hemos apuntado, el desequilibrio de poderes en el seno de la relación laboral.

Así las cosas, en el capítulo IV, y último, formulamos una propuesta dirigida a modificar la situación que hemos venido exponiendo en los precedentes. Nuestra tesis se enmarca en las corrientes de pensamiento iuslaboralista que apuestan por potenciar los derechos constitucionales en las relaciones de trabajo, tanto los específicos como los inespecíficos, y reforzar así un marco legal garantista que las reequilibre. En tiempos en que la propia disciplina del Derecho del Trabajo se encuentra sometida a lo que podríamos calificar de verdadero ataque coordinado desde diversas instancias, la Constitución parece el último cobijo al que acudir para defender el castillo del ordenamiento jurídico laboral. Pero tal mecanismo no resulta gratuito ni se deriva de un pensamiento "utilitario" a favor de los DCPL. Bien al contrario, debemos tener en cuenta que cuando un trabajador/a solicita una medida de conciliación está poniendo en juego una serie de derechos fundamentales relacionados entre sí, y que vienen a configurar la dimensión constitucional de los DCPL, como ha sido reconocido jurisprudencial y normativamente –en el ámbito internacional- según analizaremos en ese capítulo. Pasamos, de este modo, de la dimensión ordinaria de los DCPL a la propiamente constitucional, y de su relación inicial con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo/género, y el de la protección a la familia, a la implicación de otros principios y derechos tales como el de la intimidad personal y familiar, el de la protección de la salud, la formación profesional, la libertad ideológica y religiosa, amén de supuestos atípicos desde el punto de vista del reconocimiento de un derecho subjetivo, como el voluntariado de acción social. Todos ellos inexorablemente vinculados con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. La proyección de diversos derechos fundamentales a través del ejercicio de los DCPL, y la configuración final de todos estos como un nuevo derecho fundamental autónomo, encontrarán sustento en la doctrinal constitucional, el ordenamiento jurídico internacional y la propia conceptualización que desde la teoría de los derechos fundamentales se ha venido elaborando sobre aspectos tales como su objeto o su contenido esencial. De este modo propondremos una reforma constitucional que reconozca su verdadera naturaleza y los refuerce en tal sentido que indubitablemente conlleve un tratamiento legal y jurisprudencial acordes con la misma, lo que entre otras cuestiones implicaría ejercitar de manera adecuada la técnica ponderativa en los conflictos entre derechos existentes con motivo de una solicitud de DCPL, amén de otros efectos relativos a la interpretación judicial a favor de la efectividad de los DCPL, el respeto a ese contenido esencial o la inversión procesal de la carga de la prueba.

Nuestro trabajo se completa con una serie de Anexos donde sistematizamos los DCPL recogidos en los distintos niveles del ordenamiento jurídico: internacional, estatal y autonómico; así como otras cuestiones de interés relativas a las garantías de indemnidad en el ejercicio de los DCPL, los beneficios que conllevan en cuanto al cómputo de cotizaciones de Seguridad Social y, finalmente, una relación de los principales pronunciamientos jurisprudenciales, procedentes del TJUE y del TC, que han venido determinando, en lo bueno y en lo malo, la aplicabilidad de los DCPL.

Por último, y en lo que respecta a los aspectos metodológicos de la elaboración de nuestro trabajo, es oportuno subrayar que se ha realizado teniendo en cuenta en todo momento la perspectiva de género. Algo imprescindible en la investigación en ciencias sociales y jurídicas, toda vez que de no hacerlo así se corre el riesgo de asumir como naturales y universales determinados estereotipos que en realidad se constituyen en norma a través de una construcción cultural. Sólo mediante el estudio, la revelación y reformulación de las variables de género podemos acceder a un conocimiento riguroso en materias como la que nos ocupa, donde tales aspectos se hallan particularmente presentes. Así, hemos aplicado esta perspectiva en la toma en consideración de las desigualdades estructurales, dentro de los aspectos teóricos de nuestro trabajo, e igualmente en el análisis de los efectos específicos de las reformas legislativas y las políticas públicas sobre uno y otro sexo. Idéntica perspectiva se ha adoptado a la hora de desglosar los datos estadísticos y, finalmente, al proponer medidas correctoras tanto en el ámbito estrictamente jurídico como en el de la actuación de los poderes públicos. En lógica coherencia con ello hemos empleado un lenguaje no sexista, escogiendo aquellos términos que eviten el masculino genérico en la medida de lo posible; del mismo modo, y aun a riesgo de hacer la lectura reiterativa, hemos incluido la doble terminación en los sustantivos, especialmente cuando hacen referencia a las partes de la relación laboral, tratando de coordinar esta perspectiva con la fluidez de la prosa. Se trata, a fin de cuentas, de conciliar ambas necesidades: la de la visibilización femenina, tan frecuente e irreflexivamente obviada, con la evitación de un texto farragoso; de ahí que esa opción por la terminación inclusiva se haya evitado en los artículos y tiempos verbales de participio que, respectivamente, anteceden y siguen al sustantivo. Por otro lado, tratándose de una investigación fundamentada en la revisión de la doctrina y la jurisprudencia, hemos empleado el estilo de citas *Chicago Manual of Style (16th), full note* en las referencias bibliográficas, con el fin de facilitar su identificación.

Comenzamos esta introducción hablando de la paradoja de la conciliación, y podemos concluirla, sin embargo, refutándola: porque si algo nos ha enseñado el estudio es que no se trata de una consecuencia connatural a la clase de derechos que tratamos, o a una dificultad objetiva e insuperable que dependa de la propia configuración social o cualquier otro factor semejante. La distancia existente entre el reconocimiento normativo de los DCPL y su ejercicio en la práctica, o entre la preocupación cotidiana que suponen y su ausencia en los grandes debates públicos, no es sino la que separa al derecho formal de su realización material, como ha ocurrido con cualquier otra conquista histórica de los derechos sociales. En la modesta medida en que, desde el análisis jurídico, hayamos contribuido a tender puentes que ayuden a minimizarla, nuestra tarea habrá merecido la pena.

CAPÍTULO I: MARCOS TEÓRICO-JURIDICO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL DE LOS TRABAJADORES/AS

1. MARCO TEÓRICO IUSFEMINISTA

A lo largo del presente apartado desarrollaremos el corpus teórico iusfeminista en el que necesariamente debemos enmarcar los derechos de conciliación de la vida personal y laboral, objeto de nuestro estudio, que se han venido desarrollando como parte integrante de las políticas de empleo, familiares y de género implementadas durante los últimos treinta años, comenzando por abordar las aportaciones del feminismo jurídico. Y es que hoy día no sería posible, siquiera, hablar de igualdad de oportunidades para *toda* la ciudadanía, y por lo tanto para ese cincuenta por ciento de la ciudadanía que constituyen las mujeres, sin subrayar los logros que a lo largo de tres siglos tanto el feminismo como teoría crítica cuanto los diferentes movimientos feministas han logrado con notable esfuerzo. A la hora de estudiar los derechos de conciliación, que en adelante llamaremos DCPL, para toda la ciudadanía resulta imprescindible partir del trabajo intelectual que nos precedió y que, desde una mirada crítica al Derecho como ordenamiento supuestamente neutro y universal, ha desvelado que una mitad de la ciudadanía no sólo no tenía los mismos derechos que la otra mitad, sino que con su trabajo no remunerado contribuían de forma invisible al progreso social.

Muchos de los problemas prácticos con los que nos encontraremos a lo largo de este trabajo tienen aquí su referente teórico. Por ello se hace preciso aclarar algunos de los conceptos fundamentales que manejaremos con una doble finalidad: en primer lugar, de delimitación semántica; y en segundo lugar, de cuestionamiento de las respuestas que el derecho ha venido dando frente al ejercicio de los DCPL.

1.1. Necesaria vindicación del movimiento feminista como impulsor de la construcción jurídica del género

Si nos preguntamos cómo y cuándo se ha formado una identidad *feminista*, independientemente de otros factores como la clase, la raza o la condición sexual, debemos remontarnos al siglo XVIII. Esta identidad, como nos explican Amorós y de Miguel[6], comenzó ya a articularse en la Revolución Francesa, frente a la manifiesta exclusión del ámbito público y la ciudadanía que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano realizaba con respecto a las mujeres. Se apoyaba, además, en la idea común de la dominación patriarcal y en el consiguiente interés de las mujeres por modificar el inmutable destino que la llamada "era de los cambios" les continuaba asignando. Aunque en los países democráticos no es sino hasta el siglo XX cuando las mujeres acceden al derecho al voto, debemos tener presente que los derechos -algunos ya plenamente efectivos, otros meramente formales aún- de los que hoy disfrutamos son resultado de una larga lucha de mujeres -y también algunos hombres-, ilustradas, sufragistas, socialistas, liberales, radicales, ecologistas, ciberfeministas, postfeministas, que conviene siempre tener siempre presente, máxime en estos momentos en los que la difuminación del sujeto político "mujeres" hace necesarias las alianzas entre todos los grupos posibles. Como señala Astelarra, si bien el feminismo no tiene en exclusiva el *copyright* sobre la definición de los problemas de las mujeres, "el movimiento feminista siempre ha sido quien ha iniciado los procesos sociales necesarios para producir los cambios requeridos"[7]. No podemos por tanto afrontar nuestro trabajo sin referirnos, aun de manera breve, a las diferentes actuaciones feministas que a través del tiempo han ido conquistando derechos como los que después estudiaremos, y en las mujeres que han venido denunciando que, a pesar de la evolución social, se mantenía la discriminación y jerarquía entre mujeres y hombres. Recordarlas es, más que un homenaje, una necesaria llamada al origen que nos ayude a comprender la construcción jurídica del género.

Hasta hace tan sólo unas décadas existía una ausencia significativa en los libros de texto acerca de la participación de las mujeres en los movimientos políticos y

[6] AMORÓS PUENTE, Celia y DE MIGUEL, Ana, *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De la Ilustración al segundo sexo*, 2ª, vol. 1º, 3 vols. (Madrid: Minerva, 2007). pp. 69.

[7] ASTELARRA BONOMI, Judith, *Veinte años de políticas de igualdad*, 2ª, Feminismos (Madrid: Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 2005). pp. 359.

sociales a lo largo de la historia, participación que los *Women´s Studies*, desde diferentes disciplinas, se han ocupado de visibilizar y re-construir a través de una perspectiva crítica de género. Fauré, en su *Enciclopedia histórica y política de las mujeres*, ha realizado una interesante compilación de las acciones en las que las mujeres participaron en momentos clave de la historia de Occidente, momentos de importantes transformaciones políticas, poniendo en evidencia que desde el nacimiento de los Estados modernos hasta nuestros días los grandes acontecimientos que han marcado la historia dan prueba de su presencia y su movilización. Así, reflexiona esta autora, "los derechos del hombre, esos principios que las sociedades occidentales exhiben tan ufanas y que son la garantía de su reconocimiento democrático, no integran la igualdad entre los sexos hasta el siglo XX"[8].

Podemos decir que la primera *Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana*, de Olympe de Gouges, se inscribe en lo que Fauré denomina una reactualización de los actos constitutivos de la sociedad de la que fueron testigo los primeros años de la Revolución. Este texto, fechado sobre 1791, pasó relativamente inadvertido en el momento de su publicación. Hubo que esperar a la socialista Flora Tristán (1803-1844) para que "declarar los derechos" se volviese a considerar un acto significativo de emancipación femenina. Un año más tarde, en 1792, se publica en Londres *Vindicación de los derechos de la mujer* de la periodista inglesa Mary Wollstonecraft, siendo este libro acogido, al contrario que su predecesor y desde su primera edición, con mucho éxito y como una obra decisiva de la defensa de la condición femenina.

Tanto Olympe de Gouges como Mary Wollstonecraft contribuyeron a extender los derechos del hombre a las mujeres, una empresa intelectual osada e inspirada en gran medida en los debates constitucionales que acababan de desarrollarse en Francia. No obstante, concluye Fauré, "la situación cambió en la segunda mitad del siglo XVIII. El arquetipo de la mujer culta, prolongado por las mujeres de los salones ilustrados, perdió su atractivo y se agotó. Las figuras que encarnarían a partir de entonces la independencia y los peligros de la modernidad –especialmente los enciclopedistas- dejaron fuera de juego las tentativas de igualdad entre mujeres y hombres. Propagaron

[8] FAURÉ, Christine, «De los derechos del hombre a los derechos de la mujer: una conversión intelectual difícil», en *Enciclopedia histórica y política de las mujeres. Europa y América*, (Ed. Fauré, Christine), 1ª (Madrid: Akal, 2010), pp. 193-208.

la idea, que se volvió popular, de que "a cada sexo le correspondía un destino particular, derivado de su constitución física". Esta valoración social de la determinación sexual de los individuos, heterogénea al debate constitucional del que había nacido la reivindicación de los derechos de la mujer, sellaba el fracaso del razonamiento que las mujeres eruditas habían emprendido sin asumir sus consecuencias en la vida pública: a iguales facultades, iguales derechos"[9].

Será sin duda, como nos indican Amorós y De Miguel, a lo largo del siglo XIX cuando se desarrollarán importantes movimientos de mujeres que lucharon por cambiar esta situación de exclusión y servidumbre. El debate social en torno a la situación de las mujeres y las relaciones entre los sexos fue uno de los temas de la época. En 1848, en el Estado de Nueva York, se aprobó la Declaración de Séneca Falls, uno de los textos fundacionales del sufragismo. En Europa, el movimiento sufragista inglés fue el más potente y radical. Desde 1866 en que el diputado John Stuart Mill, autor de *La sujeción de la mujer*, presentó la primera petición a favor del voto femenino en el Parlamento, no dejaron de sucederse iniciativas políticas. A lo largo del siglo XIX se evidencia la heterogeneidad del movimiento feminista, tanto dentro del sufragismo como también en la corriente socialista. El marxismo, articulando la llamada "cuestión femenina" dentro de su teoría general de la historia ofrecía una nueva explicación del origen de la opresión de las mujeres y una nueva estrategia de emancipación a través de su retorno a la producción y a la independencia económica. Pese a las divergencias entre sufragistas y socialistas, se comienza a fraguar una identidad feminista común centrada en deslegitimar la ideología de la naturaleza diferente y complementaria de los sexos –especialmente el discurso sobre la inferioridad de las mujeres- y en reclamar la aplicación universal de los principios ilustrados y democráticos. En cuanto a las políticas reivindicativas, la mayor unidad se forjó en torno a lo que Amorós y De Miguel denominan "las políticas de la inclusión en la esfera pública"[10]: derecho al sufragio, al trabajo asalariado y a la educación superior.

Sin embargo, una vez constatadas las insuficiencias de la igualdad formal, las mujeres se plantean la necesidad de establecer mecanismos sociales y políticos, como las acciones positivas y las cuotas, capaces de romper la dinámica excluyente del

[9] Ibid. pp. 208.

[10] AMORÓS PUENTE, Celia y DE MIGUEL, Ana, *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De la Ilustración al segundo sexo*. *Cit.*, pp. 64.

sistema patriarcal. Por otro lado, el feminismo radical acaba redefiniendo y revolucionando las políticas feministas hacia la esfera privada. Kate Millet en su obra *Política sexual* define la política como el conjunto de estrategias destinadas a mantener un sistema de dominación patriarcal de la vida, que hasta entonces se consideraban personales y "privadas", y pone de manifiesto las relaciones de poder que estructuran la familia y la sexualidad. El conocido eslogan *lo personal es político* contiene un componente movilizador hacia la acción, y muestra la estrecha vinculación entre el análisis teórico y la práctica que caracteriza al feminismo. Señalan Amorós y De Miguel que "los conceptos de género y patriarcado, acuñados por el feminismo radical y hoy sometidos a crítica y debate, serán en buena medida el punto de apoyo común desde el que el feminismo ha hecho visible y analizable el conflicto entre los géneros. Con ellos ha conseguido cuestionar el farragoso terreno de la "naturaleza" para explicar la situación social de las mujeres, para contestar a la cuestión de "¿qué pasa con las mujeres?"[11].

A la misma vez se diagnosticó la existencia de una fuerte dicotomía entre lo público (la economía, la política y la cultura) y lo privado (la familia), y se reivindicó la necesidad de valorar y poner en el mismo nivel de importancia para el funcionamiento social el rol de las mujeres en la esfera doméstica, dado que la familia es también una unidad de producción de bienes y servicios que descansa sobre el trabajo no sólo no remunerado, sino no reconocido de la mujer. Estas reivindicaciones feministas serán clave para reflexionar posteriormente sobre cómo se ha llevado a cabo el desarrollo de las políticas de igualdad de género y más concretamente de las políticas de conciliación sobre las que nos centraremos en este trabajo, así como la necesidad de repensar algunos de estos presupuestos para su desarrollo real y efectivo. Contemplamos, no sin preocupación, cómo las resistencias sociales y político-jurídicas frente al reconocimiento y ejercicio de determinados derechos favorecedores de la igualdad manejan a menudo conceptos similares a los que a lo largo de la historia hacían frente a dichas reivindicaciones, tales como la "complementariedad de los sexos", las labores de cuidado como algo propiamente femenino, la suficiencia de la "igualdad formal" recogida universalmente en las Constituciones, etc. De ahí que no debamos olvidar el bagaje cultural del que proceden tales derechos, y cuya utilización en el debate intelectual resulta tan pertinente ahora como entonces.

[11] Ibid. pp. 74.

1.2. El contrato social y el contrato sexual: La dicotomía público/privado como origen de la discriminación estructural sexo/género

La época moderna trae consigo una reorganización social cuyo origen intelectual podemos encontrar en la teoría contractualista anticipada por Hobbes, desarrollada por Rousseau y recogida entre otros por Kant, Fichte y, más recientemente, en la teoría de la justicia de John Rawls. De acuerdo con ella, el nacimiento de la sociedad moderna obedece a un pacto entre hombres iguales y libres que implica el abandono de la naturaleza y el paso a la sociedad civil, lo que se denomina el contrato social. Ello suponía la aceptación por la mayoría de la voluntad decisoria nacida de ese pacto –de carácter colectivo y con autonomía propia frente a las voluntades individuales que la constituían- y de la particular forma de gobierno de la que igualmente se decidiese dotar. La legitimidad del mismo procedía de la libertad e igualdad de los individuos que lo suscribían, y por ello tendería a la justicia y utilidad pública, con los fines fundamentales de proteger los derechos a la propiedad y a la vida.

Sin embargo, esta especial reorganización social de la modernidad ha sido cuestionada por Pateman en su obra "El contrato sexual"[12], donde sostiene que la desigualdad entre los sexos es producto del carácter patriarcal de dicho acuerdo, formulando así una crítica feminista a la teoría contractual liberal. Para Pateman, el contrato social es el medio a través del que se instituyen, al tiempo que se ocultan, las relaciones de subordinación en el patriarcado moderno. Y es que debemos plantearnos en qué medida los conceptos conformadores del pacto –individuo, libertad, contrato- son términos neutros y efectivamente inclusivos de la totalidad de seres humanos. Al contrario, estos términos son categorías masculinas, patriarcales, por ello las mujeres están excluidas al no estar consideradas *individuos*, sino *mujeres* y como tales acceden al mundo público. Así, la autora nos habla de la existencia de un contrato sexual implícito al contrato social de acuerdo con el cual se produciría un reparto de espacios y funciones en la sociedad emergente: la esfera pública –la del trabajo, el poder, y la representación política- quedaría en manos de los individuos mientras que la esfera privada –la familia y el ámbito doméstico- estaría destinada a las mujeres. El pacto

[12] PATEMAN, Carole, *El contrato sexual* (Barcelona: Anthropos, 1995).

social nacía entre individuos libres "pero las mujeres no han nacido libres, las mujeres no tienen libertad natural. El cuadro clásico del estado de naturaleza incluye también un orden de sujeción entre hombres y mujeres"[13]. De esta forma, las mujeres únicamente son objeto del contrato en vez de ser, al igual que los hombres, sujetos del contrato. En palabras de Pateman citando a Hegel: "la familia está representada en el espacio público por el esposo, la única persona creada mediante el contrato de matrimonio"[14]. Así, la esfera privada es parte de la sociedad civil pero está separada de la sociedad civil. Al no participar la mujer del contrato sino a través de sus representantes varones, no puede participar de las leyes y de lo que tiene que ver con lo público.

Los teóricos clásicos del contrato construyen la diferencia sexual como diferencia política, la diferencia entre la libertad natural de los hombres y la sujeción natural de las mujeres, y esta diferencia política se traduce en desigualdad y privilegios. Sería la propia naturaleza la que habría reservado una función específica para las mujeres: la maternidad y el resto de tareas de cuidado consustanciales a la vida familiar. Por lo tanto, este orden patriarcal que se estructura en dos esferas separadas -la producción, y el hogar y la familia- es el origen de la desigualdad entre mujeres y hombres como paradigma de privacidad y domesticidad: "las mujeres deben participar del contrato de matrimonio. Pero el contrato sexual requiere que las mujeres se incorporen a la sociedad civil sobre una base diferente de la de los varones. Los varones crean la sociedad civil patriarcal y el nuevo orden social está estructurado en dos esferas. La esfera privada está separada de la vida pública civil; la esfera privada es y no es parte de la sociedad civil, y las mujeres son y no son parte del orden civil"[15].

La tesis que Pateman desarrolla es que el contrato genera siempre relaciones de dominación y subordinación al descansar sobre un concepto de individuo falsamente universal. De conformidad con Brown "varones públicos y mujeres privadas, evidentemente la regla de oro de la modernidad, lo que permitió excluir con "naturalidad" a las mujeres de los empleos, del ejercicio legítimo de la autoridad, en pocas palabras: de los asuntos públicos. Fue también la fórmula a partir de la cual se

[13] Ibid. pp. 15.

[14] Ibid. pp. 245.

[15] Ibid. pp. 249-250.

instituyeron los mitos de la maternidad, la pasividad erótica, el amor romántico como ejes constitutivos de la feminidad" [16].

Desde un punto de vista conceptual, y siguiendo a Turégano Mansilla[17], cabe destacar los siguientes aspectos de entre las críticas fundamentales a la dicotomía liberal de lo público y lo privado realizadas por los estudios feministas:

A) La identificación del ámbito público con el ejercicio de la política desde el punto de vista de la razón normativa imparcial y universal:

La crítica feminista ha contribuido al replanteamiento de las esferas pública y privada. Así, se ha destacado cómo bajo la distinción liberal de público y privado permanece una supuesta homogeneidad que excluye la consideración política de las diferencias, quedando de este modo las desigualdades en el ámbito privado ocultas bajo la unidad de lo público. "En concreto, bajo el manto de la igualdad de oportunidades y libertad de elección se oculta la desventajosa posición de la mujer en el ámbito familiar -fundamentalmente por una desigual división del trabajo doméstico- que restringe la capacidad de las mujeres para desarrollar sus propios intereses (económicos, laborales, culturales, etc.)"[18].

B) La concepción patriarcal de lo público y de la familia que encubre la exclusión de la mujer de la esfera pública:

Los ideales liberales de igualdad formal y racionalidad universal están definidos desde la posición dominante del hombre y conforme a su concepción del ser humano y la sociedad. La crítica feminista considera que el liberalismo clásico, con su concepto patriarcal de la sociedad, se prolonga en el liberalismo contemporáneo a través de una visión patriarcal de la dicotomía público/privado. Así, los roles y posiciones relevantes han sido definidos de modo tal que resulten más aptos para los hombres por ser estos independientes de las cargas familiares, siendo por tanto la estructura de la sociedad

[16] BROWN, Josefina, «Mujeres y ciudadanía. De la diferencia sexual como diferencia política», *Kairos. Revista de temas sociales*, n.º 19 (abril de 2007).

[17] TURÉGANO MANSILLA, Isabel, «La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J.Rawls», *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 24 (2001): pp. 320.

[18] Ibid. pp. 321-322.

desigual aunque aparentemente no existan discriminaciones arbitrarias. A su vez, la distinción entre las esferas ha excluido de la consideración teórica el ámbito familiar, al que se vincula la mujer por su naturaleza.

La crítica feminista no cuestiona el carácter privado de la esfera doméstica, pero muestra cómo ésta se interrelaciona con la vida social y política en la medida en que las desiguales relaciones familiares limitan en gran medida la plena participación de la mujer en lo público. Se insiste en que cualquier alternativa al concepto liberal de lo político no puede olvidar la relación entre lo social y la vida doméstica. La separación de la esfera privada y pública perpetúa por tanto la desigual distribución del poder y del trabajo al remitir la igualdad únicamente a la segunda. Del mismo modo, la desigualdad en la esfera familiar/privada se proyecta en una desigualdad social: la división sexual del trabajo doméstico que perpetúa la dependencia económica de la mujer, que se ve obligada a elegir trabajos a tiempo parcial o peor remunerados y, en cualquier caso, tiene menor capacidad para lograr sus propios intereses.

C) El carácter natural, y no cultural o histórico, de las desigualdades entre hombres y mujeres:

Desde el feminismo antropológico, la cuestión de la subordinación de las mujeres se explica porque tanto ellas como la vida doméstica representan la naturaleza. Pero la humanidad intenta, a través de la cultura –identificada con la creación y el mundo de los hombres-, trascender una existencia meramente natural, de manera que la naturaleza siempre aparece como un orden inferior a la cultura. Desde el feminismo radical se plantea que la naturaleza es la única causa de la subordinación de las mujeres; así, el origen del dualismo masculino/femenino reside en la propia biología y en la procreación.

D) El derecho a la intimidad como límite infranqueable de la acción estatal:

Se ha empleado la separación entre esferas para considerar que lo íntimo es propio de la vida privada y que por tanto las acciones llevadas a cabo en la intimidad del hogar son inmunes a la intervención estatal. La crítica feminista ha puesto de manifiesto que se confunden los significados de lo privado, debiendo distinguir entre las acciones privadas que no causan daños a terceros y aquellas que, llevándose a cabo en el seno de la familia, conllevan perjuicios como la desigual distribución de cargas y

responsabilidades, o acciones aún más graves como la violencia de género. Afirmar que la esfera privada es una esfera íntima no implica que deba excluirse la acción estatal sobre ésta. Lo doméstico sería privado sólo en un sentido descriptivo y no normativo.

E) La pretendida igualdad y ausencia de restricciones que caracterizan el contexto en el que las mujeres adoptan libremente sus decisiones:

El feminismo ha criticado al liberalismo por aceptar como elecciones libres aquellas que están condicionadas por numerosos factores externos. Las decisiones que adoptan las mujeres pueden estar condicionadas por coerciones de distinto tipo que obligan a preguntarse por su carácter independiente.

F) La concepción excluyente de la política:

El lema feminista “lo personal es político” ha puesto de manifiesto la estrecha vinculación entre ambas esferas en dos sentidos: en primer lugar, la posición de subordinación de la mujer en lo privado afecta directamente a su integración plena e igual en lo público; en segundo lugar, tampoco es cierto que el Estado haya estado al margen de la esfera privada, ya que a través del matrimonio y la sexualidad continúa manteniendo a la mujer en una posición subordinada.

Un sector del feminismo propone un concepto alternativo de democracia en el que las esferas se disuelven en un único espacio público donde los intereses particulares sustituyen al individualismo y universalismo abstracto, y se generaliza la democracia en todos los aspectos de la vida. Desde los años ochenta, algunas autoras tratan de construir una crítica total a la concepción liberal de lo público, mostrando el camino hacia una política de la heterogeneidad. Se pretende para ello que se reconozca la especificidad y necesidades de las personas y grupos introduciéndolas en la discusión pública. No se niega la separación entre las esferas, sino la división social entre una esfera pública y una privada, con tipos diferentes de instituciones, actividades y atributos humanos. Estas autoras insisten en la diferencia y la heterogeneidad como fundamento de una democracia más participativa y más activa que no sea excluyente.

En relación con todo ello consideramos que debe ser posible una intervención del legislador en el ámbito privado que respete al mismo tiempo la libertad individual

en la configuración del mismo, fundamentalmente a través de políticas públicas que no generen discriminaciones ni contribuyan a la perpetuación de roles tradicionales de género. Así, en el específico objeto de nuestro estudio, los derechos de conciliación, la aprobación de permisos parentales iguales para ambos progenitores conseguiría ese efecto, frente a la existencia exclusiva de un permiso de maternidad que conformaría la conciliación como un asunto estrictamente femenino.

1.3. Diferentes enfoques iusfeministas y su incidencia en la elaboración de las políticas de igualdad de género y de conciliación de la vida personal y laboral

Junto con la respuesta a la teoría contractualista liberal que hemos expuesto en el apartado anterior, otra de las aportaciones fundamentales del iusfeminismo proviene precisamente de la revisión crítica del derecho, entendido éste como normativización de carácter objetivo y universal. Hay que tener presente que la Ilustración, no sólo olvida incluir a las mujeres en su principio de universalidad, sino que este principio de universalidad contempla una forma de categorizar el mundo en masculino, obviando a las mujeres y también a otras minorías. Por tanto, se trata de analizar el modo en que el discurso jurídico, expresado a través del ordenamiento, ha ido construyendo a la mujer, al tiempo que conformaba su estatus mediante la articulación de las políticas de género, y en qué medida se pueden corregir las disfunciones que esa construcción haya generado.

El derecho, en su doble vertiente de conjunto regulador de la convivencia en sociedad y en el de ciencia jurídica en cuanto rama del conocimiento, ha venido históricamente revestido de una serie de atributos que hablan, ante todo, de su objetividad: se trataría de una materia ajena a inclinaciones ideológicas o prejuicios de cualquier tipo, habida cuenta de su afán universalista; se expresaría a través de normas que, con independencia del legítimo debate social que generasen acerca de su mayor o menor justicia, estarían dirigidas a todo tipo de sujetos por igual; y más aún, en los casos en que se viese precisada a actuar en términos de justicia distributiva, esto es, estableciendo alguna clase de diferencias relacionadas con particulares causas de equilibrio social, la mera inclusión de esos supuestos en la normativa –el “derecho formal”- equivaldría a su plena realización.

El iusfeminismo considera, por el contrario, que tanto la terminología jurídica cuanto el contenido sustantivo de las normas esconden numerosos elementos causantes de la subordinación histórica de la mujer con respecto al hombre, y ello en la medida en que parten de una conceptualización esencialista de lo femenino que, al igual que hemos visto en el contrato social, considera como "natural" la posición de la mujer en numerosos aspectos de la vida social ordenados por el derecho, es decir, derivada de su propia condición sexual, que la diferencia del hombre en determinados aspectos que superan lo estrictamente biológico y se adentran en la esfera de los comportamientos, aspiraciones y aptitudes para desarrollarse en la vida en comunidad. El feminismo tratará de impugnar esa supuesta objetividad o neutralidad que presenta el derecho como fruto del sentido común, si bien desde diferentes enfoques o puntos de vista.

Desde el iusfeminismo, el análisis crítico del discurso jurídico dominante ha constatado con carácter general que el derecho ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres[19], y en consecuencia el derecho infravalora a las mujeres. A su vez, y siguiendo a Campos Rubio[20] debemos partir de que el contexto jurídico expresa la diferencia sexual "en oposiciones normativas dicotómicas que son identificadas con los pares hombre/mujer o con masculino/femenino", frente a lo cual la crítica feminista estima que:

-Tal sistema de dualismos no es simétrico, sino que obedece a un orden jerárquico erigido sobre una falsa "abstracción y neutralidad"[21].

-Se trata asimismo de dualismos sexualizados.

-El derecho se identifica, en cualquier caso, con la parte "masculina" de los dualismos, percibida como la preminente en la jerarquía aludida.

Es preciso por tanto reelaborar conceptos que evidencien cómo el derecho construye a la mujer; no basta con eliminar toda forma de discriminación en las leyes, sino que se hace necesario examinar críticamente como se interpretan y aplican. En dicha tarea de deconstrucción, tres son los enfoques que desde los años 60 han ido

[19] MACKINNON, Catharine A., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Feminismos (Madrid: Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 1995).

[20] CAMPOS RUBIO, Arantza, «Aportaciones iusfeministas a la revisión crítica del Derecho y a la experiencia jurídica», en Mujeres y Derecho: Pasado y presente. I Congreso Multidisciplinar de la Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho. Bilbao: Universidad del País Vasco. Facultad de Derecho, 2008.

[21] TORRES DÍAZ, María Concepción, «Constitucionalismo crítico desde los márgenes: la perspectiva de género en el Análisis Crítico del Discurso en las normas jurídicas», en XII Jornadas de Redes de Investigación en Docencia Universitaria. El reconocimiento docente: innovar e investigar con criterios de calidad. Alicante: 2015.

evolucionando hasta nuestros días y han venido cuestionando el modo en que el derecho "piensa sobre la mujer". Campos Rubio los ha analizado:

A) El primero de ellos considera que el derecho es sexista tras analizar el discurso jurídico y el contenido de las disposiciones legislativas en los diversos ámbitos del ordenamiento, y llegar a la conclusión de que en ocasiones establece distinciones irracionales fundamentadas en el sexo. Sin embargo Campos Rubio señala que las consecuencias de aceptar que el derecho es sexista suponen, en primer lugar, la aceptación implícita de "un modelo asimilacionista masculino"; y es que la desaparición del problema de la diferenciación lingüística no traería consigo la desaparición de la discriminación. En segundo lugar, esta teoría admite la existencia de una suerte de "error de apreciación" en el derecho con respecto a las mujeres, error que sería reversible. Para ello se pensó primeramente en construir una "categoría mujer", que sin embargo presentaba similares limitaciones que la "categoría hombre" sobre la que opera el derecho: personas de clase media, blancas, occidentales, heterosexuales… Dando de este modo la espalda a toda la diversidad interna del sujeto colectivo, que en cambio se ve mejor representada cuando hablamos de "mujeres". Campos Rubio opina que este enfoque no llega a la raíz del problema, puesto que la revisión del discurso jurídico sobre la mujer no puede enmendarse por la sola vía del lenguaje, e incluso cuando a través del mismo se obtiene una igualdad formal entre sexos, no por ello la igualdad material se debe considerar alcanzada. A lo que debemos añadir que, en atención a determinadas razones de tipo histórico, social o político, el propio derecho requiere de un trato especial hacia determinados colectivos.

Las políticas de igualdad que se plantean desde este enfoque se ubican en el rechazo de la inferioridad natural de lo femenino, y ponen de manifiesto que las relaciones de poder fruto de la concepción tradicional de lo masculino-femenino, a la misma vez que someten, han generado marginación e invisibilidad hacia las acciones de las mujeres. Esta perspectiva es el principal camino que ha seguido la política de género de la UE, es decir, el de ofrecer a las mujeres las mismas oportunidades que ya disfrutan los hombres. De hecho la política de género de la UE se ha basado principalmente sobre la estrategia de igualdad de oportunidades[22]. Su meta emancipatoria es, por tanto, la

[22] LOMBARDO, Emanuela, «La política de género de la UE: ¿Atrapada en el "Dilema de Wollstonecraft"?», en *Género y Derechos Humanos,* (Coords. García Inda, Andrés y Lombardo, Emanuela), (Zaragoza: Mira Editores, S.A., 2002), pp. 228.

búsqueda de la igualdad social y política; sin embargo su limitación principal se encuentra en que ataca los síntomas pero no las causas de la discriminación estructural sexo/género: "la pelea estriba en la lucha por una amplia gama de nuevos derechos de las mujeres cuya finalidad es hacerlas ciudadanas iguales, pero sin desafiar los modelos liberales dominantes de ciudadanía y política"[23]. Este enfoque deja pendiente la aceptación o el rechazo de todas las características asignadas a las mujeres como género. Reconstruir a la mujer como sujeto desde tal perspectiva supone hacer hincapié en la aplicación de la norma de igualdad, pero ésta puede ser insuficiente dadas las diferencias que presentan las mujeres. Por ello, si se construye la igualdad ignorando la diferencia se cae en una falsa neutralidad.

No obstante, en los últimos años se han ido articulando otras estrategias en las que ya se tienen en cuenta las desigualdades de partida de la mujer como grupo, consistentes en acciones positivas o incluso el mainstreaming de género. "El feminismo vindicativo se concreta ahora fundamentalmente en articular programas de acción positiva para las mujeres; el llamado, con propiedad o no, de "la diferencia", en rescatar, trabajar o reinventar la identidad femenina"[24].

B) El segundo enfoque considera que el derecho es masculino, por cuanto la ley ve y trata a las mujeres como los hombres lo hacen. Se trata pues de descubrir la individualidad de las mujeres, velada por esas ideas tópicas acerca de "lo femenino" que impregnan la visión masculina y, por ende, el derecho, ya que éste tiene como referente fundamental al varón en un doble sentido: al partir de las necesidades y experiencias del sexo masculino, por un lado, y al dictar normas aparentemente "protectoras" para la mujer que sin embargo obedecen a otra necesidad masculina: la de la consolidación y mantenimiento de una posición social determinada para el sexo femenino. Este punto de vista resulta interesante a los efectos de lo que más adelante analizaremos en relación con los derechos de conciliación, pues en ocasiones medidas de acción positiva como las creadas con el propósito de equilibrar una igual situación de partida de cara a la plena igualdad en el acceso y mantenimiento al empleo de las mujeres, en realidad

---

[23] MOUFFE, Chantal, «Feminismo, ciudadanía y política democrática radical», *Feminists Theorize the Political*, n.º 1 1992.

[24] AMORÓS PUENTE, Celia, *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... para las luchas de las mujeres*, 3ª, Feminismos (Madrid: Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 2007).

acaban por mantener su posición tal y como está, es decir, que continúen ocupándose de las funciones de reproducción, cuidado y mantenimiento del hogar, a la vez que las compatibilizan con un trabajo normalmente secundario.

Así pues, existen también reparos en esta toma de postura, pues de acuerdo con la autora "en vez de problematizar y llegar a un acuerdo sobre las contradicciones internas del derecho, perpetúa la idea de que el derecho es una unidad" y por tanto, "si el derecho es monolíticamente masculino, si no existen fisuras en él, si siempre favorece los intereses de los 'hombres' como categoría homogénea y perjudica los de las 'mujeres', el cambio en las relaciones sociales entre sexos se hace imposible"[25]. Este enfoque es más propio del feminismo de la diferencia, que considera una necesidad urgente reivindicar lo que genéricamente se ha construido como inferior. Así, desde finales de los 70, el feminismo radical, en su lucha por los derechos de las mujeres, da paso a nuevos enfoques teóricos que postulan una ética de la diferencia sexual que reconozca que la definición de la feminidad y las mujeres a partir del derecho propicia la marginalidad de éstas.

Sin embargo esta posición esencialista presentaría, siguiendo a Mouffe, "algunas deficiencias ineludibles que interfieren con la construcción de una alternativa democrática cuyo objetivo sea la articulación de distintas luchas ligadas a diferentes formas de opresión. No permite la construcción de una nueva visión de la ciudadanía"[26]. Por lo tanto, si se antepone la diferencia finalmente se enfatiza el estigma de la diferencia-inferioridad, dado que las mujeres, según indica Amorós, "no son individuos particularizables sino un conjunto de indiscernibles, de manera que ellas, en contraste con los hombres, no son iguales en tanto sujetos, sino idénticas en tanto género" [27].

C) De ahí que el tercer enfoque resulte el más acertado: el derecho tiene género. Se parte en él de afirmar que el derecho no es inevitablemente masculino sino mucho más diverso y contradictorio, como cualquier otra creación humana. Tampoco es general, puesto que las normas son demasiado específicas, definidas y concretas; ni proporciona una base racional para elegir qué derecho debe ser protegido en cada caso,

[25] CAMPOS RUBIO, Arantza, «Aportaciones iusfeministas a la revisión crítica del Derecho y a la experiencia jurídica». *Cit.*

[26] MOUFFE, Chantal, «Feminismo, ciudadanía y política democrática radical». *Cit.*

[27] AMORÓS PUENTE, Celia, *Feminismo, igualdad y diferencia* (México: Unam-Pueg, 2001).

ni es objetivo, al estar siempre basado en una decisión política, por lo que no puede considerarse aislado del contexto en el que nace o se desenvuelve. En definitiva, más que considerarlo "masculino" procede afirmar que el derecho tiene "género", adoptando así una perspectiva más abierta en la que no se tienen en cuenta las categorías "mujer" y "hombre", sino toda una serie de construcciones tanto sociales como subjetivas, entendidas con frecuencia como naturales, que no son sino formulaciones de género, y a las que no cabe ligar ningún factor determinista de corte biológico o psico-social. El derecho, pues, resulta ser una estrategia que produce "género". Este tercer enfoque -más propio del feminismo postmoderno- propone una opción alternativa ante la dicotomía igualdad-diferencia y sus limitaciones, y la consiguiente necesidad de trascender estas dos posiciones, consistente en pensar la diferencia en términos de diversidades en vez de universalidades, es decir, "tratar de buscar formas no esencialistas de plantear la diferencia"[28]. El feminismo postmoderno cuestiona las dicotomías sexo-género, femenino-masculino, diferencia-igualdad, para ofrecer explicaciones más profundas sobre la condición genérica que no incurran en ningún tipo de determinismo. Asimismo discute la noción de las mujeres como grupo[29]. En el pensamiento de Judith Butler, el proceso de emancipación de las mujeres como grupo requiere un proceso de construcción reivindicativo, no una identidad femenina homogénea, es decir, no existe un sujeto femenino preconcebido, sino que el sujeto se define y se construye en interacción con las demás personas[30].

Por lo tanto autoras como Mouffe[31] se adscriben a las teorías que se oponen al esencialismo, sin que por ello dejen de considerar que las mujeres pueden unirse y luchar por la igualdad y el reconocimiento de derechos, destacando la importancia de establecer una democracia radical en la que el feminismo mantenga vínculos de "parecidos familiares" con otros grupos que por su diferencia han sido excluidos o marginados, con el fin de no reducir la lucha social del feminismo a "cuestiones

[28] SCOTT, Joan, «Igualdad versus diferencia: los usos de la teoría postestructuralista», *Debate Feminista* Año 3, n.º 5 (1992).

[29] Para el feminismo postmoderno la diferencia supone la ausencia de características comunes, ausencia de homogeneidad y hasta ausencia de género.

[30] Así por ejemplo la corresponsabilidad como medida de promoción de la igualdad real de género está diseñada para una mujer con una pareja masculina, no para una mujer u hombre sin pareja, o para parejas del mismo sexo, del mismo modo que la actual configuración de la discriminación indirecta por razón de "sexo", en su concepción biológica, en el ejercicio de los derechos de conciliación elaborada por la STC 3/2007 no le sirve al TC para la tutela del varón, como se demuestra en la STC 26/2011.

[31] MOUFFE, Chantal, "Feminismo, Ciudadanía y Política Democrática Radical". *Cit.*

femeninas" o a un movimiento aislado. Para Mouffe, el feminismo es la lucha por la igualdad de las mujeres, pero ésta no debe ser entendida como una lucha por la realización de la igualdad para un definible grupo empírico con una esencia y una identidad comunes, "las mujeres", sino más bien como una lucha en contra de las múltiples formas en que la categoría "mujer" se construye como subordinación. Y es que la problemática femenina no sólo está vinculada al género, sino a una interpretación que permita entender cómo es construido el sujeto a través de los distintos discursos y posiciones de sujeto, para no reducir la identidad a una posición singular de clase, raza o género.

Coincidimos con esta postura por cuanto, según veremos, las políticas de conciliación que se han construido sobre la base de la diferencia sexual han acabado reafirmando la discriminación estructural sexo/género. Por otro lado, han tendido a uniformizar el destinatario de su regulación, -mujer blanca occidental, clase media, madre, etc.- dejando fuera la profunda diversidad existente en las sociedades contemporáneas.

1.4. Estrategias de las políticas de igualdad de género y de conciliación de la vida personal y laboral y sus limitaciones

Las políticas de género -entre las que se encuentran las políticas de conciliación, diseñadas principalmente para la promoción del empleo femenino y, subsidiariamente y en menor medida, para la promoción de la igualdad real entre mujeres y hombres, efectivamente han supuesto un notable impulso a la incorporación de aquéllas al mercado laboral y por tanto han contribuido de alguna manera a mejorar la situación de subordinación de la mujer al permitirle su acceso -en segunda clase, eso sí- a la esfera pública. Sin embargo los obstáculos que, principalmente las mujeres trabajadoras, siguen encontrando a la hora de poder compatibilizar sus responsabilidades de la esfera privada con las de la esfera pública continúan pendientes de solucionar, y es que el desarrollo de las políticas de conciliación en España ha sido muy escaso hasta hace prácticamente unas décadas; por otra parte la trasposición de la normativa comunitaria en esta materia a la normativa interna tampoco ha seguido, en parte, el enfoque adecuado. Ello ha contribuido a la idea de que, como decíamos, son las mujeres

trabajadoras las que se encuentran con un problema a la hora de conciliar, en gran medida porque esas políticas de conciliación se han dirigido casi exclusivamente a ellas, quedando el varón relegado a un segundo plano.

Por lo tanto, consideramos importante analizar en este apartado cuáles han sido las principales estrategias utilizadas para la promoción de la igualdad de género, y por ende para la promoción de la conciliación, así como sus principales limitaciones. Todo ello nos ayudará a seguir dibujando nuestro marco teórico para un estudio en profundidad acerca de los DCPL.

A) ¿Iguales derechos o diferentes derechos? El Dilema Wollstonecraft

Como sabemos, el derecho antidiscriminatorio por razón de sexo/género cuenta en la actualidad con múltiples estrategias: las políticas de igualdad de oportunidades, las acciones positivas, el empoderamiento, la transversalidad o las políticas de deconstrucción de roles[32]. Ello podría darnos lugar a pensar que alcanzar la igualdad real entre mujeres y hombres, con todas las herramientas para su consecución con las que se cuenta, es solo una cuestión de tiempo. Sin embargo, algunas autoras como Lombardo, que han estudiado en profundidad estas políticas, afirman que la política de género de la UE continúa atrapada en lo que se ha venido a denominar como el "Dilema de Wollstonecraft" [33] o también llamado "Dilema de la Diferencia". Quiere esto decir que, en la elaboración de normas y toma de decisiones, tanto al legislar ignorando las diferencias del grupo subordinado -entendiendo a las *mujeres* como grupo subordinado-, cuanto al legislar centrándose en esa diferencia, se acaba por no resolver la discriminación sexo/género e incluso por recrearla. Y en este sentido, las políticas de conciliación han sido hasta ahora un claro ejemplo de ello.

Este fenómeno ha sido abordado desde la teoría feminista dentro del conocido debate igualdad versus diferencia, si bien fue Pateman quien lo describió por primera vez dándole el nombre de la escritora Mary Wollstonecraft -en honor a uno de los

[32] Aunque estrategias que podrían ser muy efectivas como el empoderamiento o la deconstrucción de roles siguen sin encontrar su desarrollo a nivel normativo-práctico, en parte por la complejidad de traducir dichas estrategias al ordenamiento jurídico y en parte por la dificultad que supone combatir las estructuras que el sistema patriarcal tiene establecidas para el mantenimiento de los roles tradicionales.

[33]LOMBARDO, Emanuela, «La política de género de la UE: ¿Atrapada en el "Dilema de Wollstonecraft"?», en *Género y Derechos Humanos. Cit.* pp. 225-248.

primeros textos feministas, "Vindication of the Rights of Women" (1792), que versa sobre la cuestión de extender los derechos de ciudadanía a las mujeres-, y señalando que en el contexto patriarcal de la sociedad, tanto el camino de la lucha por la igualdad como el de la lucha por la diferencia resultan imposibles para acabar con la situación de discriminación de la mujer. Pateman[34] nos plantea la siguiente problemática: por un lado, si se exige que los "derechos del hombre y el ciudadano" se extiendan a las mujeres, se asume que las mujeres deben llegar a ser como los hombres. De este modo, si se ofrece a las mujeres una ciudadanía como la que existe actualmente, significaría aceptar sin más una ciudadanía patriarcal, basada en características masculinas. Por otro lado, insistir, desde la diferencia, en que las actividades, capacidades y atributos de las mujeres sean revalorizadas y tratadas como una contribución a la ciudadanía es demandar lo imposible, ya que tal "diferencia" es precisamente lo que excluye la ciudadanía patriarcal. Pedir un reconocimiento de las diferencias femeninas en una sociedad patriarcal basada en una división jerárquica de los sexos significa incluir a las mujeres como "mujeres", y no ciudadanas plenas, y por tanto considerarlas como miembros "distintos" que requieren una consideración legal especial. Tener en cuenta de esa forma la diferencia femenina supone entenderla como una anormalidad, ya que una normativa semejante tendría su inspiración y fundamento en el grupo dominante y privilegiado y definiría, por ende, al grupo oprimido como una excepción. Así lo explica también MacKinnon[35] cuando plantea que el problema de la legislación para mujeres es que, o bien se basa sobre el concepto de la igualdad o bien sobre la necesidad de derechos especiales; si bien en cada caso el patrón de vida masculino resulta ser la norma a la que deben aspirar las mujeres o que al no poder alcanzarse requiere una compensación especial.

Por lo tanto, para Pateman "el dilema es que los dos caminos hacia la ciudadanía que han tomado las mujeres son incompatibles dentro de los límites del estado patriarcal, y dentro de ese contexto resultan imposibles"[36]. Así, la solución a este dilema pasaría por "una transformación radical de la sociedad, que tenga en cuenta que la igualdad es siempre incompatible con la subordinación pero puede ser compatible con

[34] PATEMAN, Carole, *The Disorder of Women* (Cambridge: Polity Press, 1989). pp. 179-209.

[35] MACKINNON, Catharine A., *Hacia una teoría feminista del Estado*. *Cit.*

[36]PATEMAN, Carole, *The Disorder of Women*, pp. 179-209.

la diferencia, y que el logro de una ciudadanía genuinamente democrática conlleva antes que nada la necesidad de que la diferencia sexual no signifique la diferencia entre libertad y subordinación"[37]. Si bien esta autora considera que la humanidad tiene dos cuerpos diferenciados, y las mujeres deben acceder a la ciudadanía y a la democracia como *mujeres*, lo que implicaría dar un significado político a la maternidad reelaborando una concepción sexualmente diferenciada de la individualidad y de la ciudadanía que incluya "a las mujeres como mujeres en un contexto de igualdad civil y ciudadanía activa"[38].

Otras autoras como Minow[39] consideran que es necesario realizar un replanteamiento sobre la diferencia, y ello implica rechazar la idea de que igualdad y diferencia son conceptos opuestos; habría pues que examinar de forma crítica estos conceptos para preguntarnos de qué forma igualdad y diferencia pueden operar como par dicotómico, ya que no podemos servirnos de ellos hasta que no entendamos su funcionamiento a la hora de construir y delimitar significados específicos. Pero lo cierto es que la solución para la superación de este dilema no es sencilla. Hay que tener presente, tal y como nos indica Campos Rubio[40], que en el debate sobre iguales derechos o diferentes derechos no se puede dejar de lado el contexto conservador actual en el que nos movemos.

No obstante, todos los planteamientos que insisten en la construcción de una ciudadanía "diferenciada" podrían aproximarse a algunas posiciones que reintroducen de alguna manera un esencialismo preocupante, no siendo compartidas por autoras como Mouffe[41] en el sentido de que, si bien está de acuerdo con Pateman en que la categoría de individuo ha sido construida de tal manera que postula un "público" universalista, homogéneo y que relega toda particularidad y diferencia a lo "privado", no cree que la solución sea reemplazarlo por una concepción sexualmente diferenciada, bi-genérica del individuo, ni agregar las tareas consideradas específicamente femeninas

[37] PATEMAN, Carole, *El Contrato Sexual.*

[38] Ibid.

[39] MINOW, Martha, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law* (Cornell University Press, 1991).

[40] CAMPOS RUBIO, Arantza, «Aportaciones iusfeministas a la revisión crítica del Derecho y a la experiencia jurídica». *Cit.*

[41] MOUFFE, Chantal, "Feminismo, Ciudadanía y Política Democrática Radical". *Cit.*

a la mera definición de la ciudadanía.

Para Mouffe, las limitaciones de la concepción moderna de ciudadanía no van a superarse si en su definición se vuelve políticamente relevante la diferencia sexual, sino al construir una nueva concepción de ciudadanía en la que la diferencia sexual se convierta en algo efectivamente no pertinente, si bien la ausencia de una identidad esencial femenina y de una unidad previa no impide la construcción de múltiples formas de unidad y de acción común. Tal proyecto requiere descartar tanto la idea esencialista de una identidad de las mujeres como mujeres cuanto el intento de sentar las bases de una política específica y estrictamente feminista. El feminismo no deber ser entendido como una lucha por la realización de la igualdad para un definible grupo empírico con una esencia y una identidad comunes, las mujeres, sino más bien como una lucha en contra de las múltiples formas en que la categoría "mujer" se construye como subordinación. De manera que las políticas antidiscriminatorias necesariamente tienen que adaptarse a esa multiplicidad de formas en que se construye la subordinación de las mujeres, siempre partiendo del verdadero concepto de la discriminación estructural sexo/género; y así, en unos supuestos determinados será necesario establecer medidas diferenciadoras y en otros sin embargo no. Así, por ejemplo, mientras que las cuotas, como medida de acción positiva, están resultando un mecanismo eficaz para lograr un equilibrio en la participación de las mujeres en la política o en los órganos de representación de las empresas, las medidas de acción positiva que se han dirigido a la mujer en el plano de la conciliación han acabado consolidando su rol como cuidadoras y resultando a la postre discriminatorias, tal y como ha establecido el TJUE en el *Asunto Roca-Álvarez,* C 104/09, Sentencia de 30 de septiembre de 2010, al que posteriormente nos referiremos.

B) Las políticas de género. Avances y limitaciones

Según hemos avanzado, un ejemplo significativo del Dilema Wollstonecraft podemos observarlo en el desarrollo de las políticas de género, entre las que se encuentran las políticas de conciliación. Autoras como Lombardo[42] han estudiado cómo las políticas de igualdad de género tanto en la UE como en España son una muestra de las contradicciones que deben afrontar las mujeres en su lucha por conseguir una

[42]LOMBARDO, Emanuela, "La Política De Género De La UE: ¿Atrapada en El 'Dilema De Wollstonecraft'?", pp. 225-248.

ciudadanía plenamente igualitaria, siendo aún el principal problema el contexto patriarcal de la sociedad. Por ello las diferentes estrategias diseñadas en mejor o peor medida para incrementar la igualdad de género, aun siendo progresistas, contienen también elementos de retroceso que acaban perjudicando a las mujeres. Por ello es nuestra intención en este apartado detenernos a analizar con más detalle las principales líneas de actuación adoptadas en las políticas de género, así como sus avances y limitaciones:

1º) Las políticas de igualdad de oportunidades:

Su propósito se concreta en la eliminación de las discriminaciones por razón de sexo en el ordenamiento jurídico. "Buscan el acceso de las mujeres al mundo público y su objetivo son las personas"[43], se desarrollan por tanto bajo la idea principal de establecer los mismos derechos para todos. Estas políticas se corresponden con el enfoque que vimos anteriormente en el que se planteaba el rasgo sexista del derecho, considerando que en la medida en que se legisle sin establecer diferenciaciones por sexo se acabaría con la discriminación.

Los avances que han conseguido son indudables, principalmente en lo que atañe a la corrección de determinados aspectos de la desigualdad sexual en el acceso al trabajo, y gracias fundamentalmente a la política de género de la Unión, que hasta el momento se ha centrado en la estrategia de la igualdad de oportunidades, procurando asegurar a través de diferentes Directivas antidiscriminatorias la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en el trabajo. Por ello, para Lombardo[44], la principal ventaja de esta estrategia es que ha conseguido establecer una base legal para la eliminación de la discriminación, y sobre estos principios los estados nacionales han tenido que iniciar procesos de revisión de sus estructuras legales donde todavía existen elementos de discriminación hacia las mujeres.

No obstante, el principal problema de las políticas de igualdad de oportunidades es que no logran combatir la raíz de la discriminación estructural sexo/género, puesto que hasta ahora ni han cuestionado la división sexualizada y descompensada de las esferas público/privado -esfera pública/género masculino/supravaloración, esfera

[43] ASTELARRA BONOMI, Judith, «Conciliación y cohesión social. Un análisis crítico de las políticas europeas», *Revista Ábaco* nº 49-50, (2006). pp. 160.

[44] LOMBARDO, Emanuela, «La política de género de la UE: ¿Atrapada en el "Dilema de Wollstonecraft"?» *Cit*.

privada/género femenino/infravaloración/-, y por tanto no plantean medidas efectivas para eliminar esa separación sexualizada de espacios ni sobre todo para una reestructuración de la esfera privada en la que participe el varón, una vez que la mujer ya se ha incorporado a la esfera pública. Tal y como nos explica Astelarra, el principal problema de esta estrategia "ha sido no tomar en cuenta la organización social que sustenta la discriminación de las mujeres, en especial su rol en la familia. (...) Por ello los nuevos derechos que se otorgaron a las mujeres tienden a ser formales y no sustantivos"[45]. "Por lo tanto como la incorporación al empleo se produce sin cuestionar las desigualdades de los roles de género, aparece la segregación laboral de las mujeres, puesto que aparecen las profesiones femeninas peor remuneradas, que conducen a la desigualdad salarial y al techo de cristal, la limitación para llegar a los altos niveles profesionales"[46].

Este "olvido" de las políticas de género de las funciones sociales que se realizan gratuitamente por las mujeres en la esfera privada encuentra su justificación en que, según explica Lombardo, las políticas de género en la UE han tenido motivaciones subordinadas a los intereses del mercado, lo que ha marcado profundamente su enfoque hacia el incremento del empleo femenino, no a combatir la discriminación. Así pues, para esta autora, la política de género de la UE está centrada de forma tan estrecha sobre el empleo que ignora otros temas como los servicios sociales, el cuidado, la distribución de responsabilidades, la violencia masculina, la educación, la cultura y la imagen de la mujer en los medios, que las mujeres echan en falta en las políticas de la UE. Por tanto, mientras la política de género de la UE no se extienda a todas las materias en las que existe una discriminación de género seguirá habiendo pocas probabilidades de conseguir una igualdad sustancial, incluso en materia de empleo dada la relación estrecha entre el trabajo y las otras materias sociales que tienen que ver con el disfrute de una igualdad real.

Las soluciones a los problemas que plantea la estrategia de oportunidades pasarán entonces por un enfoque adecuado de las mismas que tengan en cuenta, en primer lugar, la verdadera dimensión de la discriminación estructural sexo/género y

[45] ASTELARRA BONOMI, Judith, *Veinte años de políticas de igualdad. Cit.* pp. 77.

[46] ASTELARRA BONOMI, Judith, «Conciliación y cohesión social. Un análisis crítico de las políticas europeas». *Cit*. pp. 160

apuesten legislativamente por la eliminación de las desigualdades entre sexos también en la esfera privada, así como actuando en otros ámbitos fuera del mercado de trabajo. Astelarra[47] se plantea si las limitaciones de la estrategia de igualdad de oportunidades la convierten en incorrecta, llegando a la conclusión de que en la medida en que éstas han ido incorporando cada vez más medidas de cambio social suponen una buena dirección a seguir, aunque no debe ser la única. En este sentido y como estudiaremos más adelante, Directivas como la 2010/18, de permisos parentales, parecen presentar un nuevo enfoque de género más adecuado de cara a combatir la discriminación estructural, insistiendo en la individualización de permisos parentales y en un principio de intransferibilidad de los mismos, intentando actuar sobre esa necesaria reestructuración del ámbito privado.

2º) Las Medidas de acción positiva:

Las medidas de acción positiva, en la definición que recoge la LOI 3/2007 en el art. 11, tienen como finalidad hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad. Por ello, al objeto de resolver las desigualdades que sufren las mujeres, y que no han podido solucionar las políticas de igualdad de oportunidades, surgen las políticas de acción positiva con el objetivo principal de invertir la desigualdad material entre los grupos o al menos de compensar la desigual posición de partida de las mujeres[48]. Estas medidas se corresponden con el enfoque iusfeminista que sostiene que el derecho es masculino y buscan, por tanto, establecer toda una serie de medidas, incentivos, cuotas,

[47] ASTELARRA BONOMI, Judith, *Veinte años de políticas de igualdad*. *Cit.* pp. 89.

[48] Muchos autores/as han definido el concepto de acción positiva, entre otros nos interesan los conceptos ofrecidos por:
Barrère Unzueta: las define como un conjunto de herramientas, medidas o planes vinculados al derecho y destinados a eliminar la desigualdad o discriminación intergrupal. Para esta autora no se debe olvidar que la desigualdad o discriminación intergrupal entronca finalmente en la denominada discriminación estructural basada en la diferencia de poder social o estatus entre los grupos. Las políticas llamadas de discriminación positiva se orientan a compensar y neutralizar las diferencias que implican desventaja para lograr la deseada promoción a la igualdad. Su especificidad respecto al derecho estadounidense se concreta, para esta autora, en cuatro aspectos: el marco de voluntariedad en que se articulan; el hecho de que estén basadas en objetivos mas que en medidas propiamente dichas; que sea el sexo y, mas específicamente las mujeres su objeto fundamental; y, finalmente, que se centren de manera específica, al menos hasta ahora, en el mercado laboral. En: BARRÈRE UNZUETA, Mª Angeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, 1.ª ed., Cuadernos Civitas (Madrid: Civitas, S.A., 1997).
Pérez del Río define acción positiva como el conjunto de medidas cuyo objeto es la eliminación de obstáculos "que se oponen a que las mujeres disfruten de los derechos de ciudadanía en condiciones de igualdad con el colectivo alternativo, es decir, el integrado por los ciudadanos del sexo masculino". En: PÉREZ DEL RÍO, Teresa, «Principio de Igualdad y Derecho Positivo: Discriminación Directa, Indirecta y Acción Positiva"» En Emakunde, 10 años en la sociedad Vasca Vitoria: Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, 1997.
Para Rey Martínez, "son todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre hombres y mujeres, sobre todo, mediante la eliminación de las desigualdades de hecho. En: REY MARTÍNEZ, Fernando, «El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo», *Mc Graw-Hill*, 1995.

objetivos, etc., para corregir esa desigualdad del grupo discriminado teniendo en cuenta sus diferencias. En nuestro país, pese a existir abundante doctrina y jurisprudencia sobre ella, su desarrollo normativo ha sido muy escaso en relación a otros países de nuestro entorno, concretamente se contemplan en la LOI 3/2007, en su Art. 11[49].

Hay que diferenciar las medidas de acción positiva de las medidas de igualación positiva, ya que estas últimas pretenden conseguir la igualdad real entre individuos y no entre grupos. También hay que discernir entre las medidas de acción positiva y las medidas de acción falsamente protectoras[50], cuya finalidad de protección a las mujeres acaba consolidando su posición de inferioridad y que han sido declaradas inconstitucionales, si bien, a veces, la diferencia entre éstas y las medidas de acción positiva puede ser una delgada línea. Por otra parte, dentro de las medidas de acción positiva, se han establecido por la doctrina algunas diferencias entre éstas y las denominadas medidas de discriminación positiva o inversa. Así, se ha distinguido entre acción positiva moderada -cuyos requisitos encontramos enumerados en el Art. 4.1 de la CEDAW[51] y que han sido declaradas constitucionales por nuestro alto Tribunal-, y las medidas de discriminación positiva o inversa, consistentes principalmente en el sistema de cuotas, y que presentan un mayor grado de conflictividad en cuanto a su admisión y legitimidad, por lo que a su vez han sido distinguidas entre "discriminación positiva racionalizada o de cuota flexible" y "discriminación inversa en estado puro". Sin embargo, Rey Martínez[52] considera que la discriminación inversa es sólo una variedad más efectiva de la acción positiva, afirmando su convencimiento acerca de la legitimidad constitucional de esta medida, que puede adoptar formas como el sistema de

[49] Artículo 11. Acciones positivas:
1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.
2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley.

[50] Estas medidas protectoras ha sido declaradas por el TJUE como incompatibles con el principio de igualdad de trato y de no-discriminación por razón de sexo. El Tribunal ha estimado que hombres y mujeres deben ser protegidos de la misma forma, excepción hecha de los supuestos específicos de embarazo y maternidad contemplados en el artículo 2.3 de la Directiva 76/207.

[51] Art. 4.1.: La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

[52] REY MARTÍNEZ, Fernando, «El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo». *Cit.*

cuotas o los tratos preferentes, ya que el núcleo común con la acción positiva es eliminar las diferencias de trato jurídico entre hombres y mujeres; si bien se hace necesario diferenciar los dos significados del término diferencia: diferencia como exclusión o ventaja, que es la que hay que eliminar por medio de la discriminación inversa, y diferencia como especificidad o diversidad de identidad en la que la igualdad sustancial también puede entenderse como una diversidad a mantener.

No obstante, como señala acertadamente Barrère[53], todas estas distinciones suponen un foco de confusión, ya que tanto las expresiones "discriminación inversa" como "discriminación positiva" contienen una carga connotativa negativa relacionadas con su deslegitimación a través del lenguaje y su uso ideológico. Ciertamente es un contrasentido que la discriminación, vista como algo negativo para las personas que la sufren, pueda ser positiva. Por ello, la autora considera que la encrucijada se encuentra más bien en el contrapeso de la legitimidad y la legitimación. Obviamente, no toda acción positiva legítima por la finalidad u objetivos perseguidos resulta igualmente legitimada -y, en definitiva, oportuna- por los medios o las medidas empleadas para conseguirla. Para Barrère, no hay medidas que *per se* hayan de ser calificadas –negativamente- como discriminación inversa. En este sentido, la consideración de una medida de acción positiva -aunque se trate de cuotas rígidas- como discriminación inversa habrá de ser en todo caso justificada y, por lo tanto, no presupuesta ni dependiente de la “forma”.

Por lo tanto, Barrère propone distinguir entre dos modelos de medidas de acción positiva llevadas a cabo por:

a) normas de cuotas *stricto sensu,* que establecen la reserva de un número o porcentaje de plazas a determinados grupos (en nuestro caso al grupo de las mujeres),

b) normas de trato preferente *stricto sensu* -también denominadas cuotas rígidas-, que establecen la atribución de calificaciones o puntos especiales a dichos grupos.

Por otro lado, las reservas y atribuciones podrán estar sujetas a condiciones pero pueden, asimismo, ser incondicionadas. En cualquier caso ha de quedar claro que las cuotas, implícita o explícitamente, funcionan siempre en las prescripciones de acción positiva en términos absolutos, bien para obtener una manifestación inmediata de la igualdad, bien para lograr una igualdad remota.

---

[53] BARRÈRE UNZUETA, Mª Ángeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, 1.ª ed., Cuadernos Civitas (Madrid: Civitas, S.A., 1997), pp. 17.

La acción positiva es, junto con la discriminación indirecta, una de las principales herramientas en la lucha frente a la discriminación sexo/género Las medidas de acción positiva han supuesto una estrategia muy eficaz y un avance considerable en el desarrollo de la igualdad efectiva entre sexos, bien "favoreciendo" el acceso a determinados trabajos en los que no había presencia de mujeres o permitiendo el acceso de éstas a puestos de dirección, o a los cargos políticos, mediante el sistema de cuotas o participación equilibrada.

Esta estrategia resulta a simple vista mucho más controvertida que la estrategia de igualdad de oportunidades principalmente por el mecanismo que utiliza de la ruptura formal de trato. Uno de sus puntos de conflicto, que ya hemos analizado a la hora de definir la acción positiva, es ese delgado límite que la separa con las acciones protectoras. Ello tiene que ver a su vez con toda una serie de políticas de conciliación diseñadas en exclusiva para las mujeres: permisos parentales, excedencias y reducciones de jornada, que no han servido más que para consolidar el papel de cuidadora de la mujer. De hecho, en numerosas ocasiones el propio concepto de acción positiva no responde a su desarrollo posterior, que acaba por convertirse en una acción protectora y por mantener y consolidar las situaciones de discriminación en la medida en que tratan a las mujeres como sujetos “especiales". En este sentido se encontraban hasta hace poco, por ejemplo, permisos exclusivos para la mujer como el de lactancia[54], establecido originariamente para facilitar el amamantamiento por parte de la madre -y para asegurar la protección de su condición biológica después del embarazo, así como la tutela de las "particulares relaciones" entre la madre y su hijo-, y que sin embargo han sido considerados por el TJUE -*Asunto Roca Álvarez,* C-104/09- una medida contraria al ordenamiento europeo por contribuir a perpetuar un reparto tradicional de roles entre el hombre y la mujer, a la vez que mantiene al hombre en un papel subsidiario en sus responsabilidades familiares de cuidado.

Un segundo problema con el que se enfrenta la acción positiva es la propia confusión terminológica del concepto, recordemos que aún hoy se sigue denominando esta política en muchos medios de comunicación como "discriminación positiva", y ello contiene connotaciones ideológicas sexistas que parten de una visión de la misma como

[54] Tras la reforma introducida en 2012 por el RDL 3/2012, el permiso de lactancia se configura como un “derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres” si bien su ejercicio sólo puede ser ejercido por uno de los progenitores cuando ambos trabajen (Art. 37.4 ET).

aquella política que "discrimina" al colectivo en verdad privilegiado, así como el hecho de que las mujeres que se benefician de tales medidas no alcanzan sus objetivos por méritos propios.

Por otra parte la acción positiva no actúa -o si lo hace, aún a muy pequeña escala- en la esfera privada, limitación que como hemos visto presenta en general las políticas de igualdad de oportunidades. "En el ámbito europeo las acciones positivas son medidas de políticas públicas pero que escasamente se han implantado en el ámbito privado, fuera de algunas experiencias puntuales"[55]. Por lo tanto no se puede acabar con la discriminación estructural sexo/género únicamente actuando en el ámbito público, ya que las desigualdades entre mujeres y hombres se producen como consecuencia de los roles sociales, que se desarrollan en ambas esferas. Para Astelarra[56], pese a que la estrategia de acción positiva ha sido un complemento necesario de la igualdad de oportunidades, en la mayoría de los casos ha estado acotada sólo a algunos de sus aspectos, por ejemplo el mercado de trabajo o la política. Su aplicación, pues, no ha conseguido que desaparezca la discriminación porque continúa presente el mismo problema básico: la incorporación de las mujeres al mundo público no transforma su rol de cuidadoras. De ahí que subyazca la cuestión irresuelta acerca del modo en que se podría transformar la organización social que sustenta la discriminación y el rol que ocupan en la familia, dado que es la estructura familiar y el papel de las mujeres en ella lo que hace que las mujeres no consigan una posición igual que los hombres ni el trabajo, ni en la política ni en la vida social.

Otro punto de conflicto de la acción positiva es la heterogeneidad de las funciones que se le atribuyen a la misma. En este sentido es paradigmática la definición que de acción positiva se establece en la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación de la sentencia del TJUE en el *Asunto Kalanke* C-450/93, donde se reconoce de manera general que "el concepto de acción positiva abarca todas las medidas destinadas a contrarrestar los efectos de discriminación en el pasado, a eliminar la discriminación existente y a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, particularmente en relación con

---

[55] VENTURA FRANCH, Asunción, «Acciones Positivas», en *Comentarios a la Ley de Igualdad,* (Dir. García Ninet, José Ignacio), 1ª. (Valencia: CISS, 2007), pp. 162-174.

[56] ASTELARRA BONOMI, Judith, *Veinte años de políticas de igualdad*. *Cit.* pp. 79.

tipos o niveles de empleo donde los miembros de un sexo estén infrarrepresentados."

Sin embargo Barrère[57] opina que asignar a la acción positiva tanto la función de promover o impulsar la igualdad como de corregir la desigualdad resulta incompatible, puesto que si se corrige la desigualdad no parece entonces que sea necesario promocionar la igualdad, y sólo podrían ser compatibles ambos propósitos si la igualdad que se trata de promover o impulsar tiene distinto alcance que el de las desigualdades compensadas. Por lo tanto, aunque el punto de partida sea la desigualdad entre hombres y mujeres, existen diferencias en cuanto al modo de superar ese punto de partida.

En nuestra opinión, las políticas de acción positiva -como estrategia para promover la igualdad de género en las políticas de conciliación- no han funcionado como debieran, ya que la acción positiva parte de la base de que existe una discriminación cuyo origen es el sexo. Y así, el diseño de las políticas de conciliación no ha cuestionado verdaderamente que lo que discrimina es el género y no tanto el sexo, es decir, los roles sociales –cuidado y domésticos- que el sistema le asigna al sexo femenino, por lo que finalmente acaban consolidando la idea de que estas medidas son necesarias para ayudar a que el sexo femenino siga ejerciendo su rol de cuidadora a la vez que trabaja. Si estas políticas de conciliación, desde la perspectiva feminista inicial de compartir trabajo y vida, hubiesen empleado la acción positiva para incentivar al grupo que hasta ahora ha permanecido en una situación de subsidiariedad en el ejercicio de sus responsabilidades familiares y domésticas, es decir, los hombres, se habrían empleado del modo correcto.

Por último y más específicamente, las políticas de conciliación diseñadas como políticas para mujeres, tal y como establece Astelarra, plantean en su propia concepción dos problemas principales: en primer lugar, éstas habían sido pensadas para resolver la desigualdad de las mujeres en el ámbito público, convirtiéndose prácticamente en políticas de empleo, sin actuar en el ámbito privado; por lo tanto, en la práctica, como no ha habido una redistribución con los hombres de los trabajos de la esfera privada, las medidas que se han tomado han terminado siendo dirigidas a las mujeres. "La conciliación sirve a quienes tienen un problema y las que lo tienen son las mujeres por

[57] BARRÈRE UNZUETA, Mª Angeles, «Igualdad y "discriminación positiva": Un esbozo de análisis teórico-conceptual», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho,* n.º. 9, 2003 *(*Ejemplar dedicado a: Textos para la discusión en el Seminario «Violencia de género: instrumentos jurídicos en la lucha contra la discriminación de las mujeres». Valencia, 26, 27 y 28 de noviembre de 2003).

lo que es lógico que ellas sean sus usuarias"[58] Por otra parte, en el mercado laboral han tendido a aumentar la precariedad laboral de las mujeres, extendiendo el trabajo a tiempo parcial femenino y contribuyendo a la segregación laboral.

3º) La transversalidad o "maistreaming":

Resulta otras de las estrategias creadas para avanzar en materia de igualdad de género. Las primeras definiciones se hicieron en las Conferencias Mundiales de Naciones Unidas, concretamente en la de Nairobi en 1985 y en Beijing en 1990. A su vez la UE la incorporó en su Tercer Programa de Acción Comunitaria (1991-1995) y la consolidó en el Cuarto Programa de Acción Comunitaria (1996-2000). Su propósito es ampliar el campo de acción institucional del Estado en materia de políticas de igualdad de oportunidades, es decir, que el Estado en su conjunto debe promover estas políticas. También, como indica Astelarra[59], se ha definido el "mainstreaming" como la aplicación de la dimensión de género a la actuación pública partiendo del principio de que todas las relaciones entre hombres y mujeres, y su participación social, están condicionadas por el sistema de género. Se hace necesario, pues, que cada actuación pública sea analizada en términos del impacto diferencial en función del género, a fin de mejorar la calidad y eficacia de todas las políticas. El mainstreaming es una política de mayor alcance que las estrategias más tradicionales de igualdad de género, sin que resulte necesariamente contradictoria o sustitutiva de ésta. Plantea no sólo la actuación sobre las mujeres como un colectivo, o su incorporación a las actividades tradicionalmente masculinas, sino también modificar el propio sistema de género y las relaciones entre hombres y mujeres.

Pese a lo revolucionario del enfoque del mainstreaming, tal y como destaca Astelarra[60], autores como Pollack y Hafner-Buron señalan que se deben tomar ciertas precauciones, concretadas en tres observaciones críticas: la primera expresa el temor de que una política de mainstreaming de género pueda conducir al abandono de acciones positivas a favor de las mujeres. Si el género es la responsabilidad de todos en general, entonces no es responsabilidad de nadie en particular. La segunda subraya que no se ha creado una legislación de obligado cumplimiento equivalente a lo que fue la garantía del

[58] ASTELARRA BONOMI, Judith, «Conciliación y cohesión social. Un análisis crítico de las políticas europeas». *Cit.* pp. 161.

[59] Ibid. pp. 84.

[60] Ibid. pp. 317.

Art. 119 del Tratado de Roma. Se han establecido, en cambio, procedimientos administrativos de bajo perfil que son más bien proclamaciones que llegarán de modo desigual a las mujeres y hombres europeos. Finalmente los autores plantean una inquietud más general sobre las características del proceso mismo de "mainstreaming", en el que se introduce la perspectiva de género en las políticas públicas tal como existen en la actualidad, sin cuestionar los paradigmas mismos que las sustentan.

C) A modo de conclusión

Como hemos visto en los apartados precedentes, a pesar a sus limitaciones, las políticas públicas de género han tenido un fuerte impacto frente a la discriminación de las mujeres. Sin embargo, hasta la fecha, no han acabado con el fenómeno de la discriminación estructural sexo/género y en algunos casos, como las políticas de conciliación, han contribuido a consolidar aún más esta discriminación, legitimando la conocida “doble jornada” de las mujeres. Por lo tanto, resulta imprescindible el planteamiento de nuevos enfoques que, en primer lugar, tengan en cuenta el verdadero alcance del fenómeno de la discriminación estructural sexo/género acabando con la idea de que el origen de la discriminación es el sexo, como fenómeno biológico aislado, y no el verdadero sistema sexo/género con todo lo que ello conlleva. En segundo lugar, es necesario que las políticas de género actúen en todos los ámbitos de la vida, no sólo en el trabajo o en la política y que su actuación esté dirigida a reequilibrar tanto las presencias como las ausencias en las esferas privada y pública. Por último, y no menos importante, todo ello no sirve de nada si finalmente las normas que se dictan en materia de género no se cumplen escrupulosamente y acaban relegándose a un segundo plano, como si éstas fueran un “lujo” no permitido en tiempos de crisis[61].

Así pues, en el análisis de las políticas de género, diferentes autoras nos ofrecen sus puntos de vista en cuanto a las soluciones a adoptar a fin de superar el denominado “Dilema Wollstonecraft”.

En primer lugar, puesto que el derecho antidiscriminatorio actual se apoya

[61] Así está ocurriendo en el actual escenario de crisis económica, donde medidas legales como los obligatorios informes de impacto de género, o la ampliación del permiso de paternidad, no se están cumpliendo, tal y como estudiaremos en el apartado dedicado al marco normativo.

fundamentalmente en la acción positiva, Barrère[62] nos plantea la necesidad de una propuesta redefinitoria de ésta en la que se introduzca un concepto de igualdad que supere el concepto de "igualdad de trato", es decir, un concepto de igualdad que tenga en cuenta el análisis de las estructuras sociales. Para ello es necesario concebir la acción positiva como instrumento encaminado a combatir el verdadero fenómeno de la discriminación estructural sexo/género, no la mera desigualdad de trato. Asimismo se hace preciso delimitar el concepto de acción positiva, de modo que se eviten los inconvenientes y ambigüedades que provocan cuestiones como si la acción positiva es el contenido mismo de la igualdad de oportunidades o si la igualdad de oportunidades es el fin de la acción positiva. Al mismo tiempo es imprescindible combatir el uso ideológico y tendencioso del lenguaje jurídico cuando, por ejemplo, se habla de la acción positiva en términos de "ventaja" o "trato de favor" o "trato preferente" hacia las mujeres, o cuando se utiliza la expresión "discriminación positiva" con el significado negativo y contradictorio que comporta dicha denominación. Todo ello no deja de ser trampas lingüísticas en las que el discurso dominante circunscribe el planteamiento de la acción positiva y que es preciso superar.

En añadidura, Barrère[63] considera que es preciso convertir el Derecho en un instrumento de empoderamiento[64]. La referencia al empoderamiento vendría a reforzar el concepto jurídico de discriminación estructural, impidiendo fundar en el derecho a la no discriminación argumentos que no la cuestionen en ese aspecto estructural[65]. Del mismo modo, el empoderamiento articulado a través de estrategias de acción positiva destinadas, por ejemplo, a que determinadas medidas de conciliación se soliciten y

---

[62] BARRÈRE UNZUETA, Mª Angeles, «La acción positiva: Análisis del concepto y propuestas de revisión», en Jornadas sobre «Políticas locales para la igualdad entre mujeres y hombres» (La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión) Vitoria-Gasteiz: 2002. pp. 24-25.

[63] BARRÈRE UNZUETA, Mª Angeles, «Derecho fundamental a la igualdad de trato, discriminación estructural y empoderamiento de las mujeres», en *XXVIII Cursos de verano de la UPV/EHU en San Sebastian -XXI Cursos Europeos* (Encuentro Internacional sobre "Crisis económica, género y retribución, Palacio de Miramar, 2,3 y 4 de septiembre, 2009), Disponible en: http://www.emakunde.euskadi.net/u7210010/es/contenidos/informacion/publicaciones_seminarios_flash/es_2009/uploads/ponencias/maggy-barrere.pdf. Consultado 10-12-2013. pp. 16.

[64] La autora lo ha definido del modo siguiente: "El empoderamiento consistiría en un proceso evidenciado de toma de conciencia de las mujeres de su discriminación estructural que exigiría tanto una *toma de conciencia* como una *toma de postura"*.

[65] Así, el empoderamiento pondría en cuestión, por ejemplo, que el amparo otorgado por el TC en su STC 3/2007 a una solicitante de DCPL -en base al argumento elaborado sobre un concepto del derecho a la no discriminación (como son las mujeres las que mayoritariamente se dedican a las labores de cuidado, si no se les permite dedicarse al cuidado se las discrimina)- no se plantee críticamente el dato de que sean las mujeres quienes se dedican mayoritariamente al cuidado.

concedan preferentemente a los varones -y solo en supuestos justificados a las mujeres-, estaría actuando favorablemente en favor de ese reparto corresponsable mediante el empleo de medidas públicas que inciden en la esfera privada.

Por otra parte, Lombardo opina que, en primer lugar, toda la política de género de la Unión "debería adoptar un enfoque más "holístico" que considere cómo la construcción social de la diferencia entre mujeres y hombres afecta de forma negativa a las mujeres en todos los sectores de la sociedad"[66]. Por ello, el objetivo de estas políticas no debería ser simplemente el de introducir medidas "para mujeres", sino que se han de combatir los espacios consolidados de poder masculino a todos los niveles, reorganizando las esferas privadas/públicas, permitiendo que un mayor número de mujeres accedan a la esfera pública y fomentando la participación de los hombres en la esfera privada del hogar y del cuidado de la familia. Y a la misma vez resulta necesario que estas políticas se replanteen la relación entre el trabajo remunerado y no remunerado, dada la estrecha relación entre los dos y la contribución vital de cada uno de ellos, otorgando al trabajo no remunerado del hogar el mismo reconocimiento que disfruta el trabajo productivo. En segundo lugar, esta autora considera que la Unión Europea debe invertir mayores esfuerzos para asegurar el conocimiento y aplicación de la legislación europea por parte de los gobiernos y los tribunales nacionales y conseguir mayores poderes para asegurar su implementación, que se desarrollaría en una triple dirección: a través de la formación de políticos, funcionarios, tribunales y operadores jurídicos; de la adopción de un verdadero enfoque de género en la creación del derecho y el diseño de políticas públicas; y finalmente del control sobre la implementación de estas últimas, que ayudaría a mejorar su grado de cumplimiento.

Por último, Astelarra[67] considera imprescindible impulsar políticas cuyo objetivo sea el cambio estructural en las relaciones de género para combatir la dicotomía entre el ámbito privado y público, pero teniendo en cuenta que lo que se debe modificar no son sólo roles individuales, sino que se hace preciso cambiar la organización social que los sustenta[68]. Al mismo tiempo, para esta autora, se debería

[66] LOMBARDO, Emanuela, «La política de género de la UE: ¿Atrapada en el "Dilema de Wollstonecraft"?». *Cit.* pp. 241.

[67] ASTELARRA BONOMI, Judith, «Conciliación y cohesión social. Un análisis crítico de las políticas europeas». *Cit.*

[68] Así, por ejemplo, en el campo de la conciliación, a los efectos de superar las limitaciones de las estrategias descritas anteriormente, en los últimos tiempos se han buscado otras medidas como los permisos parentales

revisar el marco conceptual desde el que actuar, y repensar nuevas categorías para definir en qué consiste la desigualdad de las mujeres. Así, conceptos como la "presencia social" de las mujeres, que muestra por qué la participación de hombres y mujeres no es igual y por eso no pueden utilizar de la misma manera las oportunidades en el mundo público, nos conducen necesariamente a analizar la ausencia de los varones en los lugares donde hay presencia de las mujeres, o sea, en las actividades de cuidado y domésticas. Este análisis nos llevaría a plantear nuevas propuestas de políticas antidiscriminatorias que impulsen que los hombres también participen en las responsabilidades familiares, tales como los permisos de paternidad, y reorganizar también los ámbitos privado y público de modo que la sociedad incorpore a sus actividades las tareas domésticas y de cuidado obviando el sexo y convirtiéndolas en tarea de todos. Para Astelarra "si bien es necesario ir adecuando las políticas de género a cada forma de discriminación, lo que supone pasar de la igualdad de oportunidades a las políticas de acción positiva, "*mainstreaming*" y cambio estructural, esto no significa que se pueda abandonar cualquiera de ellas. Siempre será necesaria una combinación entre todas. La segunda consideración es que esta profunda tarea de cambio no es posible sólo con la implementación de políticas públicas; supone una verdadera revolución de la sociedad y de las personas. La sociedad debe organizar su base privada, en especial los servicios producidos en la familia, de otra manera. Las personas deben modificar radicalmente sus ideas, sus modos de actuar y sus valores con respecto al género"[69].

1.5. Análisis de los discursos actuales en torno a la conciliación

A) Implicaciones del concepto “conciliación”

Si consultamos el Diccionario de la Lengua Española[70], de la Real Academia, conciliar significa poner en armonía o de acuerdo a dos o más personas o cosas, o una

personales e intransferibles que permiten redistribuir el cuidado entre mujeres y hombres, si bien estas medidas en nuestro país están aun en un primer esbozo.

[69] ASTELARRA BONOMI, Judith, *Veinte años de políticas de igualdad*. *Cit.* pp. 93.

[70] REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Vol. 1º, 2 vols., 21ª, Madrid: Espasa Calpe, 1992.

con otra, así como también hacer compatibles dos o más cosas, o una con otra. Pero en términos jurídicos ¿qué entendemos cuando hablamos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral? Peterson[71] ha realizado una investigación, utilizando la metodología del análisis de marcos desarrollada por MAGEEQ[72], sobre cómo se construye la categoría de género a través de los discursos sobre la conciliación de la vida familiar y laboral, así como en otras políticas de igualdad de género. Así, parte de la hipótesis de que la existencia de interpretaciones múltiples, y muchas veces contradictorias, en relación con el problema de la desigualdad de género, influye en la formulación e implementación de las políticas de igualdad en Europa. Porque, de acuerdo con esta autora, para que las políticas de igualdad de género sean eficaces tienen que estar fundamentadas en nociones que admitan una transformación de género. Sin embargo, la conclusión a la que llega tras analizar los discursos de dichas políticas[73], es que existe una brecha entre la teoría feminista y las llamadas políticas de igualdad de género, dado que éstas continúan sin desafiar las construcciones sociales en torno al género y por tanto no se cuestionan realmente los distintos papeles que juegan mujeres y hombres en la sociedad.

En lo que concierne a la conciliación, Peterson nos dice que este debate se ha construido discursivamente y que involucra procesos de exclusión y visiones esencialistas de la categoría "mujeres", pudiendo identificar así tres enfoques feministas diferentes sobre la conciliación que pueden coexistir en un mismo país o reforma de acuerdo con el estudio elaborado por Mazur[74]:

---

[71] PETERSON, Elin, «Entre Trabajadoras, Cuidadoras y Empleadas Domésticas: Formando el discurso político sobre la 'conciliación de la vida familiar y laboral' en España», en *VII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración: Democracia y Buen Gobierno. Grupo de Trabajo*, vol. 22. Madrid: 2005.

[72] MAGEEQ es un proyecto europeo de investigación, iniciado en el 2003, cuyo objetivo es analizar los marcos interpretativos de las políticas de igualdad de género en Europa y así contribuir a la mejora de la formulación de dichas políticas. El proyecto está financiado por la Comisión Europea en el ámbito del V Programa Marco. MAGEEQ son las siglas de *"Mainstreaming Gender Equality" in Europe* o "*Mainstreaming* y Políticas de Igualdad de Género en Europa". El equipo español del Proyecto MAGEEQ, pertenece al Departamento de Ciencia Política y de la Administración II de la Universidad Complutense de Madrid.

[73] El periodo comprendido en su análisis comprende desde 1995, año de la IV Conferencia de Pekín y punto de partida de las estrategias de *mainstreaming* de género, hasta 2004. Los documentos que ha empleado para su análisis son: El tercer plan de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres 1997-2000, Cuarto plan de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres 2003-2006; Ley 39/1999 de 5 de Noviembre para promover la conciliación entre la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; Ley 46/2002 de 18 de Diciembre de reforma parcial del IRPF; así como el Programa Electoral del Partido Popular de 2004.

[74] MAZUR, Amy, *Theorizing feminist policy* (Oxford: Oxford University Press, 2002).

Un primer enfoque que asume que las mujeres son cuidadoras y que deben recibir apoyo para realizar este papel, por ejemplo a través de salarios para amas de casa.

El segundo enfoque modifica ligeramente la división sexual del trabajo, ya que se considera que las mujeres tienden a realizar el trabajo de cuidado, pero que no se debería impedir que trabajen igualmente fuera del hogar. Por lo tanto las políticas deben proteger a las mujeres para que no se las penalice por su papel de madres cuidadoras.

El tercer enfoque es más radical en el sentido de que redefine los papeles de hombres y mujeres para que se comparta el cuidado. Las acciones políticas se dirigirán a promover que se comparta el cuidado de hijos/as entre hombres y mujeres y extender los incentivos para aumentar la parte de los hombres en el mismo. Ciertamente, consideramos éste último enfoque como el más adecuado para el desarrollo efectivo de la igualdad entre mujeres y hombres a través de las políticas de conciliación, por cuanto el ámbito privado/doméstico ha permanecido hasta el momento inalterable y se precisan, además de acciones que fomenten el cuidado masculino, verdaderas estrategias de cambios estructurales que ayuden a deconstruir los roles tradicionales, en la consolidación de un modelo universal de cuidadano-a/trabajador-a/cuidador-a, que trascienda y se desvincule del sistema sexo-género.

Así pues, es esencial tomar conciencia de que el término “conciliación” es problemático en el sentido de que determina las fronteras del debate. Debemos tener siempre presente que las políticas de conciliación no son inherentemente feministas, por el contrario, dependiendo de la manera en que se articulan y del contexto pueden facilitar o impedir los objetivos feministas.

En nuestro país, el concepto “conciliación de vida familiar y laboral” se introduce por vez primera en la legislación con la LCVFL 39/1999. Tal y como se desprende de su Exposición de Motivos, la conciliación surge para procurar solventar el problema derivado de la incorporación de las mujeres en el mercado laboral, incidiendo principalmente en la relación entre el individuo y el mercado. Por lo tanto, se debe “ayudar” a las mujeres a que puedan combinar trabajo reproductivo con trabajo productivo focalizando el problema principalmente en el mercado laboral, no en el ámbito privado. Para el legislador la conciliación es sólo un problema de “madres trabajadoras” por lo que si no se tienen hijos, si las mujeres no tienen un trabajo formal retribuido, si no se pertenece a un determinado régimen de seguridad social… no hay nada que conciliar. Éste es el marco dominante que, según Peterson, se deriva de los

discursos de los documentos políticos elaborados durante la elaboración de la norma. Así, pese a las buenas intenciones de la LCVFL 39/1999 para mejorar la situación de las madres trabajadoras, finalmente reproduce los roles tradicionales de género puesto que no aspira a redistribuir las responsabilidades, sino que perpetúa las expectativas sobre hombres y mujeres. A su vez, la división sexual del trabajo de acuerdo con la construcción social del "trabajo femenino" y del "trabajo masculino" emerge como una división incuestionable. La ley no reconoce el papel de los hombres cuidadores ni tampoco el de las mujeres desempleadas, trabajadoras del sector informal o amas de casa. Al mismo tiempo, se tiende a ver la conciliación como un elemento clave para la emancipación femenina y se contempla no como una parte integral del problema de la desigualdad de género, sino como la solución. Peterson califica por tanto a esta ley como una "transposición descaminada" de la Directiva 96/34 de la UE que promueve derechos individuales e intransferibles tanto para la madre como para el padre. La ley, pretendiendo hacer copartícipes a los padres del cuidado, introduce la posibilidad de que el padre disfrute de una parte del periodo del derecho de la madre, pudiendo ésta ceder parte de sus 16 semanas al padre. De hecho, el concepto de baja por paternidad no aparece en los textos sino que está implícitamente incluido en la baja por maternidad, por lo que de nuevo, en vez de fomentar una mayor igualdad entre mujeres y hombres, la ley refuerza los estereotipos de género que obstaculizan la igualdad de oportunidades.

Así pues, aunque la LCVFL 39/1999 responde a la necesidad de un nuevo modelo social en el que la responsabilidad familiar ya no descansa únicamente sobre la mujer trabajadora, esta transformación es insuficiente si no cambia la cultura de género y las estructuras del mercado. Y es que los DCPL nacen en nuestro país con un fuerte carácter familiar que trata de poner el acento en el papel desempeñado por la mujer en la sociedad actual. Básicamente en su doble consideración como persona que accede a un trabajo retribuido y al mismo tiempo como el sujeto sobre el que han recaído -y recaen- mayoritariamente las responsabilidades familiares, no sólo aquellas reproductivas.

Pasamos a continuación a examinar algunas manifestaciones de la conciliación que obedecen a diversos conceptos fundamentadores:

-Las políticas *family-friendly-companies*

Estudios realizados en los últimos años desde diferentes ámbitos evidencian una tendencia al desarrollo de las políticas de conciliación como una herramienta más de la empresa para gestionar sus recursos humanos con la finalidad principal de mantener e incentivar a sus talentos, y que por lo tanto se disfrutan sólo por un determinado tipo de trabajadores/as. Así lo explica Torns Martí al confirmar la hipótesis planteada en torno a las políticas de conciliación como estrategia específica de la gestión de los recursos humanos: "ello supone, por lo tanto, que se refuerza la individualización de las relaciones laborales e, incluso, que se provoca una polarización en el colectivo de trabajadores. Esa polarización existe no sólo como resultado de ver la conciliación como algo que afecta únicamente a las mujeres sino por el hecho de orientarla hacia aquellos empleados y empleadas cuyo valor añadido parece más evidente a los ojos de la dirección. Un ejemplo de ello son las "buenas prácticas" que algunas empresas están desarrollando al respecto. Las sospechas, en este último caso, son fruto de observar cómo la conciliación es un tema que queda fuera de la negociación colectiva, por las razones antes aducidas, y de ver cómo tiende a ser una política de escaparate para la empresa. Pues, a tenor de la información obtenida, esas "buenas prácticas" coexisten con otras actuaciones que, en demasiadas ocasiones, refuerzan la precarización actual de las condiciones laborales de la mayoría de la plantilla"[75].

Estas fórmulas de vinculabilidad limitada *(soft law*) como el *flexitime*, el teletrabajo apoyado en el uso de teleconferencias, los bancos de tiempo libre remunerado, la semana laboral comprimida o las licencias no remuneradas de uso personal -nos dice Correa Carrasco- que generalmente escapan de la regulación convencional y suelen dirigirse a ciertos colectivos de trabajadores/as especialmente cualificados, constituyen simplemente prácticas dirigidas a fidelizar a estos trabajadores/as, y no tanto a una verdadera voluntad política de conciliación en la empresa. "Suponen, en definitiva, un tratamiento dual de la conciliación, donde se efectúa una diversificación de contenidos y procedimientos en función de la cualificación profesional. De este modo, los trabajadores de cualificación alta (directivos, cuadros técnicos, personal administrativo) se benefician de un régimen dotado de mayor grado de autonomía (…) Por su parte, para el resto de los trabajadores con menor cualificación profesional, las posibilidades de conciliación van a estar en

[75] TORNS MARTÍ, Teresa, «De la imposible conciliación a los permanentes malos arreglos», *Cuadernos de Relaciones Laborales* 1, n.º 23 (2005), pp. 25.

función de las distintas eventualidades de tipo organizativo propias de la actividad productiva"[76].

Se consideran, de este modo, las medidas de conciliación no como un derecho fundamental de todos los trabajadores/as, sino como "retribuciones emocionales" que formarían parte de la denominada "retribución flexible", sistema que propugnan algunas consultoras de RRHH donde ofrecen "soluciones" para que las empresas puedan recompensar de forma competitiva e individualizada a sus profesionales en función de su contribución real a la organización y de los objetivos estratégicos de ésta. La conciliación se utiliza, por tanto, como una mera estrategia de marketing que la vacía de su verdadero significado. Así, se consideran medidas de conciliación las propiamente conciliatorias y reconocidas legalmente, como la flexibilización de jornada, junto con otras que en nada tienen que ver con éstas como es el seguro de vida, el seguro médico, condiciones financieras ventajosas, o la cesta de navidad [77].

-Las "otras" mujeres

Las políticas de igualdad articuladas en los últimos años en el ordenamiento jurídico español, principalmente a partir de la LOI 3/2007, parten de una idea re-distributiva que requiere de una nueva organización de la ciudadanía y que insiste en la idea de la corresponsabilidad y la re-articulación de la organización de trabajo para mejorar la conciliación de mujeres y hombres. Si bien se reconocen como causas principales del problema los valores tradicionales y marcados estereotipos acerca de las mujeres como cuidadoras, y los hombres como cabezas de familia o principales sustentadores -*male breadwinner*-, las soluciones y acciones propuestas enfocan nuevamente a las mujeres como principales actoras de la conciliación. Así, por ejemplo, tras la aprobación de la Ley 39/2006 para la creación de servicios públicos de cuidado que cubran las necesidades de la ciudadanía, vemos que son nuevamente las mujeres,

[76] CORREA CARRASCO, Manuel, «Tiempo de trabajo e Igualdad de género: regulación legal y negociación colectiva», *Revista de Derecho Social*, n.º 49 (marzo de 2010), pp. 203.

[77] En este sentido se observa en el informe elaborado por la empresa de RRHH Compensa Capital Humano y la Fundación MasFamilia, "*1000-1 recetas para conciliar*", donde las empresas familiarmente responsables (efr), compañías líderes en conciliación, han puesto en marcha más de 1000 y una medidas de conciliación para favorecer el equilibrio entre la vida familiar y personal y laboral de sus empleados. Este informe señala que las medidas más demandadas y que más emplean las empresas efr son, por este orden, horario flexible de entrada y salida, seguro de vida, retribución flexible, aumento de días de vacaciones-días festivos adicionales y seguro médico.

esta vez principalmente las inmigrantes con pocos recursos, las que en gran medida continúan asumiendo este tipo de tareas. Por otra parte, aunque la LOI 3/2007 equipara los derechos de los trabajadores/as del régimen general a otros regímenes, sin embargo siguen sin aproximarse aquellos sectores más desfavorecidos, y que constan de un gran número de mujeres afiliadas, como es el régimen de empleados/as al servicio del hogar familiar o el régimen especial agrario[78].

Por tanto, expone Peterson, la supuesta unidad de la categoría "mujeres" se problematiza cuando se subrayan las desigualdades relacionadas con la clase social o la etnia. Ahora son las mujeres inmigrantes con pocos recursos las "otras" cuidadoras, las empleadas domésticas, mujeres en las que se solapan la desigualdad de género, de clase y nacionalidad. Así, algunos estudios elaborados por el Instituto de la Mujer ponen de manifiesto que la rápida incorporación de las mujeres al mundo laboral y la falta de re-distribución del trabajo doméstico y de cuidado produjo una fuerte demanda de empleadas domésticas, hueco que fue llenado por las mujeres inmigrantes. Este trabajo doméstico, por su carácter "privado" está adscrito a normas distintas como la flexibilidad según las necesidades de los empleadores/as, y por tanto estas trabajadoras no gozan de los mismos derechos laborales que el resto de trabajadores/as del régimen general.

A su vez, desde las voces sindicales, se ha hecho hincapié en la crisis del cuidado y al mismo tiempo en la precariedad de las condiciones de trabajo de las empleadas domésticas, trabajo que no sólo está infra-valorado sino que además tanto los salarios como el resto de condiciones laborales son deficientes. Así lo subrayan estudios como el elaborado por UGT en noviembre de 2003, "La inmigración y el mundo del trabajo: el servicio doméstico". También desde las voces académicas algunos estudios, como el realizado en 2001 por el Colectivo IOÉ[79], ponen de manifiesto las relaciones asimétricas de poder entre empleadas y empleadores/as, a pesar del tópico que define a la empleada doméstica como "una de la familia". Este estudio describe cómo las condiciones de estas trabajadoras muchas veces están entrelazadas con el sexismo, el racismo y la servidumbre. Además, el estudio nos advierte de que la demanda está

[78] Algo que se ha solucionado en parte en los últimos años, tras la reforma de a regulación del régimen de empleadas del hogar, RD 1620/2011, de 14 de noviembre, o la integración en el régimen general de los trabajadores del sector agrario.

[79] Colectivo IOE, «Relatos desde la entraña de los hogares. Voces de inmigrantes en el servicio doméstico», *OFRIM Suplementos, 8 Comunidad de Madrid*, 2001. Disponible en: http://www.colectivoioe.org/investigaciones_articulos.php?op=articulo&id=54. Consultado el 8-8-2011.

convirtiendo el trabajo doméstico en una opción mal pagada que solamente quien no encuentre un “trabajo verdadero” realizará. A su vez, señala lo contradictorio del hecho de que la democracia y la libertad coexisten con la servidumbre, que la proclamada igualdad de oportunidades está basada en el trabajo no reconocido realizado por las mujeres y, últimamente, debido a las relaciones asimétricas entre Norte-Sur, por las mujeres inmigrantes. Para muchas trabajadoras domésticas el trabajo en España significa la desestructuración de sus propias familias lo cual da un sentido paradójico al concepto de la conciliación.

B) Limitaciones y pérdida de contenido del concepto “conciliación”

En resumen, pese a las diferentes lecturas que subyacen en los discursos sobre la conciliación, podemos decir que, a grandes rasgos, se plantea desde dos perspectivas:

Desde la que impera, y sobre la que se han desarrollado las políticas de conciliación, se considera que éstas vienen a ser una “solución para las mujeres trabajadoras”, puesto que proyectan toda una serie de medidas -principalmente en el ámbito del Derecho del Trabajo y la S. Social- adoptadas con la finalidad de garantizar su protección mientras desarrollan la actividad laboral, a la vez que puedan seguir dedicándose a las tareas domésticas y de cuidado familiar.

Sin embargo, desde una perspectiva principalmente feminista, se ha analizado esa necesidad de conciliación como un problema para la mujer, sobre todo porque su incorporación al mercado se ha producido asumiendo ésta también las labores de domésticas y de cuidado, sin que por parte del varón haya ocurrido del mismo modo, lo que en la práctica supone la realización de la denominada “doble jornada” que, por otra parte, no es algo que la mujer lleve realizando únicamente desde su incorporación masiva al mercado de trabajo formal. A su vez, se ha criticado que las medidas jurídicas adoptadas, básicamente reducciones de jornada y excedencias, no son realmente eficaces puesto que restan poder adquisitivo y derechos a las mujeres, máxime cuando la realidad social nos indica que los hogares monoparentales con hijos a cargo son cada vez más numerosos, y que por tanto se hace muy complicado prescindir de una parte del salario. Otro factor a tener en cuenta es la ausencia de políticas públicas sobre el uso del tiempo, mientras que la empresa se encuentra anclada en viejas estructuras y sistemas productivos y de distribución del tiempo de trabajo sustentadas en un modelo masculino de trabajador, lo que muchas autoras han denominado la *lógica productivista* en la que

el empleo presupone la total disponibilidad del trabajador/a. Abundaremos sobe esto en el capítulo II de este trabajo.

Por último, todo ello se produce bajo la ausencia de una reacción firme por parte del Estado que facilite el hecho de tal incorporación, si bien en los últimos años, normas como la Ley de Dependencia, la Ley de Violencia de Género y la propia LOI 3/2007, manifiestan la voluntad de un cambio en el modelo actual del Estado de Bienestar. La perspectiva feminista señala por tanto la necesidad de incidir en la corresponsabilidad, la valoración del trabajo doméstico y de cuidado, así como el reforzamiento de políticas públicas eficaces para toda la ciudadanía que actúen sobre el uso del tiempo y posibiliten en definitiva acabar con la división sexual del trabajo. Todo ello se demanda desde diferentes sectores a través de la reformulación de un nuevo pacto social que introduzca la perspectiva de género. No obstante, el punto de vista hegemónico de la conciliación, que es el que ha impregnado el desarrollo de este tipo de políticas, hasta prácticamente los últimos diez años, se manifiesta como su mayor limitación a la vista de los resultados obtenidos, tanto por contribuir a la solución de la desigualdad de género cuanto por producir nuevas desigualdades en las que el género se entrecruza con otras categorías como la etnia o la clase.

Según apuntaba ya Peterson, a la hora de abordar el tema de la conciliación conviene tener presente que se trata de un término controvertido, ya que es contenedor de significados diferentes, incluso opuestos, lo que en gran medida ha dificultado su desarrollo a través de medidas legislativas efectivas, así como su propia interpretación por los operadores jurídicos y la sociedad en general. Los primeros inconvenientes que surgen sobre la conciliación provienen, tal y como expresa Torns[80], del recelo que el propio concepto origina, puesto que el tema que la conciliación pretende abordar es viejo y tiene que ver, principalmente, con la relación entre trabajo y tiempo, relación que si se lee en clave mercantil y 'masculina' significa empleo y jornada laboral pero que, si se lee en clave 'femenina', supone que el trabajo se convierte en algo más que el empleo, puesto que al trabajo remunerado de la mujer se suma el doméstico y de cuidado, que además no está ni valorado ni retribuido. Al analizar las limitaciones de este concepto, Torns nos dice que son muy pocos los estudios y las reflexiones que abordan su conceptualización, y que en consecuencia la mayoría de esas aproximaciones comparten la idea de que conciliación es sinónimo de problemática

[80] TORNS MARTÍ, Teresa, «De la imposible conciliación a los permanentes malos arreglos». *Cit.*

femenina y que las políticas diseñadas atienden exclusivamente a las mujeres. La autora destaca, por un lado, el trabajo del sociólogo Macinnes, que sostiene que la conciliación es un territorio donde confluyen cuestiones relacionadas con el fomento del empleo y con las desregulaciones horarias, producidas por la flexibilidad que el empresariado impone. Macinnes señala, muy acertadamente según Torns, que la conciliación nace como fruto de las políticas europeas y no como demanda social explícita por parte de las personas ocupadas. Sus últimos análisis sugieren, incluso, que la finalidad de esas políticas no es tanto facilitar la conciliación de las personas trabajadoras cuanto paliar la baja fecundidad que afecta, por lo general, a los países de la UE.

Torns destaca también el trabajo de Junter-Loiseau y Tobler, que apuntan a que la idea de conciliación surgió de la acción de mediar entre contrarios u opuestos -históricamente la conciliación tiene su origen en el Derecho del Trabajo-, y así se ha prolongado hasta nuestros días, principalmente en términos jurídicos, con una amplia resonancia en ámbitos laborales y recientemente ampliada a ámbitos familiares. Si se sigue esta argumentación, puede verse cómo la actual idea de conciliación de la vida laboral y familiar pretende continuar con esa misma lógica mediando entre dos ámbitos que no son, de partida, ni equitativos ni democráticos, y que pueden parecer antitéticos si se leen en clave de género. Por otra parte, el mundo laboral reconoce esa carencia democrática y cuenta con herramientas, como la negociación colectiva, para mediar en el conflicto entre los agentes sociales implicados, aunque tal negociación no siempre atienda como debiera las desigualdades de género que se dan en el mercado de trabajo. Pero cuando se aplica al ámbito familiar se trata de un espacio en el que se supone que no hay contrarios ni opuestos. El mundo familiar no tiene reconocida ni negociación colectiva, ni agentes sociales en conflicto, por lo que lo único que se puede producir en él es una negociación individual entre personas.

En la misma dirección apunta Rivas cuando señala que "difícilmente se puede hablar de conciliación de lógicas, contextos, actividades tan opuestas como son las derivadas de la búsqueda del beneficio, el lucro, la ganancia y la acumulación como fin en sí mismo, y las derivadas del cuidado, el bienestar, y la sostenibilidad de la vida humana, que implican un fuerte contenido emocional y afectivo difícilmente sustituibles por el mercado, porque no pueden ser valoradas a precio de mercado"[81]. Por otra parte,

[81] RIVAS, Ana María, «El empleo o la vida: perder el empleo para conservar la vida o renunciar a la vida para conservar el empleo? de qué conciliación hablamos?», *Revista Antropología Iberoamericana* 1, n.º nº 3 (diciembre de 2006). pp. 368-369.

Rivas subraya también otras limitaciones del concepto, como la que supone reducir la conciliación de la vida familiar y laboral al empleo y la familia, olvidando el resto de dimensiones personales y sociales del individuo –entre las que se incluirían la participación en movimientos y asociaciones políticos, sindicales, culturales, religiosos, vecinales, o el desarrollo de actividades formativas, artísticas, lúdicas-, o el planteamiento de la conciliación sin cuestionar el ámbito laboral "como si éste pareciese intocable y las medidas que se proponen son a modo de parches, que no cuestionan el sistema capitalista de producción que está en el origen de la organización actual del trabajo"[82]. Haremos especial hincapié a todas estas cuestiones a lo largo de nuestro trabajo.

No podemos dejar de mencionar, por último, el influyente análisis realizado por Stratigaki de todas las actas europeas oficiales relevantes, desde el primer programa de la Comisión Social Europea (1974) hasta el quinto Programa de Acción para la Igualdad de Género (2001-2005), que confirma la hipótesis de la cooptación de las propuestas feministas iniciales. Es la brecha entre la teoría feminista y las políticas de género a la que también apuntaba Peterson. Stratigaki nos muestra cómo un concepto introducido para favorecer la igualdad de género, la "reconciliación de la vida laboral y familiar", ha pasado poco a poco de ser un objetivo feminista a ser un objetivo orientado al mercado[83]. La idea feminista de compartir el trabajo y la vida tiene un enorme poder de transformación social, ya que su objetivo es acabar con la división sexual del trabajo y por ende con el sistema social de género. Es, por tanto, uno de los ejes principales de la lucha por la igualdad. Es una idea dirigida a hombres y mujeres que supone por tanto ampliar las esferas de actuación de ambos. Stratigaki sostiene que los objetivos de las políticas de igualdad de género se han incorporado a la agenda política de la UE sólo después de haber transformado su significado, y con el fin de satisfacer otras prioridades políticas distintas de las de la igualdad de género. En este sentido, coincide con el análisis efectuado por Macinnes según el cual, como hemos visto, tales actuaciones responden a intereses que se apartan de la equidad entre géneros. De este modo, la idea de conciliar vida laboral y familiar aparece en la agenda política como un asunto de recursos humanos, no de derechos humanos, no responde al ejercicio del

---

[82] Ibid.

[83] STRATIGAKI, Maria, «The cooptation of Gender concepts in EU Policies: The Case of "Reconciliation of Work and Family"», *Social Politics.* Oxford University Press 11, n.º 1 (2004), pp. 30-56.

derecho a la igualdad efectiva de las mujeres y los hombres en la vida privada y en la pública, obedece a la necesidad de utilizar el talento y la fuerza de trabajo en una sociedad con demandas crecientes de consumo, así como a incentivar la baja natalidad decreciente en la UE.

La posibilidad de cambio social que esta dualidad compartida de roles demandada por las feministas de los 70 podría producir, ha sido hurtada por el cambio conceptual. Como apunta Stratigaki, pasar de "compartir", que define un objetivo político en el área de las relaciones de género, a "conciliar", que deriva del análisis del mercado de trabajo y que tiene una orientación más económica, supone vaciar de contenido al concepto. Así pues, podemos decir que las políticas de conciliación no han dado los resultados previstos porque además del proceso de cooptación desde las propuestas feministas a la conversión y aplicación como políticas públicas, de acuerdo con Astelarra se puede añadir otra interpretación que señala que "el problema de las políticas es que fueron desarrolladas como parte de las políticas de fomento del empleo, y al hacerlo se pasó del análisis del género al análisis del mercado. El inconveniente es que si no se mantiene la lógica de la equidad de género en las políticas en las que se pretende incorporar esta dimensión, se impone la lógica de la política económica y de empleo, especialmente en el caso europeo, que es la lógica de la competencia económica internacional. De aquí surge la necesidad de los empresarios de flexibilizar el mercado de trabajo; su preocupación no es atender las necesidades de las mujeres. Por ello los trabajos a tiempo parcial, donde hay mayoría de mujeres, tienden a ser malos y conducen a la discriminación laboral" (…) Por ello es necesario terminar con la dicotomía, para lo cual se debe ir a un modelo universal de cuidador(a)/trabajador(a) trabajador(a)/cuidador(a)"[84].

En consecuencia, podemos concluir con la idea de que la conciliación de la "vida personal", que el legislador introduce por primera vez en la LOI 3/2007 en su art. 44, avanza hacia un modelo universal con capacidad transformadora de género que introduce la idea de una conciliación posible para toda la ciudadanía, más allá de las obligaciones meramente familiares y de cuidado tradicionalmente asociadas a la mujer. Un derecho a la conciliación genérico para hombres y mujeres trabajadoras, y que consideramos debe desarrollarse a través del derecho a adaptar la duración y

[84] ASTELARRA BONOMI, Judith, «Conciliación y cohesión social. Un análisis crítico de las políticas europeas». *Cit.*, pp. 164.

distribución de la jornada de trabajo -para hacer efectiva la conciliación de la vida personal, familiar y laboral-, y del enfoque de la corresponsabilidad en el ámbito doméstico por parte de los hombres -que se intenta promover con la introducción de un permiso de paternidad intransferible que transitoriamente se va a ir equiparando con el de maternidad-. Es a la vez imprescindible dejar de asociar la conciliación a la familia, y por ende a la mujer. Por último, se hace precisa la implicación real de la negociación colectiva en la promoción y desarrollo de la igualdad de género y la conciliación en el ámbito laboral. Todo esto nos conduce, en relación con el reproche que Stratigaki realizaba al término "conciliar", a que quizá el problema no esté en el nombre sino en el contenido que le atribuye la normativa y los discursos que en consecuencia se generan. Así, consideramos que el cambio de tendencia que supone la LOI 3/2007 podría considerarse, al menos, un intento de avance en la estrategia de transformaciones estructurales, tan necesitada en las políticas de igualdad de género y por tanto en las de conciliación. Y debería, no obstante, venir acompañada por una doctrina constitucional acorde con esta línea de actuación que, en espera de una reformulación del pacto constitucional, sitúe a los DCPL en el nivel de protección jurídica que les corresponde en atención a su contenido. Todo ello será objeto de estudio a lo largo de este trabajo.

2. MARCO NORMATIVO

El principio de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres tiene su punto de partida en el derecho internacional, desde su reconocimiento como principio rector en los grandes tratados fundacionales hasta los intentos de implementación efectiva a través de las diversas Conferencias Mundiales. De ese modo se ha ido configurando un marco jurídico propulsor de ideas e inspirador de regulaciones en otros niveles normativos, como el comunitario. En un segundo tramo del camino hacia la efectividad de tales principios encontraremos la conexión entre el acervo normativo y jurisprudencial de la Unión Europea y los DCPL. El principio de igualdad y no discriminación se ha ido desarrollando en el ámbito europeo, desde su inicial consideración limitada al ámbito remuneratorio, a través de su tratamiento normativo concretado en diversos instrumentos –tratados, *hard y soft law*- y la importante labor interpretativa del TJUE, de forma paralela a la consolidación de los derechos fundamentales en dicha normativa.

Los DCPL han servido en sus inicios como herramienta al servicio de la estrategia europea de empleo, teniendo como objetivo principal la incorporación de la mujer al trabajo, con la consecución de la igualdad entre sexos como motivo de fondo. En muchas ocasiones, sin embargo, han terminado por consolidar el rol de la mujer y la división sexual del trabajo, a causa de su concepción feminizada, como manifestación de un 'problema' atinente de forma exclusiva a la mujer. Aun así, pese a tales dificultades, analizaremos cómo la normativa y la jurisprudencia comunitarias inciden sobre lo que denominaremos en el tercer capítulo de este trabajo "los nuevos derechos de conciliación" a través de la progresiva introducción en el debate jurídico del fomento de la corresponsabilidad a través de los permisos parentales personales e intransferibles, y el desarrollo de los DCPL presenciales, la necesidad de servicios públicos de cuidado de menores y dependientes, la superación del trabajo a tiempo parcial como única o prevalente solución para facilitar la incorporación de la mujer al mundo laboral, junto con otros aspectos de la conciliación de la vida personal. Todo ello desde una perspectiva avanzada que libera a los DCPL de la antigua carga feminizada y sexista.

2.1. Evolución normativa y jurisprudencial del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito internacional y de la Unión Europea

La igualdad de hombres y mujeres es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos. En el presente apartado vamos a referirnos a aquellos que de alguna manera inciden sobre el principio de igualdad y no discriminación, mientras que en el capítulo IV lo haremos sobre los que específicamente tienen que ver con los DCPL, algunos de ellos coincidentes.

Ya desde el preámbulo de la Carta fundacional de Naciones Unidas, o la Declaración de Derechos Humanos de 1948, en su art. 2, se hace una proclama de la igualdad formal de los derechos de hombres y mujeres, si bien este reconocimiento genérico no supone de por sí un gran avance en la igualdad real. Por otro lado, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece en su artículo 2.1 la obligación para los Estados parte de garantizar los derechos en su territorio, sin ninguna diferenciación, tampoco por razón de sexo. El principio de la igualdad y la no discriminación está también enunciado en los artículos 3 y 26 del Pacto, y aparecen asimismo referencias explícitas a la no diferenciación por razón de sexo con motivo del ejercicio de los distintos derechos, junto a otros que son importantes para garantizarla (art. 16, igualdad ante la ley, art. 17, derecho a la vida privada y a la vida familiar, etc.). De igual modo, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo año también contiene una prohibición de la discriminación por razón de sexo en el artículo 2 que, siguiendo la estructura del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, se completa con la obligación de los Estados Parte de garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en igualdad, recogida en el artículo 3. De acuerdo con Tur Ausina[85], ambos textos suponen una mayor aproximación a la necesidad de que la igualdad en el goce de los derechos sea efectiva al margen de su titularidad universal; e incluyen asimismo cláusulas antidiscriminatorias en el ejercicio de los derechos que mencionan, en particular, el sexo

[85] TUR AUSINA, Rosario, «Igualdad y no discriminación por razón de sexo en Naciones Unidas. Proceso de evolución hacia el género en el contexto de la mundialización de las estrategias para la igualdad de mujeres y hombres». *Revista Europea de Derechos Fundamentales* n.º 11 (1er semestre de 2008).

como causa especialmente objeto de diferenciación arbitraria. Aunque los primeros años en la acción de Naciones Unidas se centran en la igualdad formal o jurídica y en la extensión de los derechos civiles y políticos, es de destacar que ya desde los textos aprobados en los años 40 del pasado siglo se visibiliza con una cierta entidad propia y singular –aunque insuficiente a largo plazo-, la igualdad por razón de sexo, cuando en no pocos Estados signatarios las mujeres no tenían siquiera reconocido el derecho de sufragio.

Como decimos, estos avances normativos -a los que debemos añadir la labor de documentación e investigación de Naciones Unidas-, no se correspondían, empero, con un aumento de la igualdad real y efectiva en las relaciones sociales. De ahí que se implementasen instrumentos específicamente dirigidos a tratar el problema, sustancialmente a partir de las Conferencias Mundiales que se inician en 1975. Tur Ausina[86] ha descrito los hitos más relevantes de cada una de ellas:

-La de México (1975) contempla tres objetivos clave: la plena igualdad de mujeres y hombres, eliminando toda forma de discriminación; la completa participación e integración de la mujer en el desarrollo; y la valoración de la contribución de ésta al mantenimiento de la paz mundial.

-La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante, CEDAW), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983, define por primera vez la discriminación contra la mujer e incide en la necesidad de adoptar iniciativas para su erradicación. El espíritu de la Convención tiene su origen en los objetivos de las Naciones Unidas de reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres. Tur Ausina[87] afirma que se trata de una especie de "Carta de los Derechos Humanos de las Mujeres", que posee especial relevancia en tanto es el primer Tratado que aborda singularmente la igualdad de mujeres y hombres para definir la discriminación contra aquéllas y proclamar específicos principios y acciones destinados a su erradicación en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural. Pero además se trata de un texto clave por diversas razones: por un lado se

[86] Ibid.

[87] TUR AUSINA, Rosario, «Igualdad y no discriminación por razón de sexo en Naciones Unidas. Proceso de evolución hacia el género en el contexto de la mundialización de las estrategias para la igualdad de mujeres y hombres», *Cit.* pp. 247-291.

revisa el paradigma de los derechos de las mujeres, que pasa a ser colectivo, atendiendo a los derechos de las mujeres como grupo, a las que se discrimina por su pertenencia al mismo y a las circunstancias que las rodean, anunciando con ello la existencia de factores que superan la coyuntural discriminación que sufre cada mujer. Pero asimismo se consolida jurídicamente un doble y novedoso enfoque garantista de la discriminación por razón de sexo en el entendimiento de que el trabajo por la igualdad va a suponer no sólo la tutela de las personas individualmente consideradas para mejorar su propio status jurídico, sino que ello aportará beneficios integrales y globales para la sociedad. El propio preámbulo de la CEDAW refleja esta doble dimensión. Desde su contenido, supone una aportación de relieve a la universalidad de los derechos humanos y a la construcción de importantes conceptos del feminismo, incorporando y visibilizando en lo público a la mitad de la humanidad así como sus necesidades específicas y que sin duda lo son asimismo del resto, por cuanto la reproducción y el cuidado de la especie se constituyen como presupuestos básicos para su continuidad. En ese sentido, la Convención articula mandatos que vienen a representar el antecedente inmediato de la construcción del género en Pekin (1995), y cuya protección se dirige tanto al ámbito público –con el propósito de modificar patrones socioculturales- como al sector privado –si bien centrado en la educación de los hijos-.

-La de Copenhague (1980) busca dar prioridad a una igualdad de carácter más material, centrada en las oportunidades y las responsabilidades y en los ámbitos estratégicos del acceso a la educación, en el empleo y la atención a la salud.

-La de Nairobi (1985) recoge los inicios del *mainstreaming* o transversalidad, la igualdad de mujeres y hombres se inserta en todas las esferas en que se desenvuelve la persona, y por ello la participación de la mujer ha de lograrse también en cualquier ámbito y no sólo en el referido propiamente a las “cuestiones de mujeres”.

-La de Pekín (1995) significa el tránsito de la “mujer” al “género”. El objetivo ahora es combatir una discriminación no marcada tanto por diferencias naturales o biológicas, sino por razones sociales de carácter “estructural”, siendo preciso modificar las instituciones, el propio proceso de adopción de decisiones políticas y económicas, e incluso las mismas relaciones entre hombres y mujeres. Asimismo se profundiza en el *mainstreaming* mediante la introducción y consideración de la perspectiva de género en todos los ámbitos y dimensiones vitales, incluso con carácter preventivo, al objeto de analizar las repercusiones que una determinada política o norma tendrá sobre mujeres y hombres (“el impacto de género”). Un tercer concepto fundamental es el de

empowerment, o empoderamiento, que de una parte implica la toma de conciencia del poder que, individual o colectivamente, tienen las mujeres, lo que les permitiría recuperar su dignidad como personas; y por otro lado, ya desde una vertiente de carácter socio-político –y no meramente numérico- se trataría de que las mujeres estuvieran presentes de acuerdo con criterios de representación equilibrada en los procesos de toma de decisiones. Pekín recoge los esfuerzos desplegados en las anteriores conferencias, y es revisada posteriormente en sendas sesiones especiales celebradas en los años 2000 (Pekín+5) y 2005 (Pekín+10).

Por otro lado, la inclusión de la igualdad de hombres y mujeres entre los Objetivos del milenio proclamados en la Declaración del Milenio de 8 de septiembre de 2000 en Nueva York ayuda a fijar la idea de que, sin la lucha por los derechos de las mujeres, el desarrollo de las civilizaciones y el avance de los derechos humanos no será posible, comprometiendo no sólo a los Estados sino también a la propia Organización de las Naciones Unidas.

En septiembre de 2015, los dirigentes mundiales de las Naciones Unidas, al finalizar la era de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, aprobaron una nueva Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que insta a los países a iniciar esfuerzos para lograr 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en los próximos 15 años, entrando en vigor oficialmente el 1 de enero de 2016. Los objetivos abarcan tres dimensiones: el crecimiento económico, la inclusión social y la protección del medio ambiente, y es de destacar positivamente el hecho de que sean de aplicación universal -al contrario que los Objetivos de Desarrollo del Milenio que únicamente estaban dirigidos a los países en desarrollo-. Los Estados tienen la responsabilidad primordial del seguimiento y examen a nivel nacional, regional y mundial de los progresos conseguidos en el cumplimiento de los objetivos y las metas en los próximos 15 años.

Concretamente, en materia de igualdad de género, se reconoce que, aunque se han producido avances a nivel mundial a través de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, las mujeres y las niñas siguen sufriendo discriminación y violencia en todos los lugares del mundo. Por ello se afirma que “la igualdad entre los géneros no es solo un derecho humano fundamental, sino la base necesaria para conseguir un mundo pacífico, próspero y sostenible”. Entre las metas que se propone alcanzar en este sentido podemos destacar la de “reconocer y valorar los cuidados no remunerados y el trabajo doméstico no remunerado mediante la prestación de servicios públicos, la provisión de infraestructuras y la formulación de políticas de protección social, así como mediante la

promoción de la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país", así como "aprobar y fortalecer políticas acertadas y leyes aplicables para promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas a todos los niveles".

En general, la celebración de las conferencias ha abierto la puerta a la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales tal y como ha señalado Durán Lalaguna[88] y, como consecuencia de todo ello, la igualdad entre mujeres y hombres ha pasado de ser una cuestión de las mujeres, trabajada por mujeres y respaldada por mujeres, a ser considerada como un problema social, cuya solución requiere pues involucrar a la sociedad entera. Tur Ausina, no obstante, al valorar la labor de Naciones Unidas, y aun destacando el "valioso potencial de ideas, conceptos y estrategias ofrecidos a los Estados" [89], destaca que no sólo resulta complejo cambiar las estructuras sociales en los mismos –a tenor de su heterogeneidad, el peso de la tradición y de la cultura, la resistencia del poder, etc…-, sino que la propia Organización de Naciones Unidas "se revela como ejemplo de todas esas resistencias (la inercia de "feminizar" organismos vinculados a las "cosas de mujeres", el escaso peso de éstas en puestos dirigentes, la propia falta de recepción de la idea de transversalidad de género en los Objetivos del Milenio,…)". Por ello manifiesta la necesidad de implementar todo un conjunto de estrategias en los Estados que aborden la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Reclama así la necesidad de reivindicar una Agencia Mundial para la Igualdad de Mujeres y Hombres que desde una importante posición internacional de poder, fomente, ayude y vigile.

La igualdad de mujeres y hombres es también un principio fundamental en la Unión Europea, que contiene en su formulación y su desarrollo legislativo y jurisprudencial los elementos más característicos de la propia integración europea. Aunque su configuración está limitada tanto material como temporalmente, han sido las intervenciones del legislador comunitario y, en especial, del Tribunal de Justicia

[88] DURÁN LALAGUNA, Paloma, «La igualdad de género en el contexto internacional», En *Estudios Interdisciplinares sobre Igualdad* (Dirs. Álvarez Conde, Enrique, Figueruelo Burrieza, Ángela, Nuño Gomez, Laura, Coord. Cancio Álvarez, Mª Dolores) (Madrid: Iustel, 2011), pp. 317-335.

[89] TUR AUSINA, Rosario, «Igualdad y no discriminación por razón de sexo en Naciones Unidas. Proceso de evolución hacia el género en el contexto de la mundialización de las estrategias para la igualdad de mujeres y hombres». *Cit*.

interpretando este principio -así como las derivaciones del mismo-, las que han tenido consecuencias de gran alcance en el derecho comunitario y, por ende, en los derechos nacionales.

Siguiendo el análisis de Virolés Piñol[90], podemos decir que el principio de igualdad, así como los mecanismos efectivos de aplicación y control de éste, han tenido una implantación progresiva, sobre todo en el ámbito jurisprudencial. El reconocimiento del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ordenamiento comunitario se recoge expresamente en el art. 119 del Tratado de Roma de 1957, si bien está limitado al ámbito social y referido a una cuestión específica, la igualdad de retribución. Pero no es hasta el Tratado de Ámsterdam, aprobado en 1997 y en vigor desde mayo de 1999 cuando se ha establecido una disposición general que contiene dicho principio, el cual se explicita en diversos aspectos tales como: la igualdad elevada a la categoría de misión de la Unión, el reconocimiento de acciones positivas, el *mainstreaming* y la lucha contra la discriminación, objetivos todos ellos que deben integrarse en las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros. Así, en su artículo 2, se reconoce la igualdad como un principio fundamental que debe materializarse mediante su integración en todas las políticas comunitarias (art. 3.2) y en la aplicación de medidas específicas a favor de las mujeres (arts. 137 y 141). Por tanto, la mención a la igualdad de mujeres y hombres en el Tratado de la Unión Europea, art. 2, tras su reforma por el Tratado de Amsterdam, cuenta ya con connotaciones propias, superando su inicial justificación económica para convertirse en un objetivo social que comienza a aglutinar su inicial "presencia fragmentaria"[91]. En cuanto al enfoque del *mainstreaming*, aunque éste se adopta formalmente en las políticas comunitarias a partir de 1996, será en dicho Tratado donde se desarrollará verdaderamente. De acuerdo con Tur Ausina[92], el Tratado de Amsterdam configura la igualdad a través de una serie de postulados que en la práctica suponen la introducción de la igualdad material, real y efectiva mediante la

[90] VIROLÉS PIÑOL, Rosa, «Análisis de la doctrina del TJCE relativa al despido discriminatorio por razón de sexo» (presentado en *La internacionalización de las relaciones laborales: OIT y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Análisis crítico*, Alicante: Consejo General del Poder Judicial y Comisiones Obreras del País Valencià, 2009).

[91] MIRANDA BOTO, J.M., «Igualdad y Constitución Europea: de presencia fragmentaria a valor omnipresente», en *Igualdad y Constitución Europea: de presencia fragmentaria a valor omnipresente* (Madrid: MTASS, 2005), pp. 585 y ss.

[92] TUR AUSINA, Rosario, «Las políticas de igualdad de género en Europa: Unión Europea y Consejo de Europa», En *Estudios Interdisciplinares sobre Igualdad* (Álvarez Conde, Enrique, Figueruelo Burrieza, Ángela, Nuño Gomez, Laura, Coord. Cancio Álvarez, Mª Dolores) (Madrid: Iustel, 2011), pp. 337-366.

posibilidad de adopción de acciones positivas. Y de otro lado, el propósito de acoger la noción de transversalidad en las diversas políticas de la Unión, mediante la que se consigue implicar a todas y cada una de las medidas adoptadas en el seno de esta organización, en una más amplia política de igualdad de sexos.

Para Virolés Piñol, no obstante, "las nuevas perspectivas abiertas por el Tratado de Ámsterdam parecen confirmar definitivamente la vía del desarrollo progresivo del principio de igualdad y constituyen el paso natural hacia delante del principio de igualdad entre mujeres y hombres cuya interpretación actual rompe las costuras del ámbito que le había diseñado el Tratado fundacional comunitario. De este modo, la nueva previsión constitucional del principio de igualdad, tal como resulta del Tratado de Ámsterdam, parece abrir una puerta a la expansión del legislador y a la del juez comunitario, pero no sólo, como era tradicional, a través de la asunción de competencias, sino con una base específica, el nuevo artículo 13 Tratado CE" [93]. La progresividad a que alude la autora supone, en definitiva, una evolución del principio de igualdad de mujeres y hombres fundado en motivos estrictamente económicos hasta llegar a un principio de igualdad que tiene una fundamentación propia de un Derecho Fundamental. Se ha pasado de establecer una mera prohibición de las diferencias retributivas a disponer de una obligación de garantizar y fomentar la igualdad efectiva de mujeres y hombres, hasta el punto de convertir el objetivo de la igualdad de trato en un elemento fundamental, "transversal", de todas las actuaciones de la Unión Europea.

La Constitución Europea (non nata) de 2004, como norma suprema que no depende de la voluntad política de un determinado Gobierno, eleva considerablemente el escenario expuesto en los textos anteriores. Así, destaca por visibilizar y fijar al máximo nivel normativo la igualdad de mujeres y hombres, dando un paso definitivo en la superación del reconocimiento fragmentario del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en los diferentes ámbitos, y elevándolo a derecho fundamental de la Unión, lo que expresamente tiene su traducción en el ámbito de las relaciones laborales al prestar acomodo a las "acciones positivas", que declara compatibles con el principio de igualdad de género[94].

[93] VIROLÉS PIÑOL, Rosa, «Análisis de la doctrina del TJCE relativa al despido discriminatorio por razón de sexo». *Cit*.

[94] SEVILLA MERINO, Julia y VENTURA FRANCH, Asunción, «Evolución del derecho social europeo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n.º 57 (2005), pp. 75-91.

El Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, tras el fracaso de la Constitución Europea (non nata) que viene a sustituirla, reitera el contenido de las previsiones adoptadas por ésta en materia de igualdad, asumiendo la posibilidad de adopción de medidas positivas a las que aludía el Tratado de Ámsterdam, aunque nuevamente limitadas al ejercicio de la actividad profesional. La consagración de la igualdad, la lucha contra la discriminación por razón de género, las medidas positivas y el *mainstreaming* se convierten así en referentes inexcusables para los Estados, dentro de lo que se denomina "derecho constitucional europeo". Tur Ausina subraya que tanto la Constitución Europea como el Tratado de Lisboa, han acogido de un modo algo más generoso la igualdad de mujeres y hombres desde muy distintas dimensiones: como objetivo de la Unión, como derecho fundamental, desde la estrategia del *mainstreaming* y desde la lucha contra la discriminación y en el ámbito de las políticas sociales, elementos que constituyen "un referente inexcusable para los Estados miembros, dentro de lo que puede considerarse un nuevo 'derecho constitucional europeo' en materia de género"[95] que, a la larga, supone un avance en la "rematerialización constitucional experimentada por esta organización supranacional: desde una Unión económica, hasta una Unión más política y social que pretende postular la defensa de los intereses ligados al ser humano, si bien coexistiendo junto a los objetivos económicos"[96], constituyendo así el marco jurídico básico para la efectiva promoción y tutela de la igualdad de mujeres y hombres, junto con el *soft law* (recomendaciones, resoluciones, programas, etc.) y la labor del Tribunal de Justicia.

El proceso de expansión normativa del principio de igualdad y no discriminación por razón de género ha discurrido, en el ámbito comunitario, en paralelo a otro proceso no menos importante para configurar su contenido: se trata del afianzamiento de los derechos fundamentales, que ha venido a proporcionar una base cada vez más sólida al principio de igualdad en materias que no estaban previstas en los tratados fundacionales. Así, se ha ido consolidando la idea de que el principio de igualdad y no discriminación ha evolucionado hasta convertirse en uno de los derechos

[95] TUR AUSINA, Rosario, «Las políticas de igualdad de género en Europa: Unión Europea y Consejo de Europa».. *Cit.*, pp. 355-356.

[96] Ibid.

fundamentales de la UE, plasmado en las distintas Directivas Comunitarias. En un somero repaso de éstas[97] podemos destacar:

-la Directiva 75/117/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, siendo la primera en la materia;

-la Directiva 76/207/CEE del Consejo, 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 de profesionales, y a las condiciones de trabajo, modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento europeo y del Consejo;

-la Directiva 79/7/CEE del Consejo, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social;

-la Directiva 86/613, derogada por la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, en lo relativo al ejercicio de actividades por cuenta propia;

-las Directivas 97/80 y 98/52 en lo que se refiere a los medios de prueba frente a la discriminación;

-la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación;

-la Directiva 2004/113/CE del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro;

-la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación;

Por otro lado también a través del llamado *soft law*, normativa de diversa naturaleza a cargo de distintas instituciones comunitarias, se ha contribuido a la consolidación en el ámbito comunitario del principio de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres. Entre ellas podemos citar las siguientes:

-la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer;

[97] ORTÍZ LALLANA, M.C. y SESMA BASTIDA, B., «La protección del trabajo femenino: Análisis comparativo en el marco autonómico, nacional y europeo», IER (2005), pp. 1-9.

-la Comunicación de la Comisión, de 21 de febrero de 1996 con el fin de "Integrar la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias";

-la Recomendación del Consejo 96/694/CE, de 2 de diciembre de 1996, sobre la participación equilibrada de mujeres y hombres en los procesos de decisión;

-la Decisión de la Comisión 2000/407, sobre el equilibrio entre hombres y mujeres en los comités y grupos de expertos creados por al Comisión;

-la Resolución del Parlamento Europeo 2000/2312(INI), de 20 de septiembre de 2001 sobre igual salario a igual trabajo;

-la Decisión 2001/51/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2006);

-la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el "Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010";

-la Comunicación de la Comisión de 5 de marzo de 2010 titulada "Un compromiso reforzado en favor de la igualdad entre mujeres y hombres - Una Carta de la Mujer: Declaración de la Comisión Europea con motivo del Día Internacional de la Mujer 2010 en conmemoración del 15º aniversario de la adopción de la Declaración y la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer celebrada en Pekín, y del 30º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer";

-el primer Pacto Europeo por la Igualdad de Género, adoptado por el Consejo Europeo en 2006 y renovado en 2011 para el periodo 2011-2020 (2011/C 155/02), así como una serie de conclusiones de apoyo a ambos.

Sin embargo, como ya hemos avanzado, aunque la ampliación del alcance del principio de igualdad entre mujeres y hombres ha sido obra del legislador comunitario en sucesivas Directivas a partir de 1975, el impulso de su reconocimiento como principio fundamental de la Unión Europea debe atribuirse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) a través de la interpretación que ha ido realizando

del artículo 119 del Tratado CE[98] pese a hallarse limitado, como decimos, por el punto de partida legislativo, que recluía el derecho de igualdad en el estrecho margen remuneratorio. El esfuerzo del TJUE se dirigió en el sentido de expandir los efectos del principio comunitario de igualdad a través de una interpretación amplia del propio art. 119 referido, pero también a través de una interpretación avanzada de distintas disposiciones de las Directivas comunitarias, todo ello con el fin de superar el ámbito estrictamente económico y conectarlo con los derechos fundamentales, al tiempo que defendía su aplicabilidad frente al carácter recomendatorio que podría derivarse de su regulación por el *soft law*.

Cabe destacar igualmente la indudable relevancia de la doctrina jurisprudencial del TJUE en torno a la construcción de los conceptos de discriminación directa, indirecta así como de la legitimidad de las acciones positivas, como medidas al servicio de la igualdad de género. En este sentido, la primera sentencia en la que el Tribunal abordó la cuestión de la discriminación directa fue con motivo del *Asunto Defrenne*, C-43/75, en un caso sobre igualdad de remuneración entre trabajadoras y trabajadores. En ella, el TJUE aclara que el principio de igualdad de retribución para hombres y mujeres por el mismo trabajo forma parte de los principios fundamentales de la Comunidad (CEE). Por otra parte, en lo que se refiere a la discriminación indirecta, son de destacar las sentencias de 14 de diciembre de 1995, *Asunto Megner y Scheffel*, C-444/93, Rec. p. I-4741, apartado 24, y de 24 de febrero de 1994, *Asunto Roks* y *otros*, C-343/92, Rec. p. I-571, apartado 3372)[99]. Respecto a la carga de la prueba en situaciones de discriminación, en el *Asunto Enderby*, sentencia de 27 de octubre de 1993, el Tribunal estableció la inversión de la carga de la prueba. Asimismo existe una doctrina consolidada en torno a las acciones positivas que de algún modo comenzó con el cambio de criterio que el Tribunal adoptó en el *Asunto Abrahamsson*, C-407/98[100].

---

[98] Artículo 141 desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, y ahora 157 TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Texto consolidado tras el Tratado de Lisboa que sustituye al anterior Tratado de la Comunidad Europea TCE).

[99] En el asunto C-1/95, Gerster v. Freistaat Bayern, sentencia de 2 de octubre de 1997, que cita las anteriores, el Tribunal señaló que cuando una disposición nacional trata de manera menos favorable a las personas que trabajan a tiempo parcial respecto de aquellos que trabajen a jornada completa -y teniendo en cuenta que, en el caso concreto, el 87% de las personas trabajadoras a tiempo parcial eran mujeres- la norma resulta discriminatoria de manera indirecta.

[100] Al establecer que:
"(...) la Directiva 76/207 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 (DO L 39, pp. 40; EE 05/02, pp. 70) no se opone a una práctica jurisprudencial nacional según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente

En definitiva, y siguiendo a Ballester Pastor[101], se puede decir que el desarrollo del principio de igualdad y no discriminación en la Unión Europea, tanto por su evolución normativa como jurisprudencial, se ha caracterizado por una serie de aspectos relevantes:

-En el derecho originario presentaba una formulación taxativa, cerrada y causal en torno a las discriminaciones por razón de género y nacionalidad.

-La prohibición de discriminación por género, establecida en el antiguo art. 119 TCE, se incorporó desde una perspectiva estrictamente económica, pero a raíz de ella, al menos, el TJUE desarrolló un tratamiento comunitario del derecho a la no discriminación donde adquiere una importancia fundamental la introducción de los derechos fundamentales en sus criterios aplicativos.

-Al mismo tiempo se produjo un importante desarrollo normativo del derecho a la no discriminación por razón de género a través de directivas que expandieron el alcance de lo establecido en el art. 119 TCE original. Tales normas tuvieron que aprobarse por medio de procedimientos inespecíficos, habilitados mediante instrumentos residuales previstos para la consecución de objetivos comunitarios secundarios, que requerían unanimidad en su aprobación. Pese a ello, aportaron una mayor libertad reguladora a las instituciones comunitarias legislativas, que ya contaban con un precedente judicial altamente comprometido con la cuestión antidiscriminatoria.

-Desde sus primeros pronunciamientos el TJUE reconoció la eficacia directa horizontal (entre particulares) del derecho a la no discriminación retributiva establecida en el antiguo art. 119 TCE. Este principio implica la existencia de un contenido esencial de dicho derecho fundamental, prioritario en el desarrollo de eventuales directivas comunitarias. Sin embargo, es posible apreciar cierta reticencia del resto de instituciones comunitarias frente al desarrollo y consolidación del principio de igualdad y no discriminación. De ahí que el desarrollo normativo posterior integre la interpretación jurisprudencial pero suponga al mismo tiempo un freno a su futura evolución, por medio del establecimiento expreso de parámetros más precisos.

---

equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos".

[101] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar», en *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español* (Coord. Ballester Pastor, M.ª Amparo), (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), pp. 17-78.

Por tanto, entre la inicial redacción del art. 119 TCE, sobre la prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo (en su texto original) hasta la actual redacción del art. 157 TFUE se han sucedido textos normativos comunitarios y pronunciamientos jurisprudenciales que han ido consolidando el principio de igualdad y no discriminación como uno de los más firmes de la política social comunitaria. Existe, ciertamente, una elevación formal del mismo, que como nos dice Ballester Pastor, "supera las esferas del soft law y llega a situarla directamente como fuente del derecho comunitario al más alto nivel" [102], aunque de ello no cabe concluir que exista un principio antidiscriminatorio comunitario generalista al estilo de los establecidos en los ordenamientos internos. El art. 19 TFUE (antidiscriminatorio general) se limita a configurar una competencia comunitaria sobre la materia, pero carece de contenido sustantivo directamente aplicable. Solamente existe gracias al reconocimiento desde antiguo por la jurisprudencia del TJUE de la aplicación directa del principio antidiscriminatorio por género configurado en el actual art. 157 TFUE. De otro lado, no existe un principio general comunitario de igualdad de trato, sino que se reconocen tan sólo específicas causas de discriminación prohibidas, con específicos regímenes jurídicos y excepciones. La autora nos advierte además de una serie de acontecimientos de naturaleza normativa y jurisprudencial en los últimos años que podrían estar indicando una cierta alteración en la tendencia evolutiva del principio de igualdad y no discriminación, apreciándose por un lado un cierto retroceso en la doctrina reciente del TJUE, así como de cambios y evoluciones de su significado en su sentido tradicional[103]. Por otra parte, la autora advierte de una diferencia importante en el grado de protección atribuido a las distintas causas: aunque el género como causa clásica de discriminación prohibida mantiene su nivel tradicional, algunas de sus vertientes nuevas han tenido una evolución diferente; en contraste, otros motivos de discriminación van configurando su marco normativo de modo dispar: la edad se difumina hasta prácticamente desaparecer

[102] Ibid.

[103] Así por ejemplo la autora advierte de la posibilidad de cierto retroceso o matizada evolución en el desarrollo del principio de igualdad y no discriminación que se puede apreciar en sentencias como la del *Asunto Abrahamsson* (de 6 de julio de 2000, C-407/98), que se pronuncia sobre las cuotas que configuran la preferencia femenina cuando haya igualdad total y estricta de méritos; el *Asunto Herrera* (de 28 de octubre de 2004, T-219/02, T-337/02), que vacía de contenido el concepto de discriminación por razón de edad; o el *Asunto Cadman* (de 3 de Octubre de 2006, As. C-. 17/05) que introduce un factor que exceptúa la aplicación de la modificación de la carga de la prueba, lo cual podría abrir el camino a otros factores, no sólo en el ámbito de la discriminación por género sino también en el resto de causas prohibidas. Si bien pronunciamientos claramente regresivos como éstos conviven con otros más esperanzadores como el *Asunto Coleman* (Discriminación por vinculación, STJUE de 17 de Julio de 2008, C-303/06), al menos porque abren nuevas vías para el desarrollo de la protección.

como causa de discriminación prohibida, en tanto que la orientación sexual y la discapacidad surgen como causas de particular entidad.

Para finalizar este apartado, debemos destacar que la progresiva construcción del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en los distintos niveles de regulación jurídica que hemos expuesto ha ido configurando a su vez las normas reguladoras de los DCPL en un doble sentido: por un lado, inspirando su desarrollo normativo como una herramienta en la consecución de la igualdad en el empleo; pero por otro provocando el efecto negativo de "feminizar" el derecho a la conciliación, contribuyendo de este modo a su consideración como una cuestión exclusivamente atinente a las mujeres, lo que a la larga ha venido redundando en la generación de nuevas desigualdades, aspectos sobre los que abundaremos a lo largo de este trabajo.

2.2. Desarrollo normativo de los derechos de conciliación de la vida personal y laboral en el ámbito europeo

Podemos comenzar por señalar que, en el largo camino del desarrollo normativo en este ámbito, los permisos por maternidad han sido las medidas con más tradición en materia de conciliación. Como ha estudiado Nuño Gómez[104], inicialmente se implantaron en Europa durante el período 1870-1929, si bien es cierto que al no contemplar una tasa de reemplazo salarial mínima su uso o frecuencia sería muy residual. La primera regulación internacional en relación a su obligatoriedad y remuneración fue adoptada en 1919 por la entonces recién creada Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) con la aprobación del Convenio nº 3, sobre la protección de la maternidad, donde aparecen las primeras medidas relacionadas con la obligatoriedad del permiso, la determinación de su duración y retribución, así como la ilegalidad del despido por hacer uso de él, convenio que fue revisado por el Convenio n.º 103, de 1952, sobre la protección de la maternidad. Previamente, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 había reconocido para la maternidad y la infancia un derecho a cuidados y asistencias especiales.

[104] NUÑO GÓMEZ, Laura, «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* n.º 6 (2010).

Partiendo de estos comienzos, la progresiva implantación de los DCPL cuenta con algunos precedentes, en primer lugar aún no propiamente comunitarios y que abordaremos en mayor profundidad a lo largo del capítulo IV:

-la Carta Social Europea de Turín 18 de octubre de 1961[105], establecía a favor de la mujer trabajadora un descanso mínimo de doce semanas, en los supuestos de parto, con prestaciones a cargo de la Seguridad Social o fondos públicos, así como la ilegalidad de la extinción de su contrato durante el reseñado permiso de maternidad. La Carta Social Europea revisada de 1996, introduce la necesidad de adoptar las medidas necesarias para garantizar a los trabajadores/as con responsabilidades familiares la permanencia en el mercado de trabajo[106];

-a los efectos que nos ocupan, es de destacar, igualmente, la Recomendación n.º 123, de la OIT de 1965, sobre el empleo de mujeres con responsabilidades familiares[107],

-o el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que protege a las madres trabajadoras mediante un permiso retribuido por maternidad;

-por otro lado, en la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, (CEDAW) celebrada el 18 de diciembre de 1979, se recomendó a los Estados miembros la adopción de medidas para facilitar la conciliación de la vida profesional con la familiar de hombres y mujeres;

-el Convenio de la OIT núm. 156, de 1981 y la Recomendación OIT n.º 165, instan a los Estados miembros a que incluyan entre sus objetivos políticos, la adopción de las medidas oportunas para facilitar el trabajo de las personas con responsabilidades familiares, sin incurrir en discriminación;

---

[105] Ratificada por España el 29 de abril de 1980, en concordancia con el Convenio de la OIT n.º 103 de 28 de junio de 1952, ratificado por España el 26 de mayo de 1965 y publicado el 31 de agosto de 1966.

[106] En su art. 27 impone a las partes la adopción de medidas apropiadas para garantizar a los trabajadores con responsabilidades familiares el acceso y permanencia en el mercado de trabajo, así como el reingreso después de una ausencia derivada de las mismas, incluyendo medidas de orientación y formación profesional. Asimismo tiene en cuenta las circunstancias de estos trabajadores en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo y promueve el desarrollo de servicios, públicos y privados, en particular de atención diurna de los niños. Por otro lado, establece el derecho de cada progenitor a obtener, durante un período subsiguiente a la licencia por maternidad, un permiso de cuidado de hijos, en las condiciones y duración que establezca cada parte contratante. También recoge la garantía de que las responsabilidades familiares no han de constituir un argumento válido de extinción del contrato de trabajo. Regulación, como vemos, excesivamente generalista y alejada aún del tratamiento de la cuestión en profundidad.

[107] "Las autoridades competentes deberían tomar toda medida que de conformidad con el Convenio sobre la política del empleo, 1964, y la Recomendación sobre la política del empleo, 1964, permita a las mujeres con responsabilidades familiares integrarse en la fuerza de trabajo o permanecer en ésta, así como reintegrarse al empleo".

-por último, en las conclusiones de la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, celebrada en Pekín, del 4 al 15 de septiembre de 1995, se reafirmó el compromiso de fomentar la armonización de responsabilidades familiares y laborales de las personas trabajadoras.

Centrándonos ya en el ámbito comunitario, nos encontramos desde principios de los 70 con numerosas iniciativas reguladoras que ya desde temprano abordan el tema de la conciliación y el reparto de responsabilidades, si bien los enfoques, como veremos, no siempre serán acordes al objetivo principal de la consecución de la igualdad real de acceso y oportunidades entre mujeres y hombres en el mundo del trabajo. Resulta de interés recorrer cronológicamente todo ese acervo, en la medida en que nos permitirá al final hacernos una idea más aproximada de la evolución normativa en el contexto histórico en que se desarrolla, y la forma en que ha ido construyendo tanto el propio concepto del "derecho a la conciliación" como los mecanismos articulados para favorecer su ejercicio inicial por las mujeres trabajadoras y, más adelante los que de alguna manera "invitan" al varón a participar de este derecho. Y en este sentido podemos señalar como principales hitos:

-El programa Comunitario Acción Social 1974 que presentaba tres objetivos muy claros, "la realización del pleno y mejor empleo en la Comunidad", "la mejora de las condiciones de vida y de trabajo que permitan, a través de la promulgación de directivas armonizadoras, la equiparación en el progreso", y "la participación creciente de las partes sociales en las decisiones económicas y sociales de la Comunidad y de los trabajadores en la vida de las empresas". No obstante, hay que señalar que tanto en el caso de este programa como en otros posteriores la mayoría de las acciones programadas no llegaron a ser realizadas, aunque podemos considerarlos el germen de la evolución de la política social comunitaria. Habrá que esperar hasta la mitad de la década de los ochenta para empezar a ver cumplidos los objetivos de estos planes. Nuño Gómez, en su estudio evolutivo de la legislación europea[108], afirma que el carácter de acto atípico no vinculante de las Resoluciones adoptadas en el marco de dichos programas restaría eficacia a lo adoptado.

[108] NUÑO GÓMEZ, Laura, «Evolución de la política comunitaria en materia de empleo: igualdad de género y conciliación de vida familiar y laboral», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 14, 2009.

-Los programas Comunitarios de Igualdad de oportunidades para las mujeres (82-85, y 86-90, y 91-95), concretamente los dos primeros hacen referencia a la importancia de promover el reparto de responsabilidades como instrumento para la consecución de la igualdad real. Así, el Primer Plan de Acción para la Igualdad (1982-1985) centró sus esfuerzos en la promoción de la igualdad de género en el empleo. La corresponsabilización de mujeres y hombres en el trabajo doméstico y asalariado no se incorporaría hasta el Segundo Programa (1986-1990), que también aborda con cierta relevancia el problema de la infraestructura social para la reconciliación. Finalmente, el tercer Programa (1991 a 1995) se ocupa de una manera más concreta de la necesidad de inversión social en cuidado como instrumento para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

-La Carta Comunitaria de Derechos Sociales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989 establece en su apartado 16, sobre la Igualdad de trato entre hombres y mujeres, concretamente en su tercer párrafo: "conviene, asimismo, desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares".

Pero en realidad no es hasta los años noventa, al amparo del acuerdo sobre política social anexo al Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht (1992), cuando la conciliación se considera una finalidad relevante para la normativa comunitaria[109] si bien más relacionada con la promoción de la mujer en el empleo que con la igualdad real de oportunidades. A lo largo de esa década se aprobaron una gran variedad de disposiciones normativas y documentos vinculantes sobre la materia, entre los cuales destaca por su relevancia el Libro Blanco sobre Crecimiento, Competitividad y Empleo (1993), que sirvió para potenciar la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral e introdujo por vez primera estrategias y mecanismos encaminados a la gestión de la conciliación de la vida familiar y laboral en el marco del crecimiento y la competitividad. El cambio cualitativo que supuso se cifra en que las políticas de conciliación dejarían de ser consideradas como meras estrategias voluntaristas encaminadas a integrar a las mujeres en el empleo para pasar a ser consideradas, además, medidas para fomentar la competitividad y flexibilidad de las empresas, algo

[109] Prueba de ese atraso es que incluso la incorporación a la normativa europea de las medidas contempladas por la OIT en materia de maternidad que hemos visto no se produjo hasta mediados de los años ochenta con la aprobación de la Directiva 86/378/CEE de 24 de julio y la Directiva 86/613/CEE de 11 de diciembre.

que, como veremos, ha resultado ser finalmente una de las causas de la falta de eficacia de las políticas de conciliación. De este modo, la conciliación pasa a justificar medidas de flexibilidad laboral dirigidas a incrementar la productividad y la competitividad de las empresas, dejando de ser un objetivo en sí mismo. Podemos citar como actuaciones relevantes de esta etapa:

-La Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre, 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 en periodo de lactancia, que contenía una serie de medidas destinadas a la promoción de la seguridad y la salud de las trabajadoras, ciñéndose en exclusiva a los aspectos relativos a los riesgos laborales.

-La Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre (modificada por la Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000), sobre ordenación del tiempo de trabajo que incluyó figuras orientadas a flexibilizar los tiempos de trabajo como la jornada fluida, la capitalización del tiempo de trabajo, la posibilidad de compartir un puesto de trabajo, el trabajo a domicilio o el teletrabajo.

-La Directiva 1996/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, (modificada por la Directiva 2010/18 de 8 de marzo de 2010) relativa a la aplicación del Acuerdo Marco sobre el permiso parental, que supone un paso adelante al establecer que los Estados miembros deben garantizar un permiso parental de tipo individual a todos los trabajadores, ya sean hombres o mujeres, con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo, que les permita cuidar del mismo durante un período mínimo de tres meses y hasta cierta edad que deben definir los Estados, y que puede ser la de cumplimiento de ocho años por el menor[110]. Como señala Tur Ausina[111] esta Directiva es un desarrollo del art. 16 de la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores donde se aborda la cuestión de las responsabilidades en el seno de la familia entrando en definitiva en un ámbito tradicionalmente ajeno a la intervención de los poderes

[110] En principio, el derecho, además de individual debe ostentar la condición de no transferible, cabiendo que los Estados exijan una previa prestación de servicios durante un período de tiempo que no puede exceder de un año. Por lo demás, la Directiva confía a los Estados la posibilidad de que el permiso se disfrute a tiempo parcial, de forma fragmentada o incluso en un régimen de "crédito de horas". Asimismo recoge la garantía de que los trabajadores que hayan solicitado la licencia parental no sean despedidos y ocupen el mismo o similar puesto a su retorno, con respeto de los derechos adquiridos o en proceso de adquisición.

[111] TUR AUSINA, Rosario, «Las políticas de igualdad de género en Europa: Unión Europea y Consejo de Europa». *Cit.* pp. 346.

públicos, lo que tiene un punto de apoyo importante, precisamente, en el concepto de transversalidad.

-La Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, que estableció un marco general para la eliminación de discriminaciones en relación con la conciliación, de los trabajadores a tiempo parcial.

En el ámbito no estrictamente vinculante encontramos:

-La Recomendación 92/241/CE del Consejo, de 31 de marzo, con objeto de fomentar iniciativas para hacer compatibles las responsabilidades profesionales, familiares y educativas, en la cual se definen por vez primera estrategias concretas sobre cuatro ámbitos: el desarrollo de servicios de cuidado para progenitores laboralmente activos o en período de formación; la introducción de cambios en la organización del trabajo como flexibilización de horarios o la creación de servicios y espacios que faciliten la conciliación; campañas de sensibilización dirigidas a implicar a los hombres en la corresponsabilización familiar; y la implantación de permisos parentales. Se apunta asimismo -aunque con excesiva generalidad, a juicio de Nuño Gómez[112]-, la corresponsabilidad tanto de las autoridades nacionales como de las regionales o locales, así como de los interlocutores sociales, en el desarrollo de las medidas necesarias para facilitar la conciliación.

-La iniciativa NOW[113] en 1994, supuso una importante inversión en el campo del empleo y de la formación profesional femenina. El desarrollo de medidas sociales facilitadoras del cuidado familiar fue una de las medidas complementarias al objetivo de formación profesional que se financió por medio del Fondo Social Europeo, concretamente en el Tercer Programa de Acción Comunitario (1991-1995), donde se pone en marcha esta iniciativa (*New Opportunities for Woman*). Esta acción introdujo la perspectiva de género en la política estructural de la Unión Europea, favoreciendo las estrategias del *mainstreamig*, y fue sustituida en el año 2000 por la Iniciativa Comunitaria EQUAL.

[112] NUÑO GÓMEZ, Laura, «Evolución de la política comunitaria en materia de empleo: igualdad de género y conciliación de vida familiar y laboral». *Cit.*

[113] Publicada en el diario Oficial C 180 de 01.07.1994, prevista para el periodo 1994-1999.

Así pues, a lo largo de la década de los 90 la conciliación, nos recuerda Nuño Gómez[114], pasará a tener una posición neurálgica tras la aprobación del Tratado de Ámsterdam (1997), que vinculó como aspectos inseparables la empleabilidad y la conciliación. El Tratado, que incorpora el entonces Título VIII dedicado al empleo, y del que surgieron las Estrategias de Luxemburgo y de Lisboa, elevará la conciliación en la política comunitaria al rango de primer nivel, especialmente tras el "Informe Kok" de 2003, que hace hincapié en la necesidad de crear un mercado de trabajo más inclusivo, en el que la flexibilidad necesaria para la empresa vaya acompañada de la flexibilidad esencial para los trabajadores, en la que la conciliación debe ocupar un lugar prioritario, y facilite una mínima seguridad como para que puedan progresar en sus vidas y en sus carreras profesionales.

Las sucesivas convocatorias de las Cumbres Europeas de Empleo –celebradas al amparo del nuevo Título de Empleo aprobado por el Tratado- traducirían en actuaciones concretas las propuestas programáticas del mismo. Así, en el Consejo Europeo sobre Empleo, celebrado en noviembre de 1997 en Luxemburgo, se acordó que la igualdad de oportunidades representaba uno de los objetivos que debían guiar las directrices de la Estrategia Europea de Empleo. En la sesión del Consejo Europeo celebrada los días 23 y 24 de marzo de 2000 en Lisboa, se produce, no obstante, un salto cualitativo al fijar márgenes de resultados concretos en lo relativo a la empleabilidad de las mujeres. No obstante, señala Nuño Gómez, "este cambio estratégico vino condicionado por la toma de conciencia de la debilidad que representaba a medio plazo el descenso de las tasas de natalidad, el consecuente envejecimiento de la población que de ello se derivaba y los problemas que conllevaría de cara a la sostenibilidad del sistema de protección social vigente, no incrementar la tasa de población activa"[115]. Planteamientos, como vemos, muy alejados de una perspectiva de género y del principio de igualdad, recogido en el Tratado de Amsterdam, y que responden a la concepción de la mujer en su exclusiva función reproductora.

No obstante, en el comienzo del nuevo siglo XXI continúan adoptándose medidas a favor de la conciliación de la vida familiar y laboral, entre ellas su recepción como derecho fundamental en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión

[114] NUÑO GÓMEZ, Laura, «Análisis comparado del tratamiento de la conciliación de la vida familiar y laboral en los países de la Unión Europea». *Cit*.

[115] Ibid.

Europea[116], donde la conciliación de la vida laboral y familiar es, no sólo un principio jurídico sino un derecho subjetivo constitucional. Concretamente el derecho se reconoce en su art. 33 dedicado a la conciliación de la vida familiar y vida profesional[117] aunque, como veremos con mas profundidad en el capítulo IV, éste resulta a todas luces insuficiente. En el ámbito normativo cabe destacar:

-La Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, por la que se modifica la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, que contiene algunas disposiciones relacionadas con el derecho al reingreso tras la finalización del permiso de maternidad, y el derecho a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia por dicho permiso, proponiendo también infraestructuras y servicios encaminados a facilitar la conciliación.

-La Directiva 2006/54 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 u ocupación[118]. En síntesis, garantiza que la igualdad de hombres y mujeres, como principio fundamental del Derecho comunitario, se aplique en todos los ámbitos de la vida social, incluido el mundo del trabajo.

---

[116] La Carta de los Derechos Fundamentales reconoce una serie de derechos personales, civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos y residentes de la UE, consagrándolos en la legislación comunitaria.
Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, se otorgó a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE) un carácter vinculante. El nuevo estatuto de la Carta refuerza la acción de la Unión en materia de respeto de los derechos fundamentales.
El objetivo de la estrategia de la Comisión consiste en garantizar la aplicación efectiva de los derechos fundamentales recogidos en la Carta. En este sentido, la Unión debe ser ejemplar, con el fin de:
permitir a los ciudadanos de la Unión disfrutar de los derechos que recoge la Carta;
fomentar la confianza mutua entre los Estados miembros de la UE;
fomentar la confianza de la ciudadanía en las políticas de la UE;
reforzar la credibilidad de la acción externa de la UE en materia de derechos humanos.

[117] "Art. 33.1: Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social. 2. Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño."

[118] Reúne en un único texto las Directivas 75/117/CEE del Consejo de 10 de febrero; Directiva 76/207 CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976; Directiva 86/378/CEE del Consejo de 24 de julio de 1986 modif por la Dir 96/97 CE; Directiva 97/80 CE; y la jurisprudencia consolidada en la materia recapitulando, de este modo, todo el acervo comunitario sobre igualdad de trato en relación a la retribución, el acceso al empleo, la formación profesional, las condiciones de trabajo, el régimen profesional de seguridad social, así como el ppio de la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

-La Directiva 2010/18 del Consejo, de 8 de marzo de 2010 de permisos parentales (Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental y que deroga finalmente la anterior directiva 96/34 CE).

Como podemos observar, la conciliación se plasma en reglas de naturaleza muy diversificada, ya sean preventivas, Directiva 92/85 de maternidad, antidiscriminatorias por sexo/género, Directiva 2006/54, o de permisos parentales, Directiva 2010/18, aunque prácticamente ausente de las Directivas 97/81 sobre trabajo a tiempo parcial y Directiva 2003/88 sobre ordenación del tiempo de trabajo. Consecuentemente, son estas tres Directivas comunitarias en materia de conciliación las que van a establecer las pautas respecto de la evolución y el enfoque de los DCPL por parte de los países miembros. Nos interesa destacar en este apartado, sobre todo, aquellos aspectos más relevantes que indicarán estas nuevas tendencias en la configuración de los DCPL y que podremos identificar con la promoción de la corresponsabilidad, la individualización e intransferibilidad de los permisos parentales, el favorecimiento de los derechos de conciliación presenciales como el derecho de adaptación de la jornada de trabajo y, aunque de manera muy tímida aún, la defensa de la conciliación de la vida personal y laboral, más allá de la estrictamente familiar.

-La Directiva 92/85/CEE 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 en periodo de lactancia:

Dirigida a la protección sanitaria durante el embarazo, el parto, y la lactancia de la mujer, de ahí su titularidad exclusivamente femenina. El ámbito subjetivo -mujer embarazada- constituye una excepción al principio de igualdad formal que se justifica en razón de la condición biológica de la madre. No obstante, esta directiva no se basa en ninguno de los preceptos del TCE relativos a la igualdad de género, sino que se fundamenta en el art. 118 TCE que obligaba al Consejo a adoptar directivas que establecieran "disposiciones mínimas para promover la mejora del medio de trabajo, protección de seguridad y salud de los trabajadores".

El art. 8 establece la duración mínima del permiso de maternidad por un periodo de catorce semanas ininterrumpidas de las cuales dos semanas son de carácter obligatorio, que pueden ser disfrutadas antes o después del parto; el art. 11.2.a)

garantiza que la mujer mantendrá los derechos inherentes a su contrato de trabajo; el art. 10 prohíbe expresamente el despido durante el embarazo y durante el disfrute del permiso de maternidad; y el art. 11.2.b) reconoce el derecho a recibir una retribución o prestación económica adecuada.

A pesar de que no se trata *stricto sensu* de una regulación sobre conciliación, esta norma, como sostiene Ballester Pastor, "puede considerarse además, una norma de conciliación puesto que contiene un derecho de ausencia relacionado con el cuidado del recién nacido, cuya duración excede de la recuperación física materna con posterioridad al parto. El tiempo establecido actualmente para el permiso de maternidad tiene una doble naturaleza –sanitaria y conciliadora- puesto que solo resultan obligatorias para la trabajadora 2 semanas" [119].

En octubre de 2008 la Comisión Europea consideró necesario reforzar la protección de las trabajadoras en situación de maternidad proponiendo una propuesta de reforma de la actual Directiva planteando la modificación del art. 8 (duración del permiso de maternidad), el art. 10 (prohibición de despido) y el art. 11 (derechos inherentes al contrato de trabajo). Así, en primer lugar propone el aumento del periodo mínimo de 14 a 18 semanas y un periodo obligatorio de 6 semanas, ajustándose a la recomendación de la Convención sobre protección de la Maternidad de la OIT de 2000. Se entiende que un permiso más largo tendrá un impacto positivo en la salud de la madre permitiéndole tener una mejor recuperación del embarazo y parto, pasar más tiempo con sus hijos y prolongar el periodo de lactancia. En relación a la parte no obligatoria del permiso la CE permite a la madre trabajadora una mayor flexibilidad toda vez que podrá disfrutarse antes o después del nacimiento del hijo. En caso de retraso en la fecha prevista del parto, si la madre ha elegido disfrutar parte de su permiso antes del parto, si este se retrasase, el permiso de maternidad se extenderá de manera que no signifique una reducción temporal en la parte restante del permiso posterior al parto. Se plantea un permiso adicional en los supuestos de parto prematuro, hospitalización de los hijos/as tras el parto, nacimiento de hijos/as con discapacidades o partos múltiples. Para el caso de despido se pide que el empleador/a deba motivar debidamente por escrito, a solicitud de la afectada, el despido que se produzca durante

[119] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad», *Revista de Derecho Social*, n.º 51 (septiembre de 2010), pp. 39.

los seis meses siguientes a la incorporación tras el disfrute del permiso de maternidad. Por último, se prevé la adopción de medidas para que la trabajadora que se ha reintegrado al trabajo pueda solicitar al empleador/a que adapte su modalidad de trabajo y su horario de manera que pueda seguir atendiendo sus responsabilidades familiares. Se trata de una medida que favorecería la promoción de modelos de trabajo flexible después del disfrute del permiso de maternidad.

En mayo de 2009 el Parlamento Europeo rechaza la modificación propuesta por la CE y pone de manifiesto la inviabilidad de la ampliación del permiso por maternidad hasta 18 semanas, con el argumento de un efecto boomerang que puede causar un mayor perjuicio que beneficio a las mujeres trabajadoras, al desincentivar su contratación. No obstante, para la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Genero del Parlamento Europeo, la propuesta de reforma de la Comisión Europea supone una modificación bastante modesta con una repercusión probablemente muy poco significativa en el actual marco legislativo de varios Estados miembros, por lo que plantea una nueva propuesta de reforma manifestando que la Directiva no tiene como fundamento jurídico exclusivo el art. 153 TFUE relativo a la salud y seguridad en el trabajo ya que, de acuerdo con la Comisión, las normas relativas al permiso de maternidad, su duración y retribución, así como los derechos y obligaciones de las mujeres que se acogen al permiso de maternidad, están intrínsecamente vinculadas al principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato de mujeres y hombres con arreglo al art. 157, ap. 3, TFE (ex. art. 141 TCE) argumentando en definitiva que las medidas relacionadas con el permiso de maternidad contribuyen en definitiva a asegurar la igualdad efectiva entre sexos en el mercado de trabajo.

Así, se propone una duración mínima del permiso de maternidad de 20 semanas ininterrumpidas. La propuesta se acompaña de un nuevo apartado art. 8.1.bis en el que se intenta compensar los costes adicionales que podría tener esta medida estableciendo que las últimas cuatro semanas de permiso podrían ser consideradas en los Estados como parte del permiso por motivos familiares siempre que éste prevea un nivel de protección adecuado y que en todo caso deberá garantizar una remuneración no inferior al 75% del salario. Se propone que el periodo de permiso de maternidad obligatorio se retribuya íntegramente además de prever la posibilidad de compartir este periodo con el padre, con arreglo a la legislación de cada Estado miembro, si la pareja así lo acuerda y lo solicita. En casos de parto múltiple considera que se debería prever una prórroga del periodo de permiso de maternidad obligatorio. Se establece un periodo mínimo de

prorroga de 8 semanas para los supuestos de nacimiento de hijo con discapacidad y 6 semanas para los supuestos de muerte fetal. También el reconocimiento de la depresión puerperal como enfermedad grave así como garantizar condiciones especiales de trabajo para los padres de un menor discapacitado. Se propone en cuanto a la protección en caso de despidos que la misma abarque todo el periodo desde el comienzo del embarazo hasta como mínimo 6 meses después de finalizar el permiso de maternidad. Por lo que respecta a la lactancia se plantea un permiso de ausencia que debería disfrutarse en dos fracciones de una hora de acuerdo con un régimen horario distinto establecido de común acuerdo con el empleador/a sin que se pierda ningún privilegio asociado al empleo, de acuerdo con lo dispuesto en la Rec. A55/15 de la OMS y el art. 10 del Convenio 183 de la OIT del año 2000, que insta a reconocer el derecho a una o más pausas diarias, o a una reducción del horario del trabajo para la lactancia sin que su ejercicio pueda suponer la pérdida de ningún privilegio. Por lo que respecta al ámbito subjetivo, pretende extender los derechos enunciados en la propuesta de Directiva a las trabajadoras embarazadas que ejerzan una actividad laboral "con arreglo a cualquier tipo de contrato, incluido el servicio doméstico".

En cuanto al papel del padre, se considera necesario que la legislación comunitaria establezca un permiso de paternidad de al menos dos semanas con carácter individual, intransferible y remunerado y que pueda ser disfrutado simultáneamente con el permiso de maternidad. Se trata de una medida que busca la corresponsabilidad apoyada en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 29 de junio de 2000. Del mismo modo insta a adoptar medidas normativas precisas para garantizar que los trabajadores/as cuyas parejas hayan dado a luz a disfrutar de un periodo de permiso especial, incluida la parte no utilizada del permiso de maternidad, en los supuestos de fallecimiento o incapacidad física de la madre. Se apuesta así por ampliar el ámbito material de la Directiva que queda patente en la propuesta de modificación del propio titulo al que se pretende añadir la expresión "y de medidas de apoyo a los trabajadores para conciliar la vida profesional y familiar". Las defensoras de la inclusión en la Directiva 92/95 de un permiso de paternidad lo consideran como “una contraprestación-compensación a la maternidad de titularidad femenina dirigida a corregir sus efectos y a promover el reparto de responsabilidades. A la misma vez entienden que la actual Directiva 2010/18 no es una medida adecuada para conciliar la vida profesional y privada de los padres.

La nueva propuesta presentada en marzo de 2010 por el Parlamento Europeo cuenta con la oposición radical de algunos Estados, como es el caso del Reino Unido -que rechaza la reforma por razones de flexibilidad laboral-, así como Alemania o España -que no son partidarias de dicha ampliación en el contexto presente de contención del gasto público-.

Sin embargo, es el intento por incorporar en la Directiva de maternidad el permiso de paternidad lo que produce mayores reticencias. A pesar de que el reconocimiento a escala comunitaria del permiso de paternidad constituiría un hito en el camino hacia la corresponsabilidad en las obligaciones familiares, esta medida es criticada por muchos de los ministros en el Consejo de 6 de diciembre de 2010 debido a que consideran que esta medida excede claramente del ámbito material de una directiva específica sobre la seguridad y la salud de la madre trabajadora. Por los países miembros se considera que la propuesta de la Comisión Europea es mas apropiada por su menor coste, argumentándose que los permisos parentales ya se encuentran regulados en la actual Directiva 2010/18 y que la Directiva de maternidad debe seguir centrada sólo en esos dos aspectos. Desde entonces, la introducción en el debate político del tema del reparto de responsabilidades bloquea la reforma de una nueva Directiva de maternidad. Finalmente, la Comisión Europea, en marzo de 2015, ante la imposibilidad de un acuerdo, ha anunciado su intención de abandonar la revisión de la actual legislación sobre el permiso de maternidad.

Y es que Pazos Morán[120] llama la atención sobre el hecho de que las dos líneas de legislación de la UE sobre permisos, una sobre los permisos de maternidad y otra sobre los permisos parentales, se desarrollen como si nada tuvieran que ver entre sí, sin ni siquiera hacerse referencia mutua. Para la autora, por una parte continúa vigente la ficción de que el permiso de maternidad es íntegramente para la salud de la madre, por más que se alargue. De este modo, la Comisión Europea se ocupa de intentar que se aumente el permiso de maternidad, dejando a la patronal y a los sindicatos que negocien libremente sobre la extensión del permiso parental. Patronal y sindicatos, por su parte, no se interesan por los permisos de maternidad y negocian los permisos parentales como si fueran los únicos que existieran, haciendo así abstracción de que ambas figuras recaen sobre las mismas personas, de que los permisos parentales son la continuación de

[120] PAZOS MORÁN, María, «supresión permiso de paternidad», disponible en : *http://www.igualeseintransferibles.org/*. Consultado el 20-8-2012.

los permisos de maternidad, y de que ambos son para las mujeres en la práctica a menos que tengan características particulares: intransferibles y bien pagados. Estas características son justamente para Pazos Morán las que, como por casualidad, se olvidan de proporcionarles.

De manera complementaria a la Directiva 92/85, la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613 CEE del Consejo, mejora notablemente la protección de las mujeres que ejercen una actividad autónoma y la de sus cónyuges colaboradores o parejas de hecho, especialmente en caso de maternidad; en este supuesto, se les ofrece una prestación por maternidad y un permiso de al menos catorce semanas. Es la primera vez que se conceden prestaciones por maternidad a las trabajadoras autónomos en toda la UE en un momento de recortes sociales[121].

-La Directiva 2006/54/CE, 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 (refundición):

En síntesis, garantiza que la igualdad entre hombres y mujeres, como principio fundamental del Derecho comunitario, se aplique en todos los ámbitos de la vida social, incluido el mundo del trabajo. Siguiendo a Ballester Pastor[122] se puede observar en su articulado algunas referencias a la relación entre maternidad y discriminación por razón de sexo/género: la primera de ellas (art. 2.2.c)[123] conecta el tiempo de permiso de maternidad y la discriminación por sexo/género pues, aunque esta protección ya viene atribuida por medio de la Dir. 92/85, se considera un instrumento para la igualdad entre mujeres y hombres, superando así la doctrina establecida por el TJUE en el *Asunto Hofmann*[124], C-184/83, de 12 julio de 1984.

[121] En España este tipo de protección ya existe y se extiende hasta 16 semanas como en el caso de los trabajadores por cuenta ajena.

[122] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad». *Cit.* pp. 49.

[123] "A efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá: c) el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE".

[124] Recordemos que el TJUE en esta sentencia confirmó la legitimidad de "las necesidades específicas de la mujer asegurando la protección de su condición biológica durante el embarazo y posteriormente hasta que sus funciones

La segunda referencia (art. 15)[125], referida a la interdicción de perjuicios laborales por causa de permiso de maternidad, se ha interpretado por el TJUE como un derecho de aplicación absoluta e incondicionada cuyo ejercicio no puede tener ninguna repercusión negativa en la persona de la trabajadora.

Una tercera conexión, aunque implícita, incorpora una ampliación subjetiva que tiene que ver con el reparto de responsabilidades. El art. 16[126] titulado "permiso de paternidad y de adopción" establece por un lado, la protección frente al despido por parte de quien ejerza el derecho al permiso por adopción o paternidad y por otro, el beneficio de los derechos a los que hubiera tenido acceso de no haberse encontrado disfrutando de dicho permiso. Para Ballester Pastor este artículo resulta muy relevante porque extiende la protección de la maternidad también a las situaciones masculinas o neutras referidas a similares periodos de tiempo, y porque "la protección que dispensa no surge por comparación con el colectivo sexual opuesto, sino por comparación con quien no ha ejercitado los derechos de cuidado a los que se refiere"[127]. Su importancia desde la perspectiva de género se debe a que, por un lado, implica una mayor protección frente a las discriminaciones que la dispensada en la Directiva de permisos parentales; por otro, reconoce que la función de cuidado no es un espacio típicamente femenino, normalizando que se lleve a cabo por cualquiera de los progenitores; y finalmente, porque configura la paternidad como un complemento de la maternidad, como una ramificación lógica y natural de la protección dispensada a la situación de maternidad biológica y como un instrumento para el reparto que, desde esta perspectiva, merece un tratamiento simultáneo a ella.

---

biológicas y mentales hayan vuelto a la normalidad y la relación especial entre una mujer y su hijo en el periodo que sigue a embarazo y nacimiento". Ello en base al art.2.3 Directiva 76/207.

[125] "La mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el periodo de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia".

[126] "La presente Directiva no afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción. Los Estados miembros que reconozcan tales derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores –hombres y mujeres- del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia".

[127] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad». *Cit*. pp. 51.

Abundando en lo anterior, Núñez-Cortés Contreras y Molina González-Pumariega[128] consideran que aunque el Derecho comunitario no exige el reconocimiento de un permiso por paternidad a los Estados miembros, sí abre la posibilidad de que puedan reconocerlo ajustándose a las reglas contenidas en la Directiva 2006/54. El Derecho comunitario caracteriza así el permiso por paternidad como un derecho específico exclusivo del padre, distinto del permiso por maternidad y también del permiso parental, a la vez que reconoce garantías para la eficacia del permiso por paternidad similares a las del permiso por maternidad. De este modo, el modelo de permiso por paternidad reconocido en el Derecho comunitario como un permiso específico, autónomo e independiente del de maternidad contribuirá, con el paso del tiempo, a incrementar el número de hombres que lo disfruten y por tanto a fomentar la corresponsabilidad.

- La Directiva 2010/18 de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental y deroga la Directiva 96/34/CE:

Siguiendo de nuevo a Ballester Pastor, la Dir. 2010/18, aunque continúa sin establecer compensación económica para el tiempo transcurrido en permiso parental y sin hacer referencia alguna al cuidado de otras personas dependientes, implementa nuevas referencias que vinculan la conciliación con el género, a la vez que amplía sus dimensiones al enlazar la discriminación por razón de sexo/género con diferentes causas de discriminación prohibidas.

En cuanto a sus características más destacables, conviene señalar que desde el punto de vista formal todo el contenido de la Directiva está redactado de forma neutra. Reconoce un mínimo derecho de permiso parental, consistente en un permiso de cuatro meses para el cuidado de hijos menores de ocho años, de los cuales, al menos un mes, debe tener carácter intransferible y que podrá disfrutarse a tiempo completo o parcial[129]. Sin embargo, el permiso no se configura como un derecho para el cuidado de otros familiares dependientes sino solo para los hijos, nacidos o adoptados (por lo que

[128] NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, Pilar y MOLINA GONZALEZ-PUMARIEGA, Rocío, «La maternidad y paternidad en el Derecho de la Unión Europea», *Actualidad Laboral* n.º 14, Sección Estudios, julio de 2011.

[129] En nuestro ordenamiento el permiso parental vendría a ser el articulado a través de lo que denominamos reducción de jornada, permiso de lactancia o las excedencias por cuidado de hijo.

tampoco se incluyen los acogidos). La Directiva, aunque otorga libertad casi completa a los Estados para que configuren las características y las condiciones de acceso, presenta -de acuerdo con Ballester Pastor- algunas diferencias con respecto a la anterior Directiva de permisos parentales. En cuanto a la concesión del permiso supeditada a la necesidad de un periodo de trabajo no inferior a un año, añade que en caso de contratos temporales se tendrán en cuenta todos ellos a efectos de antigüedad. Una modificación más significativa es la relativa a la posibilidad de que el empleador/a posponga la concesión del permiso parental por razones justificables relacionadas con el funcionamiento de la organización (cláusula 3.1.c), donde se elimina la referencia ejemplificativa de las posibles justificaciones de la oposición empresarial que antes se contenían en la Dir. 96/34. Para la autora, esta supresión es importante porque impide la aplicación de la presunción de que concurre causa cuando es posible la incardinación en alguno de los supuestos ejemplificados. De esta forma, con la reforma operada, ya no hay situaciones presuntas que admiten la oposición empresarial, sino que será necesario que se pruebe en cada caso la justificación de dicha oposición.[130]

Por otra parte, aunque continúa sin recogerse la necesidad de cierta compensación o retribución mínima durante el tiempo de permiso parental ni tampoco referencia a la obligación de que exista cobertura de seguridad social, la diferencia, aunque de carácter testimonial, aparece en relación con la garantía de ingresos durante el permiso parental: se incluye una referencia especial a que la regulación realizada por los Estados miembros debe realizarse "teniendo en cuenta el papel que desempeñan los ingresos –entre otros factores- en la utilización del permiso parental." Para Ballester Pastor, el hecho de que se haga mención a la importancia que, en el disfrute repartido de los permisos parentales, tiene el mantenimiento de la retribución presenta cierto valor simbólico. Si hasta el momento resulta más rentable para la unidad familiar que, si es necesario perder algún salario, éste sea generalmente el de la mujer -por tratarse del de menor cuantía-, el mantenimiento de los ingresos durante el tiempo de permisos parentales podría suponer favorecer el acceso masculino. De esta forma, la Directiva ha tenido al menos un efecto visibilizador de los efectos de la retribución de los permisos parentales en el reparto.

[130] Lo cual podría apuntar a la necesidad, ante la negativa de una solicitud de adaptación de jornada por la vía del 34.8 ET, de que la empresa deba probar la concurrencia de causas que imposibiliten tan reconocimiento.

El último contenido obligatorio recogido por la Directiva es el derecho de ausencia al trabajo por motivos de fuerza mayor vinculados a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador. Es el único precepto que contempla una obligación de configurar un permiso para un supuesto concreto y específico, si bien no prevé obligaciones retributivas vinculadas a este permiso por fuerza mayor, de hecho en nuestro ordenamiento español seguimos sin disponer de una normativa adecuada al respecto.

La Directiva contiene también una referencia novedosa: concretamente en la cláusula 6, titulada "Reincorporación al trabajo", se establecen, aun con carácter indicativo, ciertas prerrogativas del trabajador/a para adaptar su jornada de trabajo con motivo de la reincorporación tras el permiso parental, si bien éste es un derecho que está sometido totalmente a la apreciación empresarial de adecuación. Se trata de una referencia muy parecida a la que se ha presentado en las propuestas de reforma de la Dir. 92/85. Aun así esta referencia tiene importancia porque, según Ballester Pastor, parece introducir un sentido de mayor extensión en el concepto de conciliación superando la estricta vertiente de los permisos parentales. "En todo caso, el matizado derecho a la adaptación de jornada contenido en la Dir. 2010/18 o a que los empresarios tomen en consideración las peticiones de adaptación de jornada tiene un efecto testimonial que debe ser subrayado, puesto que es la primera vez que aparece en un texto normativo cierto derecho a la adaptación de la jornada por razones de conciliación de responsabilidades, lo que es particularmente interesante en una norma que se dedica exclusivamente a los permisos parentales"[131].

Otra de las cuestiones reseñables de la Directiva que destaca la autora es sin duda su dimensión antidiscriminatoria, ya que realiza numerosas referencias a la conexión entre los permisos parentales y el objetivo de la igualdad entre mujeres y hombres, si bien las referencias no aparecen en el clausulado y sí en su texto no obligatorio o de acompañamiento, advirtiéndose indicios de que participa de algunos caracteres comunes a la normativa antidiscriminatoria[132]. Así en la cláusula 5 en su

[131] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad». *Cit*. pp. 57.

[132] El art. 2 incorpora una referencia (sanciones para los supuestos de infracción) que no contiene la anterior y que evidencia que esta normativa ha dejado de ser una norma menor de efectividad secundaria; asimismo establece una conexión clara con las normas antidiscriminatorias, que se manifiesta en referencias muy similares acerca de la necesidad de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para garantizar su efectividad. Debemos tener en

apartado 4 impone la adopción de las medidas necesarias para proteger a los trabajadores —hombres o mujeres—, ya no sólo frente al despido, sino también frente a cualquier otro trato menos favorable motivado por la solicitud o ejercicio del citado permiso parental.

Pero, sin duda, uno de los aspectos más novedosos de la Directiva es la configuración obligatoria del carácter intransferible del permiso parental que ya había quedado formulado como objetivo en la Directiva 96/34, si bien su configuración obligatoria aparece por primera vez en la Directiva 2010/18 (clásula 2.2 supra). Esta intransferibilidad persigue como objetivo que el permiso no acabe recayendo en uno solo de los miembros de la unidad familiar. Pretende promover el reparto y corregir, desde una perspectiva de género, los efectos perversos que puede tener la propia configuración de los permisos parentales. No obstante, como afirma la autora, una visión mas consecuente con esta finalidad hubiera obligado a establecer referencias al género de los beneficiarios, lo que permitiría prohibir claramente lo que causa consecuencias negativas por connotaciones de sexo/género (permisos exclusivamente femeninos y la posibilidad de acumulación de todos los permisos parentales por un mismo sujeto causante en la madre) y potenciar lo que puede servir a la finalidad del reparto (configuración de permisos parentales exclusivamente paternos y posibilidad de acumular en el padre todos los permisos parentales correspondientes al mismo sujeto causante).

En este sentido, numerosos expertos/as y autoridades europeas han afirmado que la primera característica que deberían tener los permisos parentales para que su uso fuera más igualitario y no incrementaran la división sexual del trabajo es la de la intransferibilidad, ya que los hombres solamente se toman la parte intransferible; la segunda, que deberían ser retribuidos con un reemplazo del salario cercano al 100%; y la tercera, que no deberían ser largos. Castro García y Pazos Morán[133] han analizado las características de los permisos parentales y prestaciones para cuidado de los niños/as en Europa, su configuración y su evolución reciente, poniendo de manifiesto que "la

cuenta que tal apelación a la efectividad de las sanciones aparece tan solo en aquellas normas comunitarias conectadas con derechos fundamentales. El hecho de que la Directiva incorpore esta referencia refuerza la conclusión de que los permisos parentales se sitúan al mismo nivel de protección que el principio antidiscriminatorio o los derechos fundamentales. Por otra parte, se consolida la existencia de una red de trato conjunto de las cuestiones relacionadas con el cuidado, constituida por la Dir. 2006/54 (antidiscriminatoria), la Dir. 92/85 (maternidad) y la Dir. 2010/18 (permisos parentales).

[133] CASTRO GARCÍA, Carmen y PAZOS MORÁN, María, «Los permisos parentales: una crítica feminista de las tendencias actuales en Europa». En el II Congreso de Economía Feminista. Zaragoza: 2007.

tendencia que se observa en Europa es la de aumentar la duración de los permisos parentales (Francia, España), y en algunos casos su remuneración (Francia, Alemania). En algunos países se está incluyendo una parte intransferible (…). Actualmente existe ya amplia evidencia acumulada sobre el funcionamiento de los permisos parentales, su uso diferencial por parte de hombres y mujeres y sus efectos sobre la división del trabajo, sobre todo en base al análisis de la ya larga experiencia de los países nórdicos. En estos países los permisos parentales se instauraron con vocación igualitaria, pero treinta años de aplicación han proporcionado numerosos argumentos para cuestionarse su diseño, sobre todo por la cláusula de transferibilidad entre progenitores que se estableció desde el principio y que ahora se está matizando con el establecimiento de una cuota intransferible cada vez mayor.

Todos los indicios apuntan a que los permisos parentales conjuntos (hasta ahora disfrutados por parte de las mujeres en su inmensa mayor parte) tienen un efecto negativo sobre la división sexual del trabajo en la medida en que alejan a las mujeres del mercado de trabajo y aumentan la segregación y la brecha salarial. Estos efectos son mayores cuanto mayor es la diferencia de dedicación entre mujeres y hombres". Y es que “los permisos parentales no son una pieza aislada. Para explicar las tendencias observadas en muchos países, y los efectos sobre la división sexual del trabajo, es necesario considerar el entorno regulatorio en el que se inscriben y el modelo de sociedad que inspira el resto de las políticas públicas. Por encima de una retórica igualitaria, las reformas que se están llevando a cabo van, en mayor o menor medida, en la dirección de implicar a los hombres en el cuidado en cierto modo (no al 50%), pero también en la dirección de dar a las mujeres mayores facilidades para que carguen con la mayor parte y mantengan su inserción en el empleo en la medida en la que puedan compatibilizarlo. Los permisos parentales son una de las medidas que, con una apariencia igualitaria, pueden constituir un mecanismo importante para mantener la desigualdad sexual de dedicación al cuidado, a menos que evolucionen hacia la intransferibilidad y se acompañen de otras medidas que realmente consigan un uso igual por parte de hombres y de mujeres"[134].

En lo que se refiere a la transposición de esta Directiva, el informe de 5 de abril de

[134] Ibid.

2016 de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, A8-0076/2016, ha evaluado la legislación relativa al permiso parental en los diferentes Estados miembros. Es importante subrayar, en lo que el presente trabajo atañe, uno de los "considerandos" de los que parte: "la conciliación entre vida familiar y vida laboral es un derecho fundamental que debe garantizarse plenamente en cada texto de la Unión que pueda tener impacto en este ámbito; que hay que destacar, de manera general, la importancia de los entornos de trabajo favorables a la familia".

El informe evidencia de nuevo la tensión existente entre Parlamento y Comisión en el tema de la conciliación, haciendo expresa mención a la sorpresa que causa la actitud del Consejo y de la Comisión Europea en este asunto, y que se manifiesta tanto en el abandono de la reforma de la Directiva de maternidad, al que ya hicimos alusión anteriormente, como en su abstención sobre la realización de un informe de aplicación de esta Directiva, máxime a tenor de la hoja de ruta para la conciliación aprobada en el verano de 2015[135].

Por lo que respecta a la transposición de la Directiva, el informe, pese a la disparidad de permisos entre los diferentes Estados miembros, destaca los siguientes aspectos:

-En primer lugar, lamenta que existan disparidades en las medidas de transposición de la Directiva en cuanto a su ámbito de aplicación, puesto que se establecen regímenes más favorables para los trabajadores/as del sector público, pionero en este ámbito, que para los trabajadores/as del sector privado. Y así, recomienda que se tomen "todas las medidas posibles para que la Directiva se aplique correctamente, de manera uniforme, tanto en el sector público como en el privado; subraya que todos, sin distinción de género, deben tener garantizado el derecho al permiso parental, sin discriminación alguna e independientemente del sector en el que estén empleados o del tipo de contrato laboral que tengan los padres y madres que trabajan".

-Recuerda que las prestaciones de la seguridad social son competencia exclusiva de los Estados miembros.

-Reconoce que continúa existiendo un importante desequilibrio en el uso de los permisos parentales.

-Pide a los Estados miembros que garanticen que los permisos familiares sean

[135] En esa hoja de ruta titulada "Un nuevo comienzo para afrontar los retos de la conciliación de la vida laboral y la vida privada de las familias trabajadoras" la Comisión pretende sustituir la propuesta de revisión de la Directiva relativa al permiso de maternidad por un paquete de medidas legislativas y no legislativas en materia de conciliación.

equitativos en términos de derechos individuales e igualmente accesibles para ambos progenitores, así como que se tenga en cuenta su remuneración, dado que es un factor decisivo para garantizar que los padres con bajos ingresos y las familias monoparentales puedan disfrutar de las mismas ventajas en igualdad de condiciones.

-Asimismo, que deben adoptarse políticas familiares que faciliten una vuelta al trabajo después de un permiso parental "gradual y suave" teniendo en cuenta el "fomento del teletrabajo, el trabajo en casa y el trabajo inteligente" y que, cuando se adopten decisiones en este ámbito, "se aseguren de que las empresas puedan planificar con certidumbre" prestando una atención particular a las microempresas y las pymes.

-Incide en la necesidad de garantizar condiciones favorables para la reincorporación al mundo laboral de quienes han disfrutado de un permiso parental, particularmente en lo que se refiere "al reingreso al mismo puesto de trabajo, a las modificaciones del horario de trabajo o de la organización de la vida laboral en el momento de reanudar la actividad profesional (incluida la obligación para el empleador, de justificar una eventual negativa), al disfrute de periodos de formación, a la protección frente a despidos o tratos menos favorables a consecuencia de la solicitud o del disfrute del permiso parental, y a un periodo de protección contra el despido para que los interesados se readapten a su puesto de trabajo".

Así, en su Exposición de Motivos el informe considera que:

-A partir del estudio de las legislaciones nacionales y considerando que las situaciones jurídicas son relativamente complejas en los diferentes Estados miembros, simplifica los permisos familiares en torno a tres tipos: permiso de maternidad, de paternidad y parental, y destaca que las dos legislaciones europeas en materia de conciliación, la Directiva de maternidad y la Directiva de permisos parentales, son antiguas y se aprobaron con objetivos diferentes, de forma que hoy ya no responden al contexto económico y social de la Unión. Por ello y debido a la imbricación de estos tres permisos, "no se puede obviar su estudio ni se pueden desvincular las conclusiones políticas relativas al permiso parental de las que deberán establecerse sobre los permisos de maternidad y paternidad".

-La conciliación tiene como motivos principales la igualdad de género y la justicia en el reparto de las tareas familiares, la aportación económica que para la Unión representa la participación de las mujeres en el mercado laboral, así como su contribución al desarrollo demográfico.

-En lo que respecta a la transposición de la Directiva, no se constatan

incumplimientos en la aplicación del permiso parental por parte de los Estados miembros, aunque sí diferencias en sus modalidades, en combinación con los otros dos permisos familiares. Sin embargo sí se observa la escasa utilización del permiso parental por los padres, cuestión que obedece a la ausencia de remuneración, así como al carácter transferible de este permiso en la mayoría de los Estados miembros.

-En coherencia con los puntos anteriores, se extraen las siguientes conclusiones: las Directivas de maternidad y de permisos parentales deben ser revisadas. Respecto a esta última, ha de reforzarse tanto su duración como su remuneración, su carácter transferible y su ámbito de aplicación. Debe adoptarse asimismo una legislación europea relativa al permiso de paternidad. Todas estas normativas pecisan ser elaboradas de manera coherente entre ellas, en su caso con los mismos fundamentos jurídicos, "prioritariamente el de los acuerdos entre los interlocutores sociales europeos, que ha demostrado su gran capacidad de adaptación a los contextos económicos y sociales que evolucionan con el tiempo".

Por su parte, la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, aporta una serie de sugerencias:

-Que se proceda a la revisión de la Directiva adoptando medidas que introduzcan una compensación económica adecuada para fomentar la utilización del permiso parental por parte de los hombres, que se conciban como derechos individuales intransferibles -al igual que ocurre con el resto de prestaciones relacionadas con el empleo como el derecho a las vacaciones, las bajas por enfermedad y otros motivos, o las prestaciones relacionadas con el desempleo-, y que estos permisos intransferibles sean de al menos seis meses.

-Que se adopten medidas para proteger a los trabajadores contra un trato menos favorable o el despido derivados de un permiso parental; todos los progenitores trabajadores deben tener garantizado el derecho al permiso parental, sin discriminación alguna e independientemente del tipo de contrato laboral que tengan.

-Que se adopte un enfoque integral que incluya los permisos de maternidad, de paternidad y parentales en toda revisión de la Directiva.

Aun estando de acuerdo con la necesidad de reformar y actualizar las Directivas que regulan la conciliación, y con los numerosos considerandos, observaciones y constataciones que se recogen en el informe, debemos apuntar algunas cuestiones al

respecto. En primer lugar, en cuanto a la remuneración y el carácter transferible de los permisos parentales: como veremos en el siguiente apartado, en nuestra legislación los permisos parentales, es decir aquellos que están destinados al cuidado, no son remunerados en su mayor parte, a excepción de los supuestos de riesgo en el trabajo durante la lactancia o el cuidado de hijo/a con enfermedad grave, y no se percibe prestación o compensación económica –aunque sí existen para el reconocimiento de pensiones futuras, con el fin de compensar la brecha de género-. Por lo tanto, aunque permisos parentales como la reducción jornada o las excedencias son de titularidad neutra, al no existir remuneración acaban siendo solicitados en su mayoría por las mujeres. El hecho de que se establezca una parte intransferible en este tipo de permisos, y que ésta se amplíe de cuatro a seis meses mínimo, en nada va a cambiar la situación actual si no se acompaña de la garantía de remuneración del permiso.

Debe por tanto plantearse algún sistema[136] para que los permisos parentales puedan ser remunerados con la prestación de desempleo durante un determinado periodo, o con una modalidad contributiva propia. Sin embargo, y siendo realistas, es difícil que se alcance un acuerdo en este sentido en el seno de la Unión. Por ello, consideramos que resulta mucho menos costoso -y permite conciliar efectivamente ambas esferas- garantizar permisos presenciales como el derecho de adaptación horaria, que facilita a los trabajadores/as flexibilizar su jornada laboral en atención a sus particulares circunstancias personales y/o familiares sin pérdida de retribución. En todo caso, ambos sistemas podrían compatibilizarse en un futuro para ofrecer mayores posibilidades.

En este sentido, la adaptación horaria tras la incorporación de un permiso parental, establecida en la cláusula 6 de la Directiva actual, pierde eficacia puesto que obliga necesariamente al ejercicio de uno de esos permisos –que no están remunerados- con independencia de las circunstancias del trabajador/a –pensemos, por ejemplo, en las familias monoparentales, o en cualquier otra tesitura que desaconseje las renuncias salariales. Sin embargo, la respuesta que la dado recientemente el TJUE con ocasión del *Asunto Estrella Rodríguez*, C351/14, ha sido decepcionante en este sentido, a ello tendremos ocasión de referirnos con más profundidad cuando abordemos el derecho de adaptación horaria dentro del capítulo tercero.

Por otro lado, no nos parece adecuada la distinción entre tres clases de permisos

[136] El existente en Canadá, al que nos referiremos más adelante, sería un ejemplo de ello.

familiares: maternidad, paternidad y permisos parentales, sino que todos deberían considerarse permisos parentales e integrarse en una única Directiva, puesto que cada una de las situaciones que pretenden regular obedece a la misma causa de fondo, es decir, el cuidado. Y ello con independencia de que en el específico caso de la maternidad se requiera de un periodo adicional destinado a la recuperación del estado de salud de la trabajadora que ha dado a luz, y que actualmente, según la OIT, está establecido en seis semanas.

Sin embargo, se sigue haciendo hincapié en que el permiso de maternidad y el permiso parental obedecen a objetivos distintos. Así, para el TJUE, el permiso de maternidad responde tanto a la recuperación de la salud de la mujer como a la consolidación de la 'especial relación' entre la madre y el hijo/a *–Asunto Betriu Montull,* C5/12-, mientras que el objetivo del permiso parental es el de conciliar la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. En nuestra opinión, esta diferenciación forzada de la "naturalización" del vínculo madre/criatura -con base en el *Asunto Hoffman* C85/76- en vez de apostar más bien por la necesidad que ese vínculo se establezca con ambos progenitores, no hace sino reafirmar la discriminación estructural sexo/género.

Una vez analizadas las Directivas en materia de conciliación, cabe decir que en lo que respecta al ámbito no estrictamente vinculante, a través del *soft law* se han llevado a cabo numerosas iniciativas en los últimos 15 años:

-La Decisión 2000/228/CE del Consejo, de 13 de marzo de 2000, relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2000, recoge la necesidad de introducir medidas encaminadas a la conciliación de la vida familiar y laboral como refuerzo de las políticas de igualdad de oportunidades.

-La Resolución del Consejo de los Ministros de Trabajo y asuntos Sociales, de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar anima a los Estados Miembros a evaluar la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad, manteniendo al mismo tiempo los derechos laborales. En esta norma se configura por primera vez el permiso por paternidad como figura diferenciada del permiso por

maternidad y también del permiso parental, como un derecho exclusivo del padre a ausentarse con mantenimiento de sus derechos, incluida la retribución con motivo del nacimiento del hijo. Esta resolución es particularmente relevante por cuanto aborda objetivos específicos que inciden en tres grandes ejes: la creación de servicios de carácter público para la atención de las responsabilidades familiares; la promoción de las medidas encaminadas a profundizar en la sensibilización en materia de corresponsabilización de hombres y mujeres y, por último, la prestación de apoyos e incentivos a la iniciativa empresarial comprometida con estrategias o servicios encaminados a facilitar la conciliación. Pero además invita a establecer "un nuevo contrato social entre los sexos" [137] que supera la visión contractual clásica del Derecho del Trabajo. Esta mención no es desdeñable por cuanto vincula la adopción de medidas a favor de la conciliación a un problema de fondo, el de los roles atávicos en torno al trabajo y las dimensiones pública y privada del ser social, superando con ello la limitada vinculación a concretos objetivos económicos o eugenésicos que aparecían en textos legislativos precedentes, como hemos visto. Resulta significativo, en cualquier caso, y contemplándolo con perspectiva, que no sea hasta la década del año 2000 cuando encontremos una declaración semejante en la normativa comunitaria.

-Por su parte, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones "Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres" y el programa de apoyo para la estrategia mencionada, doc. n.º 116 de 20 de abril 2001, incluye el objetivo de "Promover la igualdad de acceso y el pleno disfrute de los derechos sociales para las mujeres y los hombres" y, dentro de éste, como objetivo operativo "mejorar el conocimiento y vigilar la aplicación de la legislación existente en el ámbito social (permiso parental, protección de la maternidad, tiempo de trabajo, tiempo parcial y contratos de duración determinada)".

-Igualmente, el Programa de Acción Comunitaria sobre la estrategia en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005), establecido mediante Decisión del

[137] "El comienzo del siglo XXI constituye un momento simbólico para la concreción del nuevo contrato social entre los sexos, en el que la igualdad de hecho de hombres y mujeres en la esfera pública y la esfera privada se asuma socialmente como condición de democracia, supuesto de ciudadanía y garantía de autonomía y de libertad individuales, con repercusiones en todas las políticas de la Unión Europea". (DO L 72 de 21.3.2000:15).

Consejo de 20 de diciembre de 2000 (2001/51/CE), prevé entre sus ámbitos de intervención "facilitar una mejor articulación entre la vida profesional y familiar de mujeres y hombres" así como mejorar la aplicación de la legislación comunitaria "particularmente en lo que se refiere a la protección social, permiso parental, protección de la maternidad y tiempo de trabajo, y hallar los medios para articular más fácilmente la vida familiar y la profesional, en especial estableciendo criterios de evaluación de los resultados en lo tocante a la mejora de las estructuras de atención a la infancia y a las personas mayores".

-Le sigue ese mismo año el V Programa de Acción Comunitario (2001-2006) y el Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres (2006-2010) aprobado por la Comisión, una de cuyas seis áreas prioritarias de acción sería "la conciliación de la vida privada y la actividad profesional". Este último ha tenido continuidad para la década 2010-2020 en el nuevo Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres, donde se reflexiona respecto a la conciliación de la vida privada y la actividad profesional en el sentido de que, si bien los acuerdos laborales flexibles presentan muchas ventajas, el hecho de que sean las mujeres las que mayoritariamente los utilicen está repercutiendo de forma negativa tanto para su puesto de trabajo como en su independencia económica. Con el objetivo de evitar este efecto negativo en el trabajo de la mujer, se propone que se adopten medidas para que sean los hombres los que asuman responsabilidades familiares.

-El informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Igualdad entre mujeres y hombres 2010 firmado en Bruselas el 18 de diciembre 2009[138], entre las materias que aborda se encuentra concretamente la conciliación de la vida laboral y familiar. Así, entre sus retos y orientaciones estratégicas se encuentra el apoyo a la conciliación entre la vida laboral, privada y familiar de hombres y mujeres[139], en este sentido sus recomendaciones a los Estados pasan por:

[138] Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0694:FIN:ES:HTML. Consultado 20-07-2012.

[139] El informe afirma que: "Un equilibrio adecuado entre la vida laboral y privada de hombres y mujeres depende de una organización del trabajo moderna, de la disponibilidad de servicios asistenciales de calidad que sean asequibles y de una repartición más equitativa de las responsabilidades familiares y las tareas domésticas. La posibilidad de conciliar el trabajo y la familia tiene repercusiones directas en el empleo, la posición en el mercado de trabajo, la

-La intensificación de los esfuerzos para desarrollar unos servicios asequibles, accesibles y de calidad de cuidado de niños y otras personas dependientes;
-la incentivación a los hombres a que compartan equitativamente las responsabilidades parentales con las mujeres;
-las políticas de conciliación no deben ralentizarse por la crisis ni sufrir recortes presupuestarios en los servicios asistenciales;
-la revisión de las dos directivas sobre protección de la maternidad y derechos de las mujeres autónomas.

-En la estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015[140], la Comisión presenta sus nuevas prioridades en materia de igualdad entre mujeres y hombres. Esta estrategia debe contribuir a mejorar la situación de las mujeres en el mercado laboral, la sociedad y los puestos de decisión, tanto en la Unión Europea como en el resto del mundo. Recoge las prioridades definidas por la Carta de la Mujer, constituye el programa de trabajo de la Comisión y describe las acciones clave previstas entre 2010 y 2015. Asimismo, establece una base para la cooperación entre la Comisión, las demás instituciones europeas, los Estados miembros y el resto de partes interesadas, en el marco del Pacto Europeo por la Igualdad de Género. La Comisión se compromete a lograr que avance la igualdad de trato entre mujeres y hombres[141].

-La Estrategia 2020 para el crecimiento de la UE durante el próximo decenio que establece expresamente: “en su respectivo nivel, los Estados miembros necesitarán promover nuevas formas de equilibrio entre la vida laboral y familiar y políticas de

---

retribución y la independencia económica de las mujeres a lo largo de toda su vida. Un reto importante consiste en centrarse en políticas e incentivos para alentar a los hombres a que asuman más responsabilidades familiares y de cuidados y facilitar el que puedan hacerlo. Asimismo, las políticas deben tener en cuenta el creciente número de hogares monoparentales, generalmente a cargo de una mujer".

[140] Disponible en:
http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/equality_between_men_and_women/em0037_es.htm. Consultado el 20-07-2012.

[141] En ese sentido, prestando especial atención a:
-el papel de los hombres en la igualdad entre mujeres y hombres,
-promover las buenas prácticas en relación con los roles de hombres y mujeres en los ámbitos de la juventud, la educación, la cultura y el deporte;
-la Directiva 2004/113/CE sobre la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios y su suministro y la Directiva 2006/54/CE sobre la igualdad de oportunidades;
-el gobierno y las herramientas de la igualdad sobre todo mediante la elaboración de un informe anual sobre la igualdad entre mujeres y hombres con el fin de contribuir al diálogo anual de alto nivel entre el Parlamento Europeo, la Comisión, los Estados miembros y las principales organizaciones implicadas.

envejecimiento activo e incrementar la igualdad entre sexos". Esta formulación refuerza la obligación de la empresa de una reorganización empresarial para facilitar la compatibilidad.

-Las Directrices integradas para las políticas económicas de los Estados miembros, en el texto anexo a la Directriz nº 7, referida al aumento de la participación en el mercado laboral y la reducción del desempleo estructural, establece lo siguiente: "las medidas de conciliación de la vida personal y la vida laboral deberán conjugarse con la oferta de servicios sociales asequibles y con innovaciones en la organización del trabajo a fin de aumentar los índices de empleo, especialmente entre los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y las mujeres procurando, en particular, que las mujeres altamente cualificadas en los ámbitos técnico y científico no abandonen sus empleos". De nuevo se realiza una referencia en esta formulación a una vertiente presencial del derecho a la conciliación. Se refuerza la idea de la participación social y empresarial en la conciliación mediante la inversión en centros de cuidado y mediante la reorganización del trabajo para facilitar la conciliación.

-La Estrategia para la igualdad entre hombres y mujeres 2016-2019: Como continuación a la anterior Estrategia 2010-2015, establece un conjunto de medidas para incrementar la participación de la mujer en el mercado de trabajo, promocionar la igual independencia económica de mujeres y hombres, y conciliar la vida profesional y familiar, complementadas por una iniciativa nueva y general para abordar mejor los retos del equilibrio entre la vida profesional y familiar de los padres y cuidadores que trabajan. Así, pone el acento en el equilibrio entre responsabilidades familiares y profesionales y la corresponsabilidad para conseguir el objetivo de la UE para 2020 del 75% de mujeres y hombres empleados[142].

[142] Las acciones clave de la estrategia 2016-2019 para cumplir este objetivo son:

-Modernización del marco jurídico actual de la UE: garantía de un mejor cumplimiento y, si procede, adaptación de la legislación en materia de permisos y de modalidades de trabajo flexible, previa consulta con los interlocutores sociales, para ofrecer un mejor equilibrio entre la vida profesional y laboral a los padres y a quienes tienen personas a su cargo (2016-2019);

-Establecimiento de un marco estratégico amplio que respalde la participación de los padres en el mercado laboral y uso más equitativo de las modalidades de trabajo flexible y de los permisos, incluida la posibilidad de considerar el uso específico de las herramientas financieras de la EU para apoyar a los Estados miembros y fomentar la sensibilización (2016);

-Supervisión y apoyo continuo a los Estados miembros para la consecución de los objetivos de Barcelona sobre el cuidado de los niños (anualmente); consideración de los resultados de una consulta pública sobre el equilibrio entre la vida profesional y familiar, posibilidad de consulta a los Estados miembros y a las partes interesadas sobre el modo

A la vista del ingente desarrollo normativo y de *soft law* de los DCPL en la Unión Europea, se observa una evolución en la que se distingue una primera etapa, exenta de formulación normativa, aunque conectada directamente con la igualdad de género y la incentivación del reparto de responsabilidades de mujeres y hombres en el ámbito privado. En una segunda etapa que se correspondería con el comienzo de los años 90, la conciliación se desarrolla a nivel normativo y se distancia respecto de la igualdad de género, vinculándose sobre todo al mercado de trabajo y la competitividad empresarial. Durante este periodo Ballester Pastor[143] destaca los efectos negativos de potenciar ciertos modelos flexibles de trabajo sin tener en cuenta las consecuencias de género y sin aplicar medidas correctoras de reparto, de forma que pueden traer como consecuencia la marginalización del trabajo femenino, algo que sin duda ha ocurrido.

En una tercera etapa se advierte de nuevo una reconexión de la conciliación con la igualdad de género. Así, la figura del padre se integra tímidamente en el reparto de responsabilidades (Dir. 2006/54 o la propuesta de reforma de la Dir. 92/85). Al mismo tiempo la relación entre la conciliación y la prohibición de discriminación por razón de sexo/género se observa también en la Directiva 2010/18 de permisos parentales. Por último, la conciliación se extiende hacia nuevas áreas. Como destaca la autora, la introducción de referencias al cuidado familiar[144] en la Directiva 2000/78 (antidiscriminatoria por razón de religión y convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual), no deja de resultar llamativa. Del mismo modo, esta traslación de la protección antidiscriminatoria del sujeto trabajador/a al sujeto objeto del cuidado ha dado lugar también a una interesante doctrina llamada 'discriminación por vinculación'

---

de hacer los objetivos de Barcelona más ambiciosos, por ejemplo, incluyendo el cuidado de otros familiares dependientes, la accesibilidad y la calidad.
-Apoyo a los Estados miembros en sus iniciativas para aumentar la participación de las mujeres en el mercado laboral, supervisión estrecha de las medidas nacionales de reforma en el marco del Semestre Europeo de acuerdo con las directrices de empleo, y publicación de recomendaciones específicas por país, si procede (anualmente).
-Continuación del apoyo a las empresas en sus esfuerzos por aumentar la participación de las mujeres en el mercado laboral mediante la promoción de las plataformas de la Carta de la Diversidad (en curso).

[143] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad». *Cit*.

[144] Su art. 6 legitima el establecimiento de condiciones diferenciadas para los sujetos con responsabilidades familiares: " Dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular: a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas (…)".

o ‘discriminación refleja’, que ha servido de hecho para extender la protección otorgada por el ordenamiento de la UE a la conciliación.

De este modo, nos dice la autora, los ámbitos inusitados en los que está apareciendo la cuestión del cuidado evidencian cierta sensibilidad de las instituciones europeas frente al tema de la conciliación, que tiende a desarrollarse en espacios nuevos configurándose como un contenido en expansión dentro de la normativa de la UE.

En lo que respecta al *soft law*, las referencias a la conciliación que aparecen en las estrategias, recomendaciones y resoluciones permiten llegar a las siguientes conclusiones[145]:

Las referencias que se realizan a los permisos parentales se dirigen a indagar acerca de su distribución entre hombres y mujeres para corregir diferencias en su atribución. Por otra parte, en todas las estrategias se menciona la necesidad de buscar nuevas fórmulas para la compatibilización de la vida personal y laboral, relacionadas con la organización del trabajo en general y del tiempo de trabajo en particular. Se insiste en la búsqueda de mecanismos para compatibilizar de manera efectiva ambos aspectos de la vida de los trabajadores/as. Por ello se hace expresa mención a la preferencia por mantener la actividad de las mujeres en puestos de alta cualificación. De este modo, los derechos de conciliación se presentan como instrumentos para la mayor eficiencia empresarial. Se alude también a la necesidad de inversión social para la conciliación por medio de servicios de cuidado. Y por último, se establecen mecanismos expresos para el control y seguimiento de los Estados miembros por parte de las instituciones comunitarias a efectos de comprobar la efectiva integración de las mujeres en el mercado de trabajo y el reparto de los permisos parentales.

En resumen, podemos concluir este apartado con la idea de un avance imparable de la conciliación, -aun con muchos obstáculos en su camino- que se manifiesta a través de las diferentes directivas analizadas así como del numeroso *soft law* que emana de los diferentes órganos de la Unión y que muestra su conexión con aspectos fundamentales relacionados con la prohibición de discriminación sexo/género, la protección de la salud de las mujeres trabajadoras, la protección de la familia o el pleno empleo, y que continúa expandiéndose a múltiples ámbitos. Pero sobre todo, resulta incuestionable el

[145] BALLESTER PASTOR, Mª Amparo, «Igualdad y conciliación en las últimas reformas laborales y de Seguridad Social. Análisis desde las exigencias del derecho de la Unión Europea», *Actum Social* (Monográfico), n.º 71 (2013).

hecho de que el conjunto de formulaciones normativas más recientes acerca de esta materia en el contexto europeo inciden en la conexión de la conciliación con la igualdad de género a través del fomento de la corresponsabilidad, mediante la participación paterna en las labores de cuidado y su protección antidiscriminatoria, así como en la necesidad de regular permisos presenciales de conciliación como los derechos de adaptación de jornada que permitirán también la promoción igualitaria de los mismos. Y todo ello camina sin duda en la configuración y consolidación del derecho a la conciliación de la vida personal y laboral como un nuevo derecho fundamental de los trabajadores/as, tal y como se ha reconocido en la CDFUE y así lo afirman diversos informes elaborados por las instituciones europeas. En este sentido Correa Carrasco indica que "el tratamiento de la conciliación a nivel europeo es heredero de este cambio de tendencia, y acaba reafirmando su configuración como un auténtico derecho fundamental, aunque de estructura compleja, pues supone el ejercicio combinado del derecho a la tutela de la vida familiar, la protección de la mujer trabajadora y la garantía de la igualdad de tratamiento entre sexos"[146].

Sin embargo, las tensiones que se evidencian entre la Comisión Europea y el Parlamento con respecto tanto a la reforma de la Directiva de maternidad como a la aplicación y transposición de la Directiva de permisos parentales, dificultan sobremanera el progreso y consolidación de estos mecanismos, de acuerdo con las nuevas necesidades sociales, y su tratamiento unificado, que a su vez resultaría inspirador para todos los Estados miembros. Tras estos conflictos subyacen visiones opuestas de lo que se debe entender por la construcción europea, expresivas, en definitiva, de un largo debate en torno a la medida en que los derechos sociales deban estar supeditados a la coyuntura del mercado que ha estado presente desde el mismo nacimiento de la Unión.

En relación con las nuevas necesidades a que aludimos es preciso destacar la significativa ausencia en la normativa europea del cuidado de las personas mayores y/o dependientes, demanda creciente en la sociedad actual asumida en el ámbito privado mayoritariamente por las mujeres, sobre todo en los países de corte familiarista, y a la que se debe dar respuesta.

[146] CORREA CARRASCO, Manuel, «Tiempo de trabajo e Igualdad de género: regulación legal y negociación colectiva». *Cit*. pp.189–225.

2.3. Evolución y desarrollo de los derechos de conciliación de la vida personal y laboral en el ámbito normativo estatal

En el ámbito del ordenamiento jurídico español, unos incipientes derechos de conciliación aparecen en la Ley de 1900 sobre "condiciones de trabajo de mujeres y niños", norma laboral que introduce la protección de la mujer en el embarazo y la maternidad y que influiría en la normativa posterior, como la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, que establecía un período de descanso obligatorio de 6 semanas. Esta asimismo contemplaba permisos retribuidos por razones familiares en el art. 67 que, como su predecesora Ley del Contrato de Trabajo de 1931, concedía una jornada de trabajo en caso de muerte o entierro del cónyuge, hijos, ascendientes o hermanos; enfermedad del cónyuge, padre e hijos; y por el alumbramiento de la esposa. No es, sin embargo, hasta la LRL de 1976 cuando se reconoce una excedencia laboral de la mujer trabajadora para el cuidado de hijos, puesto que el art. 25.4 establecía que el alumbramiento otorgaba derecho a la trabajadora a obtener una excedencia de hasta tres años a contar desde la fecha del parto. Concluido el período de excedencia la trabajadora podía solicitar su reingreso en la empresa ocupando la primera vacante de su categoría o similar que se produjera. También recogía la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, que cifraba en 14 semanas.

Para Conde-Pumpido Tourón, el ET quiso integrar la postura del "igualitarismo liberal", que se funda en una sociedad de iguales que se relacionan entre sí según el principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, explica la autora, las mujeres no tienen libertad de acción y decisión dado que se les presupone la responsabilidad del cuidado y reproducción de la especie, y al no existir entre ellas y los hombres relaciones de reciprocidad. De ahí que "al desconocer los estereotipos sociales y culturales asociados al sexo de las personas, el igualitarismo liberal fracasa"[147]. Esta postura, presente en algunos artículos del ET como el 17 o el 28, cuando el resto de los países europeos habían comenzado ya la búsqueda de normas de conciliación de la vida laboral y familiar, supone que las menciones que encontramos sobre el tema son mínimas. Así,

[147] CONDE PUMPIDO TOURON, Mª Teresa, «La maternidad y la conciliación familiar, dentro de la tutela de la igualdad.», en *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, (Dir. Conde Pumpido Touron, Mª Teresa), 1ª (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007), pp. 38-42.

en su primera redacción de 1980 se mantiene básicamente la misma regulación que el art. 25.4 de la LRL de 1976 -suspensión del contrato de trabajo por maternidad de 14 semanas con ocasión del parto de la mujer-. No obstante introduce como novedad que sea la mujer trabajadora la que se distribuya antes o después del parto el período de disfrute. El art 45.1.d) ET recogía como causa de suspensión "la maternidad de la mujer trabajadora"; el art. 48 -que regulaba la suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo- en su ap. 4 sistemáticamente decía "en el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración máxima de catorce semanas, distribuidas a opción de la interesada". Nos explica la autora que de esta forma la normativa se sitúa en el supuesto de legislación excepcional, de evidente sesgo liberal: así, la "opción" de la trabajadora en cuanto a su distribución parece dejar sin efecto la obligatoriedad de las seis semanas de descanso puerperal, que recogía ya el convenio 103 OIT (ratificado por España el 26/5/65), como norma de salud de evidente interés público. Además, en tanto que la duración del período suspensivo se califica de máxima, estamos ante una norma "dispositiva" (propia del liberalismo), ya que el período es "reductible" por la mujer. Finalmente, el art. 37.3.b) ET establecía un permiso remunerado de dos días en caso de nacimiento de hijo -un evidente permiso masculino- o de enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, ampliable a cuatro días si fuera preciso un traslado.

Este tratamiento de los permisos retribuidos supone algunas mejoras respecto a la legislación anterior, y por otra parte, en lo que respecta a la excedencia por cuidado de hijos, hay que señalar que es precisamente a partir del ET cuando la misma pasa a denominarse de esta forma. Finalmente, el art. 37.4 ET regulaba el permiso o reducción de jornada por lactancia restringiendo el derecho a "las trabajadoras", norma de evidente carácter proteccionista; titularidad limitada que fue, incluso, convalidada por el TC, en su Sentencia de Pleno 109/93, de 25 de marzo, doctrina que se reiteró en la STC 187/1993, de 14 de julio.

En referencia a la reducción de jornada, conforme al ap. 5 del art. 37 ET: "Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo a algún menor de seis años o a un disminuido físico o psíquico que no desempeñe otra actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo con la disminución proporcional del salario entre al menos un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla", norma que se sitúa en el "igualitarismo" al ser la titularidad indistinta; dado que el precedente normativo (art. 25.6 pfo 2 de la LRL) expresamente señalaba que el derecho sólo podía

ser ejercitado por uno de los cónyuges, la supresión de tal limitación se interpretó como permisiva del ejercicio simultáneo.

Con posterioridad al ET, de 10 de marzo de 1980, se aprueba la siguiente normativa de relevancia:

-La Ley 8/92, de 30 de abril[148], donde se amplía la licencia de maternidad a los supuestos de adopción y acogimiento.

-La Ley 42/94 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que dejó de asimilar la maternidad a la situación de incapacidad temporal, configurándose como una contingencia específica.

-El Real Decreto-Ley 11/98 de 4 de septiembre[149], reconoce bonificaciones en la cotización de contratos de interinidad de los trabajadores/as sustitutos de otros en licencia por maternidad.

Por otro lado, avances importantes para la conciliación los constituyeron las normas de transposición de dos de las directivas básicas de la CEE (ahora UE), concretamente la Directiva 92/85/CEE de maternidad y la Directiva 1996/34/CE de permisos parentales. Dicha transposición se efectúa a través de la LPRL 31/1995 y de la LCVFL 39/1999. Esta última declara en su Exposición de Motivos que a través de la misma se van a producir "cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar en la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres", y trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones de trabajo y a puestos de especial responsabilidad de las mujeres, fijando pues un triple objetivo:

-El reparto equilibrado de responsabilidades, tanto en la vida privada como en la vida profesional.

-La mejora del estatus profesional de la mujer-madre trabajadora, mediante la eliminación de obstáculos a los que ésta se venía enfrentando.

-El fomento del empleo de carácter estable de cualquier persona con cargas familiares, pero sobre todo de la mujer, lo cual trata de conseguirse mediante el

[148] Ley que modifica el régimen de permisos a los adoptantes de un menor de cinco años concedidos por las Leyes 8/1980, de 10-3-1980 del Estatuto de los Trabajadores, y 30/1984, de 2-8-1984, de Medidas para Reforma de la Función Pública.

[149] Real Decreto-ley que regula las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad celebrados con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento.

desplazamiento hacia los poderes públicos de gran parte de los costes que hasta ese momento venían soportando las empresas, derivados de los procesos de gestación, lo que en la práctica dificultaba la contratación de personal femenino.

No obstante y, de acuerdo con Conde-Pumpido Tourón, "pese a tal objetivo manifestado, que nos situaría en la perspectiva de género, la igualdad de oportunidades y la socialización de las cargas familiares, la realidad de la reforma está lejos de su supuesta finalidad"[150]. Las críticas a esta ley se centraron, por una parte, en el hecho de que la reforma, en el ámbito laboral, siguiese la estructura del ET utilizando las instituciones y figuras ya existentes, lo que perpetuaba su perspectiva de origen e impedía una concepción y comprensión completa de los permisos parentales como figura única de titularidad indistinta con diferentes modalidades de ejercicio. Por otro lado, aunque el título de la ley hace referencia a las "personas trabajadoras" no se cuestionaban los distintos roles de mujeres y hombres. En general habla, o bien de "derechos transferibles" en los que la titularidad es femenina, que nos situarían en un marco proteccionista, o de derechos indistintos, con un enfoque "igualitarista inverso", lo que deriva la negociación al ámbito privado; y no se tiene en cuenta que una normativa "neutra", en situaciones social y laboralmente desiguales de partida, no puede provocar una igualdad de oportunidades. En la misma línea, la ley "permite" a los hombres utilizar las medidas de conciliación, aunque no siempre, a veces sólo cuando la madre también trabaja; en ese caso, la conciliación es innecesaria, concepto poco compatible con la idea de corresponsabilidad, y supone, como decimos, una perpetuación de los roles sociales en materia de responsabilidades familiares; sin contemplar acciones positivas que impulsen a los hombres a involucrarse en las mismas ni tener en cuenta la realidad de las uniones de hecho o las familias monoparentales. La autora, pues, no duda en calificar la norma como una "decepción considerable al desperdiciar una buena ocasión para armonizar efectivamente la vida laboral y familiar"[151], pese a que algunos desajustes iniciales se intentaron rectificar con el RD 1251/2001[152]. Quesada Segura y Martín Rivera abundan en ello cuando recuerdan que

[150] CONDE PUMPIDO TOURON, Mª Teresa, «La maternidad y la conciliación familiar, dentro de la tutela de la igualdad.» *Cit.*

[151] Ibid.

la LCVFL 39/1999 "ha sido criticada por un sector de la doctrina al considerar que incorpora normas neutras, en el sentido de que no fomentan el ejercicio de los derechos para la conciliación familia-trabajo por parte de los varones. Ello supone a la postre que sean las mujeres las que mayoritariamente hagan uso de esos derechos con las previsibles consecuencias negativas que esto tiene en la vida profesional de la mujer trabajadora" [153].

Ya a comienzos del siglo XXI, la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, estableció en su disposición adicional segunda bonificaciones de cuotas de Seguridad Social para los trabajadores en período de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad, y en su disposición adicional octava reguló los permisos de maternidad o paternidad en casos de nacimientos prematuros o que requieran hospitalización a continuación del parto.

Posteriormente, la LOI 3/2007 da un gran paso adelante en la conciliación. Dn el ámbito concreto de las relaciones laborales y de Seguridad Social trata de incorporar una serie de disposiciones que pretenden garantizar la igualdad de las mujeres en el acceso al empleo, en la formación, y en las condiciones de trabajo. Muchas de estas disposiciones, como veremos, inciden en el establecimiento de derechos que favorecen la conciliación entre la vida personal y laboral de los trabajadores/as, complementando la regulación de los anteriormente reconocidos o introduciendo nuevos derechos. Una de las características mas notables de la LOI 3/2007 es el establecimiento de medidas que, en una nueva línea de actuación de cambios estructurales, profundicen en la idea de las responsabilidades familiares compartidas, esta vez con la creación de un permiso individual e intransferible para el padre, así como en un necesario cambio en el enfoque

---

[152] Cuya exposición de motivos resulta expresiva al respecto: "Entre otras cuestiones, se desarrolla la posibilidad, de que el período de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, pueda disfrutarse en régimen de jornada a tiempo parcial, lo cual determina la compatibilidad del subsidio con una actividad laboral sin que se altere la modalidad contractual.
Con esta medida de flexibilización en el disfrute del período de descanso se pretende potenciar el reparto de las responsabilidades familiares entre madres y padres, la mejora en el cuidado de los hijos por los progenitores, así como posibilitar que las mujeres mantengan vinculación con su puesto de trabajo, de forma que la maternidad no sea nunca un obstáculo para su promoción profesional. (…) Asimismo, se recogen las distintas posibilidades que la legislación ofrece para que el padre pueda ser beneficiario de una parte o de la totalidad del período de descanso, incluyendo la determinación del cálculo de la prestación en estos supuestos. También, se desglosan las posibles causas de revocación de la opción efectuada por la madre en favor del padre".

[153] QUESADA SEGURA, Rosa y MARTÍN RIVERA, Lucía, «Los derechos laborales y económicos de la mujer», en Género y Derechos Fundamentales, (Coords. Monereo Pérez, José Luis y Monereo Atienza, Cristina) 1ª ed. (Granada: Comares, 2010), pp. 379–409.

de los derechos de conciliación, hasta ahora tradicional y proteccionista para la mujer, ampliando su ámbito de actuación a la vida personal a la vez que introduce el derecho de poder adaptar la jornada de trabajo sin necesidad de reducción, art. 34.8 ET. De estos nuevos enfoques daremos cuenta con detenimiento en nuestro capítulo III dedicado a los nuevos DCPL tras la LOI 3/2007.

A ella le ha seguido la Ley 9/2009, de 6 de octubre, que prevé -en aras a una política positiva hacia la figura del padre, que permita incentivar la implicación de los hombres en las responsabilidades familiares- la ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida hasta cuatro semanas de permiso personal e intransferible, que debía entrar en vigor en 2011 pero que a fecha de hoy sigue sin aplicarse por razones supuestamente presupuestarias. A su vez, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, regula y desarrolla las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, que tras la LOI 3/2007 han supuesto una intensificación y ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social, todo ello, como decimos, con el objetivo de promover la igualdad real de oportunidades de la mujer en el ámbito laboral así como para favorecer la conciliación de la vida personal y laboral. Por otro lado, la Ley 39/2010 de Presupuestos Generales del Estado para 2011 en su Disposición Final 22ª introdujo en el art. 37.5 ET un nuevo supuesto de reducción de jornada destinada al cuidado de menores a cargo, afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Poco tiempo después se aprobó el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, de aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer y otra enfermedad grave.

En el año 2012, y en el contexto de la reforma laboral, el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012 han modificado normativa importante en materia de DCPL. Dedicaremos a ello un apartado donde trataremos en profundidad las reformas acometidas y su repercusión en el desarrollo de los DCPL. Baste por el momento decir que en lo que respecta al permiso de lactancia, en virtud de la STJUE, *Asunto Roca-Alvarez*, C-104/09, se establece al fin la titularidad neutra del permiso, si bien sólo uno de los dos progenitores podrá disfrutarlo en caso de que ambos trabajen. Del mismo modo, se introducen

modificaciones en el art. 37.5 y 6 ET[154] concretándose la jornada 'diaria' como parámetro para las solicitudes de reducción de jornada así como la posibilidad de que los convenios puedan establecer criterios sobre el particular "en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas". También se introduce un nuevo párrafo en el art. 34. 8 ET sin consecuencias prácticas. En lo que a la conciliación de la vida personal se refiere, se amplían los permisos para la formación y promoción profesional, reformándose el art. 23 ET.

Por último, el RDL 16/2013 de 22 de diciembre de 2013 modifica nuevamente el art. 37.5 ET ampliando la edad del menor de 8 a 12 años. A su vez, en el apartado dedicado a las horas complementarias, establece que el pacto para su realización puede quedar sin efecto por renuncia del trabajador/a, mediante un preaviso de 15 días, una vez cumplido un año desde su celebración, cuando concurran alguna de las siguientes circunstancias:

-Atención de responsabilidades familiares al amparo art. 37.5 ET

-Por necesidades formativas, siempre que se acredite la incompatibilidad horaria

-Incompatibilidad con otro trabajo a tiempo parcial

Es de agradecer que el legislador haya considerado en esta ocasión las necesidades personales y familiares de los trabajadores/as, si bien las limita a la reducción de jornada por necesidades familiares y a la formación, quedando al margen aquellos/as trabajadores que hayan solicitado otros derechos de conciliación. En el mismo sentido, tampoco puede contemplarse como positivo el hecho de que deba haber transcurrido un año desde la celebración del pacto para proceder a la renuncia, algo que, al menos en apariencia, limita esta potestad del trabajador/a. Y decimos en apariencia, porque teniendo en cuenta el derecho en su dimensión constitucional creemos que el trabajador/a podría formular su negativa a realizar horas complementarias, aun no transcurrido dicho año.

Realizamos, a continuación, una tarea de sistematización de todos los derechos que deben ser considerados como DCPL, ya que hasta el momento el legislador no ha concretado cuáles son más allá del art. 44 LOI 3/2007. Consideramos que todos los regulados en el ET que permiten compatibilizar aspectos de la vida personal, familiar y

[154] Actuales arts. 37.6 y 7 ET.

profesional de los trabajadores/as deben reconocerse como tales. Resumidamente –sin ánimo exhaustivo que recoja cada una de sus peculiaridades-, y por campos de actuación, podemos diferenciar:

-Un primer grupo de permisos para la conciliación de la vida familiar y laboral, el más numeroso, donde se observan con ocasión del nacimiento, adopción o acogimiento de un hijo/a un numeroso grupo de permisos que cubren diferentes situaciones durante el período comprendido entre el inicio del embarazo hasta los nueve meses del menor. Casi todos estos derechos tienen un carácter prestacional o retribuido. También existen permisos retribuidos de corta duración para atender situaciones específicas relacionadas con la atención a familiares o hijos menores y que parecen destinados a su ejercicio por el varón trabajador. Por último, dentro de este grupo, también para el cuidado de menores de hasta 12 años o familiares dependientes, se encuentran derechos como la reducción de jornada o la excedencia con un marcado carácter de "derechos de ausencia" sin retribución ni compensación económica, aunque con algunas coberturas para pensiones futuras o protección frente a despido.

-Un segundo grupo de permisos para la conciliación de la vida personal y laboral. En este grupo encontraremos permisos retribuidos para cuestiones personales, para la formación y promoción profesional o el cumplimiento de deberes públicos, etc. En la mayoría de los supuestos se trata de permisos retribuidos, así como de derechos con un marcado enfoque "presencial" con adaptaciones de jornada o cambios de turno de trabajo. Por otra parte, existen permisos retribuidos de corta duración para situaciones específicas de la vida personal como el traslado de domicilio, el matrimonio, el cumplimiento de un deber público, etc. Incluimos en este grupo de permisos para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y donde tendría cabida cualquier situación no comprendida expresamente, la posibilidad de adaptación de la jornada de trabajo, en virtud del acuerdo con la empresa o lo que se disponga en el convenio colectivo.

Pasamos a continuación a analizar someramente cada uno de ellos. En los Anexos se resume de manera práctica para su consulta, tanto su sistematización (Anexo I), como los beneficios de Seguridad Social durante su ejercicio –para compensar la

brecha de género- (Anexo II), así como su garantía de indemnidad frente a represalias (Anexo III).

A) Permiso por maternidad, adopción o acogimiento[155]:

El permiso de maternidad supone una suspensión del contrato de trabajo vinculado a la maternidad tanto biológica como a los supuestos de adopción, acogimiento de menores de seis años o mayores discapacitados, con derecho a percibir una prestación económica de pago directo de 16 semanas de duración que puede ser ampliable en caso de parto múltiple, hospitalización de neonato o discapacidad del menor adoptado en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo.

La LOI 3/2007, en su propósito de contribuir a un reparto mas equilibrado de responsabilidades, introduce la posibilidad de atribuir al padre el permiso de maternidad cuando la madre no tiene derecho a él por su régimen de actividad, así como que el permiso de maternidad por parto se pueda disfrutar por el otro progenitor si fallece la madre, aunque ésta no realizara ningún trabajo remunerado. También dispone que la madre podrá continuar disfrutando del permiso de maternidad por parto hasta concluir las dieciséis semanas si fallece el hijo/a. Del mismo modo, el progenitor/a que esté disfrutando el permiso de maternidad que le haya cedido la madre continuará disfrutándolo aunque no se reincorpore a su puesto de trabajo por estar en situación de incapacidad temporal.

El permiso por maternidad puede suspenderse o ampliarse en los casos de neonatos prematuros o que deben permanecer hospitalizados. Ello supone dos opciones acumulativas relativas a la suspensión del contrato: la interrupción del periodo de suspensión del contrato y la ampliación del mismo, manteniéndose las dos posibilidades: en caso de nacimiento de hijos prematuros o de neonatos que requieren hospitalización, la madre o en su defecto el otro progenitor -siempre que lo tuviese cedido-, pueden optar por la interrupción del disfrute de la suspensión durante la hospitalización del menor, así como su posterior ampliación del permiso, en función de los días que el menor permanezca hospitalizado. Si es la madre la que solicita la

[155] Su reconocimiento legal se encuentra recogido en los artículos 45.1.d y 48.4 y 5 del ET.

interrupción del permiso de maternidad, deberá esperar a que transcurra el descanso obligatorio de seis semanas destinado a su recuperación; si el neonato permanece ingresado podrá solicitar la interrupción del permiso una vez transcurridas las seis semanas. Si es el padre el que lo solicita, no habrá ninguna interferencia con el periodo obligatorio de seis semanas y por tanto podrá interrumpir y posteriormente reanudar la prestación cedida cuando se produzca el alta hospitalaria del neonato. La interrupción en todo caso será como máximo de diez semanas, aunque la ley no lo establece, por lo que se deduce de la duración máxima del permiso. Si se opta por la ampliación del permiso de maternidad, dos son los requisitos exigidos: en primer lugar, la hospitalización del neonato, y en segundo lugar, que esta hospitalización supere los siete días. El periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado con un máximo de trece semanas adicionales.

Igualmente se flexibilizan los requisitos de cotización para el reconocimiento de la prestación económica por maternidad: no se exige un periodo mínimo de cotización para las trabajadoras menores de 21 años. Para aquellas con edad entre 21 y 26 años sólo se les exige 90 días de cotización dentro de los 7 últimos años, o 180 días cotizados en toda su vida laboral. Si se es mayor de 26 años se exigen 180 días en los 7 años inmediatos anteriores, o 360 días en toda su vida laboral. En todo caso, las trabajadoras que no reúnan el periodo de cotización exigido según su edad tendrán derecho en el caso de parto a una prestación económica por maternidad de 42 días. Cuando se esté disfrutando del permiso de maternidad y se extinga el contrato de trabajo, se continuará percibiendo la prestación por maternidad hasta su finalización, y seguidamente se podrá percibir la prestación por desempleo siempre que reúnan los requisitos exigidos. Cuando se esté en situación de desempleo, el tiempo de permiso por maternidad no se descuenta de la prestación por desempleo.

En cuanto a la protección durante el permiso por maternidad del despido, en este ámbito la LOI 3/2007 introdujo escasas modificaciones, manteniendo la misma línea protectora iniciada por la LCVFL 39/1999. No obstante, merece la pena reseñar las más relevantes:

-La incorporación de la situación de riesgo durante la lactancia natural, como supuesto en que el despido también es considerado nulo.

-La incorporación, en el mismo sentido anterior, de la referencia al permiso de paternidad.

-La inclusión, como un nuevo supuesto de despido nulo, del despido de los trabajadores/as después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo/a[156].

B) Permiso de paternidad[157]:

Se reconoce por primera vez el derecho a un permiso por paternidad, individual e intransferible en los supuestos de nacimiento de hijo/a, adopción o acogimiento, que se suma al permiso retribuido por la empresa, ya vigente, de 2 días o a la mejora del mismo establecida por convenio colectivo. La novedad incorporada en su momento por la LOI 3/2007 es de gran calado, ya que la misma comportó la instauración en nuestro país, respecto de los trabajadores sujetos a la regulación contenida en el ET, del permiso de paternidad, tanto desde la perspectiva laboral –en cuanto permiso que comporta una suspensión del contrato de trabajo, artículo 48.7 del ET– como desde la vertiente del sistema de Seguridad Social, con la incorporación de la nueva prestación por paternidad regulada en los artículos 133 octies a 133 decies de la LGSS.

En el caso del ET, el permiso de paternidad tiene una duración ininterrumpida de 13 días[158] ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo/a a partir del segundo. En cuanto al beneficiario, en caso de parto, el permiso corresponde en exclusiva al otro progenitor. En cambio, en los

[156] Ello supone que, tras la LOI 3/2007, y conforme a lo previsto en el artículo 55.5 del ET son nulos, salvo que se declare su procedencia por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos o excedencias, los despidos que afecten a:
-Trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.
-Trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión por maternidad y el de los trabajadores que hayan solicitado el permiso de lactancia, por nacimiento de hijos prematuros u hospitalizados tras el parto o la reducción de jornada por cuidado de hijos/as o familiares, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando de la excedencia por cuidado de hijos/as o de familiares.
-Trabajadores que se han reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de 9 meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo/a.

[157] Su reconocimiento legal se encuentra recogido en los artículos 45.1 d) ET y 48.7 ET.

[158] Aunque estaba prevista su ampliación a 4 semanas con efectos desde el 1 de enero de 2011, las medidas de ajuste frente al déficit adoptadas por el gobierno han ido sacrificando esta ampliación de manera indefinida.

supuestos de adopción o acogimiento, el derecho corresponde sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados, salvo cuando el permiso por maternidad haya sido disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores. En este último supuesto, el derecho al permiso de paternidad únicamente puede ser ejercido por el otro progenitor.

El permiso de paternidad puede disfrutarse durante el período comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo/a, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por maternidad, o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión. También cabe su disfrute a tiempo parcial, con un mínimo del 50%, previo acuerdo entre la empresa y el trabajador/a.

Asimismo se debe tener presente que, durante el permiso por paternidad y siempre que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 133 nonies de la Ley General de la Seguridad Social, el trabajador/a percibirá una prestación de la Seguridad Social gestionada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con una cuantía equivalente al 100 por 100 de la correspondiente base de cotización por contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso. Recordemos que ese permiso de paternidad ya había sido reconocido con anterioridad a los funcionarios/as públicos, a través de diversas leyes autonómicas, con una duración temporal diversa. Y, por otro lado, el EBEP de 2007 lo ha regulado también con un alcance general en su artículo 49, donde se recoge el derecho a un permiso por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo/a con una duración de 15 días, a disfrutar por el padre o el otro progenitor a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

C) Permiso de lactancia[159]:

El permiso de lactancia se configura desde la reforma de 2012 como un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, si bien su ejercicio sólo puede ser ejercido por uno de los progenitores cuando ambos trabajen. Uno de los progenitores puede disfrutar de este permiso tanto si el otro es trabajador por cuenta

[159] Se encuentra regulado en el artículo 37.4 y 45.1.d) ET.

ajena como por cuenta propia. Prevé una reducción de jornada o permiso de ausencia al trabajo en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento, cuya causa justificativa es la lactancia del menor, hasta que éste cumpla nueve meses. Por lactancia debe entenderse tanto la natural como la de carácter artificial, aunque no lo diga expresamente el precepto legal, pues se deduce del reconocimiento del derecho también al padre (en el caso de que ambos trabajen). En definitiva, el cuidado y la atención del niño/a constituyen el bien tutelado. La norma considera bebé en período de lactancia al menor de nueve meses, ya sea hijo/a, adoptado o acogido. En caso de parto, adopción o acogimiento múltiples la duración del permiso o reducción de la jornada ha de multiplicarse por el número de hijos habido en cada ocasión. El incremento de los permisos o reducciones de jornada por lactancia en caso de partos múltiples, introducido por la LOI 3/2007, constituye una noma de mínimos y prevalece sobre lo pactado en los convenios colectivos vigentes en dicho momento, sustituyendo su contenido.

El permiso o reducción por lactancia da derecho a optar entre varias posibilidades:

-Una hora de ausencia al trabajo a lo largo de la jornada, que puede dividirse en dos fracciones no necesariamente iguales. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples.

-Una reducción de su jornada de media hora. En caso de optarse por la reducción, ésta ha de efectuarse sobre su jornada, es decir, sobre la jornada efectivamente realizada por la trabajadora o trabajador, no sobre la jornada ordinaria o normal de trabajo en la empresa.

-La acumulación del tiempo correspondiente en jornadas completas, en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que pudiera llegar el interesado con el empresario, dentro, en su caso, de lo establecido en convenio colectivo.

El trabajador/a, salvo caso de fuerza mayor, está obligado a preavisar a la empresa con 15 días de antelación -o los que determine el convenio colectivo aplicable- las fechas de inicio y finalización del permiso. Obviamente, el periodo estará limitado por el cumplimiento por el bebé de los nueve meses. No es compatible este derecho con el disfrute del descanso por maternidad a tiempo parcial, salvo que sea el padre el que disfrute del mismo en cuyo caso parece que la madre sí podría hacer uso del derecho de reducción por lactancia. La misma solución hay que dar cuando la maternidad se esté

disfrutando a tiempo completo por el padre. Sin embargo, si es la madre la que disfruta la suspensión por el parto (a tiempo completo) el padre no podrá ejercer la reducción de lactancia que en su caso está limitada a que ambos trabajen.

Debemos añadir que la STSJ Sala de lo Social de Madrid de 5 de octubre de 2015, Rec. 425/2015, ha considerado que entender que se debe conceder el derecho al permiso de lactancia al padre cuando la madre desarrolle una actividad que no da lugar a la inclusión obligatoria en ningún régimen de la Seguridad Social, y sin embargo denegarlo cuando la madre no desarrolle ninguna actividad y por tanto tampoco se encuentre en ningún régimen de la Seguridad Social, supone una interpretación restrictiva del principio de igualdad y no discriminación. Este razonamiento del Tribunal es acertado por cuanto considera que se trata de un permiso de titularidad indistinta y, desde el enfoque de la corresponsabilidad, acorde con el criterio sentado en el *Asunto Roca Álvarez* que analizaremos con posterioridad.

D) Prestación por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural de un menor de 9 meses[160]:

La LCVFL 39/1999, transponiendo a nuestro ordenamiento las prescripciones del art. 7 de la Directiva 92/85/CEE, estableció que el contrato de trabajo se puede suspender por riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora. El sujeto beneficiario de la suspensión es por tanto la mujer trabajadora y no se reconoce, en consecuencia, al padre, dado que el objeto de la medida no es otro que proteger la "salud de la trabajadora embarazada o del feto" frente a los riesgos que pueden derivar para ambos de la prestación laboral. Se trata en último término de una medida de seguridad y salud en el trabajo, razón por la cual se encuentra regulada en su mayor parte en el art. 26 LPRL 31/1995 y ha de relacionarse con otras medidas de prevención. La situación de riesgo durante el embarazo requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 26 LPRL 31/1995. Así, en el caso de no poder realizar la empresa la adaptación del puesto de trabajo a otro exento de riesgo, se establece la suspensión del contrato por riesgo percibiendo la trabajadora una prestación del sistema de Seguridad Social, que la

[160] Su reconocimiento legal se encuentra regulado en el artículo 45.1.e) del ET en relación con el artículo 26 de la LPRL y la prestación económica se regula en el artículo 135 LGSS.

LOI 3/2007 vino a mejorar pasando a ser del 100% de la base reguladora (anteriormente era del 75%). La sustitución por interinos de las trabajadoras en esta situación se encuentra bonificada por la ley[161], y además existen reglas específicas para la protección frente al despido[162]. En lo relativo a la duración de esta situación ésta habrá de mantenerse durante el período necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la madre y del feto, y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

Por lo que atañe al riesgo durante la lactancia natural, la LOI 3/2007 reconoce la situación de riesgo durante la lactancia natural de un hijo-a menor de nueve meses cuando las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la madre o de la hija/o y así conste acreditado. Esta situación, al igual que la anterior, puede dar lugar al cambio a un puesto de trabajo exento de riesgo o, en su caso, a la suspensión del contrato de trabajo con derecho a una prestación económica que consiste en un subsidio equivalente al previsto para la prestación por riesgo durante el embarazo. Esta prestación se extingue en el momento en que la hija o hijo cumpla la edad de nueve meses o, en su caso, cuando la trabajadora se reincorpore al trabajo. Durante el tiempo en que se perciba la prestación, en ambos supuestos, subsiste la obligación de cotizar por parte de la empresa.

E) Permiso de ausencia o reducción de jornada por nacimiento de hijos prematuros u hospitalización del nacido[163]:

Se reconoce un derecho vinculado al tiempo de trabajo para los supuestos de nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa deben permanecer hospitalizados a continuación del parto. Este derecho se concreta en dos opciones:

-Ausentarse del trabajo durante una hora.

-Reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con disminución proporcional del salario.

[161] Ver Disp. Adic. 2ª Ley 12/2001.

[162] Art. 55.5 a) ET.

[163] Su regulación se encuentra en el artículo 37. 5 ET.

Si se tiene en cuenta que conforme a la nueva redacción del art. 48.4 ET dada por la LOI 3/2007, en caso de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto por un período superior a siete días, cabe mantener la suspensión por maternidad -que se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos que reglamentariamente se desarrolle-, este permiso pierde cierta virtualidad práctica. No obstante puede tener todavía su utilidad para aquellos trabajadores/as que no quieran permanecer desvinculados del trabajo tanto tiempo, o para aquellos supuestos en que la hospitalización se vaya a prolongar más allá de los límites temporales que utiliza el artículo 48.4 ET. Los titulares del derecho serán la madre o el padre. Para el disfrute del permiso rigen las reglas aplicables al permiso por lactancia o reducción de jornada por cuidado de menor.

F) Permisos retribuidos por nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad[164]:

El trabajador/a, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por el tiempo siguiente: dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador/a necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días.

G) Permisos retribuidos para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto así como para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad en los casos de adopción y acogimiento[165]:

[164] Se encuentra regulado en el artículo 37.3 b) del ET.

[165] Se encuentra regulado en el artículo 37.3 f) del ET y el artículo el 26.5 de la LPRL.

Se reconoce un permiso para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, por el tiempo indispensable, que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo, y ello en aplicación del art. 9 de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Se trata de una medida tomada en el marco de la política de prevención de riesgos laborales pero que, en realidad, tiene un carácter más amplio, pues se refiere a la tutela general de la mujer embarazada y trata de garantizar la compatibilidad entre esa situación y la prestación de servicios. El permiso se concede para la realización de los exámenes médicos previos al embarazo y la participación en los cursos de preparación para al parto, siempre que éstos coincidan con el horario de trabajo. Como sucede con todos los permisos, ha de disfrutarse el derecho previo aviso y justificación. La Ley 26/2015 en su disp.final 3ª introducen una modificación en el ET art. 37.3.f) en el sentido de ampliar dicho permiso en los casos relacionados con la adopción y el acogimiento para la realización de los preceptivos informes sociales y psicológicos, siempre que éstos coincidan con el horario de trabajo.

H) Reducción de jornada por cuidado de hijos/as y por cuidado de familiares[166]:

En el caso de la reducción de jornada por cuidado de hijos/as o de familiares las modificaciones introducidas por la LOI 3/2007 se centraron en dos aspectos concretos: se aumentó de 6 a 8 años la edad máxima para poder acceder a la reducción de jornada por cuidado de hijos/as y se flexibilizó el límite mínimo de la reducción de jornada pasando de un tercio de reducción a un mínimo de un octavo, facilitándose así el acceso a esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar. El RDL 16/2013 ha vuelto a ampliar la edad del menor a 12 años.

Desde la perspectiva de la protección de Seguridad Social, la LOI 3/2007 también incorporó una novedad o mejora, consistente en considerar las cotizaciones realizadas durante los 2 primeros años de la reducción de jornada por cuidado de hijos/as computadas al 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se

[166] Se encuentra regulada en el artículo 37.6 y 7 del ET.

hubiera mantenido sin reducción la jornada de trabajo, a los efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. En cambio ese incremento, en el caso de la reducción de jornada por cuidado de familiares, sólo alcanza al primer año (artículo 180.3 de la Ley General de la Seguridad Social). Diferencia de trato que resulta discutible y debería ser corregida por el legislador. Se reconocen varios supuestos dentro de este artículo:

-Reducción de jornada por guarda legal de menor:

Se reconoce el derecho a una reducción de jornada 'diaria' para quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida. La finalidad de esta reducción es, pues, atender al cuidado directo de un niño menor de doce años o de un discapacitado.

Tanto el menor como el discapacitado han de estar al cuidado directo del trabajador/a que pide la reducción por razones de guarda legal. La reducción de jornada contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres y mujeres, por lo que el trabajador/a es titular exclusivo del derecho con independencia del sexo, sin necesidad de que le sea cedido por otros. El ejercicio de este derecho, en el caso de que coincidan varios titulares por la misma persona no es excluyente, sino acumulativo, de modo que un mismo sujeto causante puede originar el nacimiento del derecho a favor de titulares distintos. Existe un límite para el disfrute compartido del derecho por varias personas en relación con el mismo sujeto causante: si dos o más trabajadores/as de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. Este límite opera para restringir el ejercicio simultáneo por parte de trabajadores/as de la misma empresa; sin embargo, no se dispondrá de tal facultad cuando los encargados de la guarda legal no trabajan en la misma empresa ni cuando éstos opten por un disfrute sucesivo, no simultáneo, de la reducción. Tampoco cabrá, en consecuencia, limitar el derecho cuando, por ejemplo, un miembro de la pareja la pide por un hijo y el otro para el cuidado de un segundo.

En cuanto al contenido del derecho, consiste en la reducción de la jornada de trabajo diaria con la correlativa reducción de retribuciones. Su extensión debe ser como mínimo de un octavo y como máximo la mitad de su jornada. Por lo que respecta al

ejercicio del derecho, al igual que ocurre con la determinación del período de disfrute y la concreción horaria del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, corresponderá al trabajador/a dentro de su jornada ordinaria aunque se permite que los convenios colectivos pueden fijar criterios para determinar dicha concreción atendiendo a los interés de las partes implicadas, la conciliación de la vida laboral y familiar y las necesidades productivas y organizativas de la empresa. El trabajador/a viene obligado a preavisar al empresario/a con una antelación de 15 días, o la que determine el convenio colectivo aplicable, la fecha de inicio y finalización de la reducción de jornada. El derecho a reducción termina necesariamente al alcanzar el menor los ocho años de edad o por recuperación de la persona discapacitada. No es compatible esta reducción con el disfrute del descanso por maternidad a tiempo parcial.

-Reducción de jornada por cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave y prestación económica:[167]

Este es un supuesto de reducción de jornada destinada al cuidado de menores a cargo, afectados por cáncer u otra enfermedad grave, durante el período que requiere hospitalización y tratamiento continuado, sobre la que se asienta la regulación de la nueva prestación económica de seguridad social por cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave.

El derecho se reconoce al progenitor, adoptante o acogedor con carácter preadoptivo o permanente a cuyo cargo se encuentre el menor en cuestión; si se encuentra a cargo de dos personas por razón de alguno de esos títulos, ambas son en principio titulares del derecho a la reducción de jornada. No obstante, si ambos trabajadores prestasen servicios para la misma empresa y ambos generasen el derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. En cualquier caso el derecho a percibir la prestación de seguridad social sólo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos. El ejercicio del derecho a la reducción de jornada requiere el cumplimiento de dos condiciones: que el menor sea objeto de un ingreso hospitalario de larga duración por alguna de aquellas enfermedades, y que dicho menor necesite cuidado directo, continuo y permanente. Esta última exigencia deberá ser acreditada mediante informe del servicio público de salud o el órgano administrativo sanitario de la Comunidad

[167] En cuanto a la prestación económica se encuentra regulada en el art. 135 quáter LGSS, añadida por la DA 21 de la misma Ley y desarrollada por RD 1148/2011, de 29 julio.

Autónoma correspondiente. La reducción ha de alcanzar como mínimo a la mitad de la jornada de trabajo de referencia; aunque no se establece tope alguno, ha de tratarse en todo caso de una reducción de la jornada, no de dispensa total del trabajo, si bien los convenios colectivos pueden prever la posibilidad de que la reducción se acumulen jornadas completas, en las condiciones y en los supuestos que a tal efecto se prevean en dicha norma pactada. La reducción conlleva la disminución proporcional del salario. El derecho puede ejercitarse y mantenerse, como máximo, hasta que el menor cumpla 18 años. Es un derecho del trabajador/a, para cuyo ejercicio no se requiere acuerdo de la empresa. Al trabajador/a también corresponde en principio elegir la parte de jornada afectada por la reducción, sin perjuicio de que para tal concreción horaria puedan darse pautas en convenio colectivo o las partes puedan ajustarse de común acuerdo a los intereses de la empresa. En cuanto a la prestación económica, ésta consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora que se toma en cuenta para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, en proporción a la reducción que experimenta la jornada de trabajo. Si la persona beneficiaria realiza un trabajo a tiempo parcial, la base reguladora se obtiene dividendo el importe de las bases de cotización de los tres meses anteriores a la fecha de inicio de la reducción de la jornada entre el número de días naturales de dicho período. A la base así obtenida se le aplica el porcentaje de reducción de jornada que corresponda.

-Reducción de la jornada por cuidado de familiares dependientes:

El derecho a solicitar una reducción de la jornada de trabajo se amplió por la LCVFL 39/1999 a quienes precisen encargarse del cuidado directo de un familiar, con el fin de atender a una demanda social cada vez más apremiante y derivada en buena medida de los cambios demográficos y el envejecimiento de la población. El sujeto causante, el familiar al que se pretende cuidar, debe reunir los siguientes requisitos:

-Tener un grado de parentesco con el trabajador/a de hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad.

-Que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo. El concepto es mucho más amplio que el de minusvalía e incapacidad, por lo que permite incluir en él un gran número de situaciones que habrán de determinarse según las circunstancias de cada caso.

-Que no desempeñe actividad retribuida.

La titularidad, contenido y ejercicio de este derecho a reducción de jornada se regula por las mismas normas establecidas para la reducción por guarda legal. Tampoco

es compatible con el descanso por maternidad a tiempo parcial.

I) Excedencia por cuidado de hijos/as y por cuidado de familiares[168]:

La excedencia por cuidado de hijos/as, que no puede tener una duración superior a 3 años, se establece bien por naturaleza, como por adopción o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque sean provisionales, a contar desde la fecha del nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. Las modificaciones introducidas por la LOI 3/2007 se centraron en aspectos concretos, que son los siguientes:

Se incluyó la referencia a que también se tendrá derecho a la excedencia en el caso del acogimiento de menores con carácter provisional.

La excedencia por cuidado de familiares ha de dirigirse a atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por si mismo y no desempeñe una actividad retribuida. La LOI 3/2007 amplió la duración de la excedencia por cuidado de familiares a dos años, salvo que se establezca una duración superior a través de la negociación colectiva Asimismo se reconoce expresamente que la excedencia puede disfrutarse de una forma fraccionada.

Cabe destacar también que se modificó lo dispuesto en el artículo 180.1 y 2 de la LGSS, considerando como cotizados a la Seguridad Social, a los efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, los dos primeros años del período de excedencia por cuidado de hijos/as. El período de cotización efectiva tiene una duración de 30 meses si la unidad familiar de la que forma parte el menor tiene la consideración de familia numerosa de categoría general, o de 36 meses, si tiene la de categoría especial. Asimismo, se considera cotizado, en los mismos términos anteriores, el primer año del período de excedencia por cuidado de otros familiares -hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad- que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida.

[168] Su regulación se recoge en el artículo 46.3 del ET.

Debemos recordar, por otra parte, que la excedencia es una causa de suspensión y no de extinción del contrato de trabajo, y que, según lo previsto en el propio artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, el período en que el trabajador/a permanezca en situación de excedencia es computable a los efectos de antigüedad y se tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, especialmente con ocasión de la reincorporación a la empresa. Durante el primer año de excedencia se tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo, y transcurrido dicho plazo, la reserva queda referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

Finalmente cabe tener presente que la excedencia por cuidado de hijos/as o de familiares constituye un derecho individual de los trabajadores/as. No obstante, si dos o más trabajadores/as de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, la empresa puede limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

J) Derecho de adaptación y distribución de la jornada para conciliar la vida personal, familiar y laboral[169]:

En los últimos años se ha venido planteando con frecuencia que la reducción de jornada no siempre es la solución adecuada para abordar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Además, las reducciones de jornada tienen efectos indeseados para muchas trabajadoras/es, como son la disminución salarial y el posterior efecto en sus prestaciones, así como la consolidación de los roles de género.

Hasta la regulación de la LOI 3/2007, la posibilidad de adaptación horaria por razones familiares estaba vinculada únicamente al artículo 37.5 y 6 del ET. La LOI 3/2007 introduce respecto de esta cuestión un nuevo apartado, el octavo del artículo 34, que establece el derecho del trabajador/a a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella. De esta manera, se reconoce un derecho para hacer efectiva la conciliación de la vida

[169] Se encuentra regulado en el artículo 34.8 ET.

personal y familiar con la vida laboral, no vinculado específicamente a una determinada causa, y consistente en la adaptación y/o distribución de la jornada, no quedando tal derecho vinculado a la reducción de la jornada. Sin embargo, tal y como veremos con mayor detalle en el capítulo III, el problema que se plantea es que dicho derecho, en opinión del Tribunal Supremo (STS 13 y 18, de 18 de junio de 2008), carece de eficacia directa quedando por tanto condicionado a los términos que se establezcan en la negociación colectiva o al acuerdo a que se llegue con la empresa.

K) Derecho a la formación y promoción profesional[170]:

La formación profesional y la promoción a través del trabajo son factores fundamentales tanto de la educación de las personas como de sus aspiraciones profesionales y de sus expectativas de mejora en las condiciones de vida y trabajo. La formación y promoción en el trabajo forman parte de los grandes objetivos de la política social de la Unión Europea, proporcionando seguridad al trabajador/a en su vida activa o su trayectoria profesional. En concreto, el ET en su artículo 4.2 b) reconoce como uno de los derechos laborales básicos de los trabajadores el derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad[171].

Lógicamente, cuando se prestan servicios en el marco de un contrato de trabajo las actividades de formación profesional requieren, o bien una dedicación suplementaria por parte del trabajador/a, o bien un paréntesis en el trabajo con el fin de liberar tiempo para la formación; se necesita, pues, alguna vía de articulación y conjugación de la actividad laboral y la actividad formativa. Esa es la faceta de la que principalmente se ocupa la legislación laboral, que aborda la promoción y formación profesional en el contexto de una relación de trabajo mediante el reconocimiento de derechos individuales que permitan al trabajador compatibilizar su prestación de servicios con acciones formativas.

[170] Se regula en el artículo 23 ET.

[171] El contenido de este artículo fue modificado y ampliado en su momento por la Ley 35/2010, que añadió la referencia específica "al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad", y posteriormente por el RDL 3/2012, que añade la mención a la "adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo".

El derecho a la promoción a través del trabajo y a la formación profesional cuenta con su desarrollo legal en el art. 23 ET, que reconoce al trabajador/a una serie de permisos y facilidades con fines de formación e impone ciertas obligaciones a las empresas a ese respecto:

-Permiso de asistencia a exámenes:

Consiste en un derecho específico al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes. Los términos de ejercicio de este derecho se encomiendan básicamente a la negociación colectiva, aunque la carencia de previsiones en el correspondiente convenio colectivo, o la ausencia de convenio en la empresa de referencia, no impide que el trabajador/a haga uso del mismo con amparo directo en el texto legal. El ET no menciona si el permiso para la realización de exámenes mantiene el derecho a remuneración. Tampoco se regula en el art. 23.1 la duración que ha de tener el permiso para la realización de exámenes, siendo en consecuencia otra materia que queda pendiente de lo que puedan regular los convenios colectivos.

-Preferencia para la elección de turno de trabajo:

Se reconoce al trabajador/a el derecho de preferencia para elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando cursa con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional. Los términos en que habrá de ejercitarse este derecho, al igual que sucede con los demás reconocidos en el art. 23 ET, han de ser pactados en los convenios colectivos. No obstante, la norma establece aquí con relativo detalle el contenido de la figura, por lo que resulta más sencilla su aplicación directa sin la intervención de las normas colectivas, siendo por tanto un derecho de eficacia directa.

Dos son los requisitos necesarios:

Que en la empresa se haya instaurado un régimen de trabajo a turnos.

Que el trabajador curse con regularidad estudios conducentes a la obtención de un título académico o profesional.

Lógicamente, han de valorarse las circunstancias organizativas o productivas de la empresa -especialmente cuando varios trabajadores/as solicitan la preferencia-, así como las reglas legales sobre organización del trabajo a turnos; pero corresponde a la empresa la carga de alegar y demostrar las causas que justifican la denegación del derecho de preferencia de turno.

-Adaptación de la jornada para la asistencia a cursos de formación profesional:

Se reconoce al trabajador/a el derecho a la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional. La idea es que el curso permita la compatibilización de su seguimiento con la prestación de servicios en la empresa, y para facilitarla es por lo que se habilita la adaptación de la jornada de trabajo. Del artículo se desprende que:

No se extiende la adaptación de jornada a otras facetas educativas del trabajador ajenas a la esfera laboral

Al hablar de formación profesional genérica parece referirse tanto a la formación profesional específica como a la general.

La Ley no exige regularidad, por lo que puede deducirse que el legislador está pensando también en cursos de duración más breve y puntual que los estudios a los que alude el art. 23.1.a) ET. Por ejemplo, seminarios, jornadas, congresos, etc.

Los cursos podrán impartirse en cualquier centro de formación profesional, ya sea oficial o reconocido, público o privado.

Sobre la obligatoriedad para la empresa de la adaptación y la posibilidad de denegarla por razones productivas o de organización, cabe hacer las mismas consideraciones que para la elección preferente de turno. En la negociación colectiva pueden encontrarse también ejemplos de reducción de jornada por la asistencia a cursos de formación.

-Licencias de estudios y crédito horario de formación:

Cuando el trabajador/a, en el ejercicio de su derecho a la promoción y formación profesional, desea participar en actividades formativas que no son compatibles con la prestación de trabajo, ni siquiera a través de la adaptación de la jornada o de la concesión de permisos puntuales, se abre la posibilidad de que se le conceda una licencia de estudios más amplia, que interrumpa temporalmente la relación de servicios. La regulación que ofrece a este respecto el art. 23 ET apunta a un derecho a interrumpir la prestación de servicios mediante la técnica de la suspensión del contrato de trabajo, con la consiguiente reserva del puesto de trabajo y la consiguiente paralización del salario.

Junto a esa previsión más general, los trabajadores/as con al menos un año de antigüedad en la empresa tienen derecho a un permiso retribuido de 20 horas anuales de formación “vinculada a la actividad de la empresa”, acumulables por un periodo de hasta cinco años y cuya concreción, con vistas a su disfrute efectivo, queda remitida al

acuerdo entre trabajador/a y empresa. Este derecho se entenderá cumplido cuando el trabajador/a pueda realizar acciones formativas dirigidas a la obtención de la formación profesional para el empleo en el marco de un plan de formación desarrollado a iniciativa de la empresa o comprometido por la negociación colectiva. Es independiente del derecho de formación que deba impartir obligatoriamente la empresa a su cargo conforme a lo previsto en otras leyes. El Gobierno, previa consulta a los interlocutores sociales, evaluará la conveniencia de crear un "cheque formación" destinado a financiar ese derecho individual de los trabajadores/as a la formación.

-Formación con fines de adaptación a modificaciones del puesto de trabajo:

Se reconoce al trabajador/a derecho a la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo. No se conceden en este caso derechos específicos o facilidades concretas al trabajador/a para que pueda compatibilizar la formación con su actividad laboral, sino que se impone una obligación a la empresa de sustentar la actividad formativa, sin perjuicio de que pueda obtener ayuda económica con cargo a los correspondientes créditos públicos. De ahí que el tiempo de formación se considere tiempo de trabajo, pues se ubica en la organización de la actividad empresarial.

L) Otros derechos y permisos retribuidos para la conciliación de la vida personal y laboral:

Estos permisos se justifican por la necesidad de que el trabajador/a pueda compaginar su relación laboral con otro deber personal ante determinadas situaciones expresamente reguladas, y en su diversidad ponen de manifiesto la importancia que, como veremos más adelante, ha adquirido el concepto conciliación de la vida personal en una regulación delimitada en un principio en torno a aspectos estrictamente relacionados con el cuidado familiar:

-Permiso o licencia por matrimonio[172]:

Se reconoce al trabajador/a el derecho de ausentarse del trabajo con remuneración de quince días naturales en caso de matrimonio.

[172] Art. 37.3.a) ET.

-Permiso por traslado del domicilio familiar [173]:

El trabajador/a dispone también con carácter remunerado de un día por traslado del domicilio habitual y pretende dar así a los trabajadores/as un margen de tiempo para efectuar las distintas gestiones y labores que ello implica.

-Tiempo para votar, citación como testigo, participación en juicio como miembro de jurado, ejercicio de un cargo público[174] :

Los trabajadores/as tienen derecho a un permiso para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. Con él se persigue permitir al trabajador/a atender a las obligaciones derivadas de su condición de ciudadano/a y su relación con los poderes públicos. La integración en el marco organizativo de una empresa no puede interponerse en el cumplimiento de tales deberes. Ha de tratarse de deberes personales, que sólo pueden ser cumplidos por el trabajador/a por sí mismo. Los supuestos que encajan en la dicción del precepto son, entre otros, los siguientes: el ejercicio del sufragio activo, la participación en una mesa electoral, la intervención como miembro de un jurado, la comparecencia como testigo en juicio, la asistencia a juicio como parte demandante en un proceso si ha sido citado para la prueba de interrogatorio, así como el desempeño de un cargo público para el que se haya sido elegido, designado o nombrado. Esta vertiente del permiso por cumplimiento de un deber público debe ponerse en relación con la excedencia forzosa, con conservación del puesto y cómputo de la antigüedad. También cabe asimilarse a otros supuestos de obligación de carácter público que deban realizarse inexcusablemente dentro de horario de trabajo.

-Suspensión del contrato de trabajo por privación de libertad mientras no exista sentencia condenatoria[175]:

La privación de libertad del trabajador/a es causa de suspensión del contrato de trabajo, mientras no exista sentencia condenatoria. Así pues, si el trabajador/a es ingresado en prisión provisional, no procede la extinción del contrato de trabajo, sino que se impone la suspensión del mismo, con los efectos generales de la figura y sin obligación de cotizar.

[173] Art. 37.3.c) ET.

[174] Art. 37.3.d); arts. 45.1.k) y 46.1 ET.

[175] Art. 45.1.g) ET.

-Permisos para trabajadores/as que sufran daños físicos o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista[176]:

Implican la reducción de la jornada o el derecho a reordenar su tiempo de trabajo a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. Es de destacar que en defecto de acuerdo en convenio colectivo o entre las partes, la concreción del derecho corresponderá al trabajador/a.

-Suspensión del contrato de trabajo para trabajadoras víctimas de violencia de género[177]:

El contrato de trabajo de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo por ser víctima de violencia de género podrá suspenderse a solicitud de la misma. El período de suspensión tiene una duración inicial no superior a seis meses, aunque el juzgado de violencia sobre la mujer puede prorrogar la medida por períodos de tres meses con un máximo de 18 meses (art. 48.10 ET). Resulta imprescindible la obtención de una Orden de Protección si bien, en casos excepcionales, es suficiente el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección.

Este período se considerará como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social y de desempleo y computarán tanto para el cumplimiento del período de cotización exigido como para la determinación de la base reguladora y, en su caso, porcentaje aplicable para el cálculo de la prestación. Asimismo se prevé la reducción de jornada en los mismos términos que hemos visto en el caso anterior.

-Suspensión del contrato para trabajadores/as con antigüedad de un año en la empresa y para cualquier cuestión de conciliación personal y familiar (art. 46.2 ET):

El trabajador/a con una antigüedad en la empresa de, al menos un año, puede solicitar una excedencia voluntaria por un plazo no menor a 4 meses y no mayor a 5 años, aunque sin derecho a reserva del puesto.

-Modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo para cualquier cuestión de conciliación personal o familiar[178]:

[176] Arts. 37.7 y 37.8 ET.

[177] En los términos previstos en la LOPIVG 1/2004 (art. 45.1.n) en relación con art. 81.1 ET, e igualmente, art. 37.3 ET.

Tiene la consideración de trabajo a distancia aquel en que la prestación de la actividad laboral se realiza de manera preponderante en el domicilio del trabajador/a o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa. El teletrabajo o trabajo a distancia se configura así como una forma particular de organización del trabajo que tiene como finalidad favorecer la flexibilidad de las empresas y los trabajadores/as, optimizando la relación entre tiempo de trabajo y vida personal a través del uso intensivo de las nuevas tecnologías en el marco de un contrato de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular[179]. El teletrabajo es voluntario para el trabajador/a y la empresa y puede pactarse tanto al inicio de la relación laboral como acordarse de manera voluntaria con posterioridad. El teletrabajo, en tanto que únicamente modifica la manera en que se efectúa el trabajo, no afecta al estatus laboral del trabajador.

En resumen, podemos observar cómo los DCPL, aunque no reconocidos expresamente y de manera conjunta y ordenada como tales, han merecido un notable desarrollo y atención por parte del legislador, principalmente durante las dos últimas décadas, en las que han ido evolucionando de una titularidad casi exclusivamente femenina para pasar a configurarse, en el caso de los referidos a la conciliación de la vida familiar y laboral, en DCPL en apariencia neutros, dirigidos a ambos progenitores. La LOI 3/2007 supone, en ese sentido, un gran avance –si bien frenado por la crisis económica- en lo que tiene de novedoso el punto de vista con que los regula, dirigido a la consecución de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el trabajo, mediante el enfoque de la corresponsabilidad, los derechos presenciales, así como otros aspectos de la vida personal, sobre los cuales profundizaremos a lo largo del capítulo III.

Mientras que durante la situación de maternidad existe una red de derechos perfectamente articulada para facilitar la conciliación de la mujer trabajadora, los destinados específicamente al padre como el permiso de paternidad o los permisos retribuidos, muestran la posición subsidiaria de éste en lo que a su papel en la responsabilidad familiar se refiere. Una vez transcurridos los primeros meses de la criatura, los permisos, si bien de titularidad indistinta, se articulan principalmente a

[178] Art. 13 ET.

[179] Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo 16 de julio de 2002.

través de DCPL de ausencia, como las reducciones o excedencias, derechos que acaban solicitando las mujeres porque son las que en la estructura familiar, de acuerdo con los roles tradicionales de género, deben asumir el cuidado y renunciar a todo o parte de su salario, además de a su promoción profesional. A pesar de las compensaciones y beneficios en la cotización establecidas por la norma, -que por otra parte son necesarias para reconocer la labor social de cuidado-, lo cierto es que los trabajadores/as hoy día demandan poder conciliar efectivamente ambas esferas de su vida personal/familiar y laboral sin tener que renunciar, en la medida de lo posible, al trabajo. En este sentido el derecho a adaptar la jornada de trabajo contemplado en los arts. 37.6 y 7 y 34. 8 ET ha sido uno de los derechos con mayor conflictividad en la última década. A ello dedicaremos buena parte del capítulo III. Así, del análisis de los DCPL se pone de manifiesto la necesidad de desarrollar aquellos que permitan atender las necesidades de cuidado más allá de los primeros meses de vida, sin pérdida de retribución, como puede ser el derecho de adaptación de jornada del art. 34.8 ET. En cuanto a los DCPL de la vida personal y laboral, y que se traducen en aspectos que tradicionalmente han disfrutado mayoritariamente los varones, estos encuentran una articulación más garantista y con mayores posibilidades de su ejercicio efectivo. Por último, es de agradecer que el legislador haya ampliado las garantías de conciliación a las particulares situaciones de víctimas de violencia de género y terrorismo que por sus especiales circunstancias necesitarán siempre de una tutela preferente e inmediata.

Para concluir este apartado sobre el tratamiento normativo de la conciliación en el ámbito estatal hay que decir que la problemática de la conciliación no puede residenciarse únicamente en el establecimiento de una serie de DCPL en las relaciones laborales, donde la principal responsabilidad de un problema social que atañe a toda la ciudadanía recaiga únicamente en las relaciones entre particulares. En este sentido, los poderes públicos deben, conforme a los mandatos constitucionales, arts. 9.2, 14 y 39 CE, desarrollar medidas a fin de promover tanto la igualdad efectiva de oportunidades de mujeres y hombres, como el apoyo a la familia. Pese a que consideramos que ambos aspectos deben ir de la mano -dada la propia transversalidad del principio de igualdad y no discriminación-, como veremos, esto no siempre es así.

Por lo que respeta a la igualdad, el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016 -en adelante PEIO, aprobado el 7 de marzo de 2014, y que sucede al anterior (PEIO 2008-2011)-, una vez realizado un diagnóstico previo, en lo

que a conciliación se refiere, reconoce que siguen siendo de forma abrumadora las muejres quienes asumen el cuidado:

-Prácticamente un 25% de las mujeres con al menos un hijo menor de catorce años forman parte de la población "inactiva"[180]. Las encuestas de Empleo del Tiempo muestran que las mujeres dedican menos tiempo que los hombres a todas las categorías de actividades, excepto a aquellas que tienen que ver con el cuidado del hogar y de la familia, a las que dedican casi el doble de tiempo que los varones a las tareas domésticas (sobre ello abundaremos en el siguiente capítulo).

-En cuanto a la parte transferible del permiso de maternidad, en el año 2013, sólo un 1,7% de los casos, los padres hicieron uso de dicha posibilidad. Sin embargo, 237.988 varones se acogieron a la posibilidad de disfrutar la prestación por paternidad.

-Durante 2012, el 94,98% de las personas con excedencia por cuidado de hijo/a y el 85,67% de las personas con excedencia por cuidado de familiares fueron mujeres.

-En 2013, las personas que no buscaban empleo de manera activa indicaron como causa principal la necesidad de cuidado de menores o personas dependientes.

El PEIO se estructura en torno a siete Ejes[181]. Concretamente, el Eje 2 destinado a la "Conciliación de la vida personal, familiar y laboral y corresponsabilidad en la asunción de responsabilidades familiares" comienza por subrayar su importancia estratégica, así como que las medidas de conciliación y corresponsabilidad son esenciales en las políticas familiares, de ahí que se vayan a desarrollar acciones específicas través de la puesta en marcha del Plan Integral de Apoyo a la Familia, en adelante PIAF. A dicho Plan nos referiremos mas adelante, donde, entre otras cuestiones, comprobaremos cuáles son esas medidas y si existe realmente coordinación entre planes estratégicos.

[180] Las comillas son nuestras.

[181] Eje 1. Igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral y lucha contra la discriminación salarial.
Eje 2. Conciliación de la vida personal, familiar y laboral y corresponsabilidad en la asunción de responsabilidades familiares.
Eje 3. Erradicación de la violencia contra la mujer.
Eje 4. Participación de las mujeres en los ámbitos político, económico y social.
Eje 5. Educación.
Eje 6. Desarrollo de acciones en el marco de otras políticas sectoriales.
Eje7. Instrumentos para integrar el principio de igualdad en las distintas políticas y acciones del Gobierno.

En cuanto a los objetivos, líneas de actuación y medidas de este Eje 2 se señalan los siguientes:

-Sensibilizar en materia de conciliación y corresponsabilidad a las administraciones públicas, el empresariado y la ciudadanía, particularmente sobre los beneficios de fomentar el equilibrio en la asunción de responsabilidades familiares y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral[182].

-Facilitar la conciliación de la vida personal, laboral y familiar implantando medidas específicas para fomentar la conciliación y, por tanto, "facilitar la participación de la mujer en el mercado de trabajo"[183]. Para ello se fijan a su vez una serie de líneas de actuación, cada una con sus correspondientes medidas específicas:

a) Promover el desarrollo de servicios para la atención y educación de niñas y niños y personas en situación de dependencia y mejora del apoyo a la maternidad del Sistema Nacional de Salud (SNS) [184].

b) Fomentar políticas de conciliación en la empresa y en la

[182] -Se establecen las siguientes medidas:
Desarrollo de acciones de sensibilización sobre los beneficios de las medidas que facilitan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral para hombres y mujeres, y para fomentar la corresponsabilidad en el ámbito doméstico y en el cuidado de hijos e hijas y personas mayores y/o dependientes.
-Desarrollo de acciones de información y formación que promuevan valores en la gestión empresarial basados en la igualdad y la corresponsabilidad.
-Desarrollo de acciones de información y sensibilización para potenciar la mediación familiar y la corresponsabilidad de los progenitores en los supuestos de conflictividad familiar.
-Creación de un sistema de información sobre la maternidad que contenga todas las ayudas estatales, autonómicas y locales de apoyo a la maternidad, con información sobre los recursos tanto públicos como privados, y difunda información sobre el valor social de la maternidad y la corresponsabilidad de los padres.
-Potenciación, desde los servicios sanitarios, de la implicación de los hombres en tareas de cuidado y desarrollo del vínculo afectivo y el apego a través de una mayor participación en la educación para la maternidad/ paternidad y la crianza.

[183] Véase cómo se sigue relacionando la conciliación exclusivamente con la mujer en la redacción del propio Plan.

[184] Se incluyen las siguientes medidas:
-Estudio del impacto del sistema tributario en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de mujeres y hombres, en el marco de su reforma.
-Incorporación al Acuerdo de Asociación de España, en el marco de la política de cohesión 2014-2020, de una línea de actuación relacionada con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que promueva el desarrollo de servicios de calidad de apoyo a la conciliación a través de la generación de empleo estable y de calidad.
-Promoción de los servicios destinados a la atención y educación a menores de 3 años y servicios complementarios para atención a menores para cubrir necesidades de conciliación, financiando estos servicios mediante las subvenciones con cargo a la asignación tributaria del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
-Priorización de la utilización de servicios de atención a la dependencia, frente a las prestaciones económicas, previstas en la Ley de promoción de a autonomía personal y atención a las personas en situación dependencia.
-Desarrollo e implantación de la Estrategia de Atención al Parto Normal y de Salud Reproductiva en los aspectos relacionados con el embarazo, puerperio, lactancia materna y corresponsabilidad en la crianza.

Administración Pública[185].

c) Promover el desarrollo de los permisos parentales atendiendo al principio de igualdad entre mujeres y hombres[186].

-Promover la corresponsabilidad y cambio en los usos del tiempo y la racionalización de horarios[187].

[185] Se incluyen las siguientes medidas:
-Análisis y difusión de las medidas de conciliación y corresponsabilidad de las empresas que han obtenido el distintivo "Igualdad en la Empresa", y propuesta de mejora en el marco de la red de empresas con el distintivo.
-Promoción de la mejora de las medidas de conciliación en el marco de los planes de igualdad en el sector público empresarial del Estado.
-Estímulos para el incremento del número de empresas que desarrollan medidas de conciliación y corresponsabilidad, mediante la financiación de ayudas a la implantación de planes de igualdad en pequeñas y medianas empresas.
-Estudio de medidas para favorecer el ejercicio de los derechos de conciliación por las trabajadoras y los trabajadores autónomos dependientes.
-Consideración, en las bases reguladoras de subvenciones a ONG, como criterio objetivo de valoración de las entidades solicitantes, la existencia de planes de igualdad que contemplen medidas para fomentar la conciliación y la corresponsabilidad.
-Colaboración con las Escuelas de Negocios y con el INAP para la incorporación o la mejora del tratamiento de la conciliación y la corresponsabilidad en sus planes de formación de personas directivas.
-Inclusión, entre los ejes prioritarios del Il Plan de igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, impulsando la realización de acciones concretas en esta materia y el seguimiento y evaluación de su implementación.
-Impulso, dentro del diálogo social tripartito, de la creación de un grupo específico, con la finalidad de estudiar el impacto de género del trabajo a distancia y sus consecuencias para la conciliación, así como otras medidas alternativas de conciliación.
-Elaboración y difusión de una "Guía de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Administración General del Estado", para mejorar la información del personal y de los gestores de recursos humanos sobre los derechos, permisos y medidas de flexibilización de jornada existentes en la AGE en materia de conciliación, a fin de fomentar su conocimiento y favorecer su utilización.
-Estudio y, en su caso, implantación de nuevas medidas de flexibilidad hora- ria que permitan al personal empleado público disminuir, en determinados periodos y por motivos directamente relacionados con la conciliación y debidamente acreditados, su jornada semanal de trabajo, recuperándose el tiempo en que se hubiera reducido dicha jornada, en la semana o se- manas subsiguientes.
-Impulso de la implantación de planes de conciliación en entidades locales, en colaboración con la Federación Española de Municipios y Provincias, que puedan servir como ejemplo de buenas prácticas de cara a su difusión a nivel nacional.
-Análisis de las buenas prácticas desarrolladas por otros países, e implantación cuando sean aplicables a la realidad de nuestro país.

[186] Se incluyen las siguientes medidas:
-Seguir avanzando en el desarrollo de medidas que apoyen la conciliación y corresponsabilidad, con especial atención a los permisos parentales.
-Ampliación a los supuestos de acogimiento familiar simple y acogida familiar provisional, establecidas en el Código Civil o, en su caso, en las leyes civiles de las Comunidades Autónomas, del derecho a la reducción de jornada por la persona trabajadora, en el caso de menores afectados por cáncer o por cualquiera otra enfermedad grave, así como de la protección de Seguridad Social, dentro de las pautas que se marquen en el marco del Diálogo Social y en el Pacto de Toledo.

[187]Se incluyen las siguientes medidas:
-Desarrollo de acciones para fomentar un reparto más equilibrado de los usos del tiempo y la corresponsabilidad, en el marco de los programas de educación para la igualdad de oportunidades promovidos por las autoridades educativas y de igualdad.
-Trabajar por la racionalización de horarios en cooperación con los medios de comunicación para ajustar su programación con el fin de que contribuya a ello.
-Apoyo a la difusión pública de buenas prácticas de organizaciones, empresas, cargos políticos, económicos y sociales que hacen un uso racional, armónico y corresponsable del tiempo.

-Incrementar el conocimiento sobre conciliación y corresponsabilidad, para mejorar el conocimiento de las dificultades que causan los diferentes usos del tiempo de mujeres y hombres y su diferente implicación en el cuidado de menores y otras personas dependientes considerando preciso reforzar el conocimiento sobre la situación actual y las previsiones de futuro, de cara a mantener actualizadas y mejorar las respuestas necesarias. Para ello se considera preciso diagnosticar la evolución de las necesidades existentes[188] .

Lo primero que llama la atención en el PEIO es que se incida en la importancia de la conciliación para el apoyo de las familias, algo indiscutible sin duda, sin que al mismo tiempo se haga alusión a su importancia para la consecución de la igualdad efectiva de mujeres y hombres, máxime en un Plan estrictamente dedicado a la promoción de la misma. En cuanto al contenido del Eje, el Plan está lleno de objetivos inespecíficos y faltos de concreción en lo que se refiere a la adopción de medidas de conciliación y al enfoque de la corresponsabilidad; abundan, por el contrario, los llamamientos a la realización de estudios, guías, etc. sobre la materia. Por otra parte, se asocia la conciliación con una cuestión estrictamente femenina y del cuidado familiar, lo que resulta contradictorio con la propia promoción de la igualdad efectiva, al menos si se quiere reconocer que los roles de género son causa principal de la desigualdad actual, circunstancia que se desprende del propio análisis efectuado en el diagnóstico.

En cuanto al desarrollo de los permisos parentales, el Plan indica que “hay que seguir avanzando” sin mayor detalle. Únicamente se establece una medida concreta en ese sentido al proponer la ampliación del derecho a la reducción de jornada por cuidado

---

-Desarrollo de experiencias piloto de trabajo en red mediante la utilización de las nuevas tecnologías, en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, con el fin de favorecer la conciliación y una mejor organización y racionalización del tiempo de trabajo.
-Identificación y difusión de buenas prácticas de planificación urbanística y movilidad urbana y rural, que tengan una incidencia favorable para facilitar la conciliación y la corresponsabilidad y la autonomía de las personas.
-Actuaciones dirigidas a la difusión, sensibilización y fomento de la parentalidad positiva y de programas de apoyo a la crianza de las hijas e hijos, orientados a fortalecer la capacidad y la responsabilidad familiar y comunitaria, facilitando a las personas para que ejerzan responsabilidades parentales, pautas de crianza positivas de los niños, niñas y adolescentes a su cargo, atendiendo a su interés superior, en un entorno no violento.
-Impulso de la adopción de medidas legislativas en materia de derecho civil, para fomentar la corresponsabilidad, tanto durante la convivencia de los progenitores como cuando esta ya no exista.

[188] Se establece la siguiente medida:
-Realización de un estudio sobre la situación y las necesidades existentes en relación a los usos del tiempo, los horarios, las guarderías y otros servicios de cuidados, que tenga en cuenta, entre otras, las singularidades de las necesidades en infraestructura y organizativas derivadas de aplicar el principio de conciliación a diferentes medios territoriales, sean estos rurales o urbanos.

de hijo con enfermedad grave a los supuestos de acogimiento. Por lo que respecta a la corresponsabilidad, -incluida dentro del mismo objetivo y, de manera inexplicable, con el cambio en los usos del tiempo-, únicamente se señala la necesidad de desarrollar acciones, sin concretar cuáles, en el marco de los programas de educación. En este sentido se apunta a la necesidad de actuaciones en fomento de la "parentalidad positiva", nuevo concepto que veremos se introduce también en el PIAF, destinado a fortalecer la responsabilidad familiar y comunitaria (cabe preguntarse qué se quiere decir exactamente con este último concepto), facilitando pautas de crianza positivas en un entorno no violento, sin más detalle. No se entiende tampoco la relación directa con la corresponsabilidad. Sin embargo, a pesar de las constantes referencias inespecíficas del PEIO a la conciliación y la corresponsabilidad, se establece de manera muy concreta "el impulso de la adopción de medidas legislativas en materia de derecho civil para fomentar la corresponsabilidad tanto durante la convivencia como cuando ésta no exista", así como "el fomento de la mediación familiar y la corresponsabilidad en los supuestos de conflictividad familiar". Es sabido que diferentes CCAA llevan desarrollando en los últimos años normativas para establecer la custodia compartida en las separaciones y divorcios, a pesar de que dicha corresponsabilidad no se haya ejercido durante la convivencia familiar, y que ello está resultando un tema controvertido. Dedicaremos mayor atención a este aspecto en el capítulo III cuando hablemos de las limitaciones y peligros de la corresponsabilidad, sin embargo, baste decir por ahora que se echa en falta que el Plan haga mención igualmente a la necesidad de impulsar medidas legislativas en materia de derecho laboral para que el permiso de paternidad, principal medida para el fomento de la corresponsabilidad, se amplíe al menos según lo previsto en la normativa[189]. Por último, en cuanto al tiempo de trabajo y la racionalización de horarios, tampoco se concreta ninguna medida efectiva, aludiendo únicamente a la necesidad de cooperar con los medios de comunicación, establecer experiencias piloto en la Administración Pública así como identificar buenas prácticas en la planificación urbanística y la movilidad urbana y rural.

En lo que atañe a la protección y apoyo a la familia, el Gobierno ha ido adoptando toda una serie de medidas en materia de vivienda, educación, acceso a los

[189] Recordemos que la Ley 9/2009, pero con entrada en vigor 'diferida', tenía prevista su ampliación a 4 semanas para el 1 de enero de 2011.

servicios públicos, etc. Centrándonos en aquellas que tienen que ver de manera más directa con los trabajadores/as, podemos distinguir entre las prestaciones familiares y las ayudas de carácter tributario.

Siguiendo la clasificación realizada por García Romero[190] la Seguridad Social articula la protección a la familia en torno a una serie de dispositivos a los que tienen acceso los trabajadores/as tanto en activo como desempleados/as con responsabilidades familiares. Así, las cargas familiares se tienen en cuenta:

En la configuración jurídica de prestaciones:

- Para los requisitos de acceso a subsidios de desempleo por agotamiento de la prestación contributiva con cargas familiares y por insuficiente cotización; acceso a ayudas del Plan Prepara, así como al programa de activación para el empleo.
- En cuanto a la pensión de viudedad, se reconoce un mayor porcentaje aplicable a la base reguladora (70% en vez del 52%).
- La cuantía de las prestaciones de desempleo se modulan en función del número de hijos/as a cargo.
- Los hijos/as a cargo también se tendrán en cuenta para calcular la duración del subsidio de desempleo.

Para la asignación de diferentes tipos de "beneficios" considerados como medidas tendentes a reducir la brecha de género (Anexo II):

- Incorporación a la carrera de seguro de los periodos de atención y cuidado de hijos o personas dependientes y de periodos de maternidad o paternidad sin cotización.
- Mejora de la cuantía de la pensión en reconocimiento de la contribución demográfica de la mujer a la Seguridad Social.

A través del reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social específicas del nivel contributivo en los derechos de conciliación durante las situaciones de:

- Maternidad.

[190] GARCÍA ROMERO, Mª Belén, «Medidas de Seguridad Social en respuesta a los retos que plantean las responsabilidades familiares: fomento de la natalidad, conciliación e igualdad de género prestacional», *Revista de Derecho Social*, n.º 74 (junio de 2016): pp. 113-138.

- Paternidad.
- Prestación de riesgo durante el embarazo y la lactancia.
- Prestación para el cuidado de menores afectados de cáncer o enfermedad grave.

Para la compensación de las responsabilidades familiares mediante prestaciones de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva para aquellos/as con un límite de ingresos inferior a 11.576,83 euros. La cuantía anterior se incrementará en un 15 por ciento por cada hijo o menor a cargo, a partir del segundo, este incluido:

- Asignación económica de carácter periódico por cada hijo menor de dieciocho años o mayor de dicha edad y que esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, a cargo del beneficiario/a, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, así como por los menores a su cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción.
- Una prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad.
- Una prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples.

Las prestaciones familiares se recogen en la actualidad en los arts. 235 a 237 (protección a la familia dentro del Título II) y 351 a 362 (prestaciones familiares no contributivas, dentro del Título VI) de la LGSS, debiendo diferenciarse de las prestaciones que ya hemos visto que se articulan a través de los DCPL, puesto que el legislador las ha diferenciado tanto a nivel conceptual como sistemático.

En cuanto a su finalidad y tipología, tienen por objeto principal contribuir al sostenimiento de las cargas que entraña el nacimiento o la adopción de hijos y el mantenimiento de los mismos, especialmente en el caso de familias numerosas o con alguna circunstancia añadida como sería la existencia de un solo progenitor, la discapacidad del hijo, etc. Aunque son esencialmente no contributivas, en rigor debemos distinguir entre dos grandes grupos desde este punto de vista: las contributivas, que consisten esencialmente en el cómputo de cotizaciones por tiempo dedicado a la familia, art. 235 LGSS a 237 LGSS, y las no contributivas, que tienen esencialmente contenido económico, arts. 351 y sig. LGSS.

Por otra parte la normativa tributaria también suele incluir beneficios y ayudas de tipo familiar, en concepto de maternidad o de nacimiento o adopción de hijos. Numerosas Comunidades Autónomas, como veremos, han aprobado leyes propias de protección a la familia o a la infancia. Entre ellas tenemos:

- Deducción por hijo menor de tres años o por adopción o acogimiento[191]
- Mínimos por descendientes[192]
-Deducciones por descendiente menor de tres años con discapacidad[193]

Por último, en mayo de 2015 el Gobierno aprobó el PIAF para el periodo 2015-2017. El PIAF parte de un análisis preliminar de la situación socioeconómica de las familias, en cuyo diagnóstico se revelan datos como el descenso de la natalidad, el incremento del número de hogares con una disminución del número de miembros, la bajada del número de familias con mas de tres hijos, así como el aumento de hogares con dificultades para llegar a final de mes, especialmente familias numerosas y monoparentales. Se apunta por tanto a la necesidad de hacer frente a la caída de la natalidad y al envejecimiento de la población, así como de dar una especial protección a ciertos grupos de familias, identificándose como colectivos prioritarios las familias numerosas, las monoparentales y las que tienen personas con discapacidad. El PIAF se propone diez objetivos generales[194], y para su consecución se desarrollan una serie líneas estratégicas que resumimos a continuación:

[191] El art. 81 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, contempla la posibilidad de reducir la cuota diferencial del IRPF –aunque se puede solicitar la deducción de forma anticipada- en hasta 1.200 euros anuales por cada hijo menor de tres años. En caso de adopción o acogimiento la deducción se podrá practicar durante los tres años siguientes a la fecha de la inscripción en el Registro Civil o, en su defecto, a la fecha de la resolución judicial o administrativa que declare la adopción o el acogimiento. Para ello, la mujer –o el padre en caso de fallecimiento de la madre o que a él se atribuya en exclusiva la guardia y custodia– debe tener derecho a la aplicación del mínimo por descendientes previsto en el art. 58.3 de la Ley del IRPF, en la redacción dada por la Ley 26/2014, y desarrollar una actividad profesional por la que esté dada de alta en un régimen de Seguridad Social o, en su caso, en una mutualidad de previsión social que actúe como alternativa.

[192] El art. 58.3 de la LIRPF, modificado por Ley 26/2014 , con efectos de 1 de enero de 2015, permite rebajar la base imponible en 2.800 euros por cada descendiente menor de tres años en concepto de cuidado de hijos. En los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, esta reducción se podrá practicar, con independencia de la edad del menor, en el período impositivo en que se inscriba en el Registro Civil y en los dos siguientes.

[193] El art. 81 bis de la Ley 35/2006, añadido por la Ley 26/2014 prevé la minoración de la cuota diferencial para aquellos trabajadores por cuenta propia o ajena en alta en el correspondiente régimen de la seguridad social o mutualidad, en hasta 1.200 euros anuales, por cada descendiente con discapacidad con derecho a la aplicación del mínimo por descendientes previsto en el artículo 58 LIRPF/2006.

[194] Desarrollar los principios que deben regir las actuaciones en materia de familia; avanzar en su protección social, jurídica y económica; afrontar los retos sociodemográficos relacionados con el envejecimiento y la baja natalidad, con apoyo a la maternidad; garantizar la sostenibilidad y cohesión social con apoyo a las familias; favorecer la solidaridad intergeneracional e intrafamiliar; construir una sociedad solidaria con las familias; dar apoyo preferente a

-Protección social y económica de las familias: establecimiento de ayudas de 1.200 euros al año para familias numerosas y con personas con discapacidad a su cargo, así como para familias monoparentales con dos hijos.

-Conciliación y corresponsabilidad: el PIAF reconoce abiertamente que "hombres y mujeres aún encuentran dificultades para conciliar la vida familiar y laboral, por lo que todavía resulta necesario continuar trabajando para ayudarles a lograr este objetivo" mediante el establecimiento de medidas que traten de equilibrar el uso del tiempo dedicado al trabajo remunerado y a la familia. "Con ellas se trata de facilitar instrumentos que les permitan tener los hijos que deseen sin necesidad de renunciar –ni el padre ni la madre- a un empleo remunerado." En este sentido se dice que "la segunda demanda de la población a las políticas sociales es flexibilizar la jornada laboral de trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares (48%)" frente al bajo uso de permisos como la reducción de jornada y las excedencias. A fin de acabar con estas dificultades, el Plan reconoce que "el Gobierno ya ha aprobado o está trabajando en proyectos que ayudarán a mejorar en esa dirección: el Plan Especial para la Igualdad de Mujeres y Hombres en el ámbito laboral y contra la discriminación salarial (2014-2016); el Plan de Acción para la Igualdad de Mujeres y Hombres en la Sociedad de la Información; y el Plan para la Promoción de la Mujer en el medio Rural, entre otros". En cuanto a las medidas concretas a adoptar relacionadas con el mercado de trabajo y la actividad laboral enumera las siguientes:

- Fomentar el establecimiento de una mayor flexibilidad en la ordenación de la jornada para atender necesidades puntuales de conciliación (bolsa de horas recuperables) en el ámbito de la negociación colectiva.
- Desarrollar proyectos piloto dentro de la Administración General del Estado que promuevan una distribución y usos del tiempo de trabajo que incidan en una mayor conciliación y corresponsabilidad.

las familias en situaciones especiales; erradicar las desigualdades con origen en la situación familiar; avanzar en un mayor conocimiento de la institución familiar; y evaluar los resultados y el impacto de las políticas de familia.

- Ampliar y mejorar la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, para que cubra a aquellos que cuidan a menores en régimen de acogimiento.
- Mejorar las medidas de conciliación de los trabajadores/as autónomos.
- Analizar la necesidad de una regulación del teletrabajo.
- Fomentar la protección de las familias de los miembros de las Fuerzas Armadas sometidas a movilidad forzosa de alguno de los padres, madres o tutores, mediante mecanismos de flexibilización de horarios para los trabajadores desplazados forzosos cuyas familias permanezcan en la ciudad de origen; así como a través de programas de formación y fomento del empleo de los cónyuges desempleados por causa del desplazamiento militar forzoso.

-Apoyo a la maternidad y entorno favorable a la vida familiar: a través del impulso de programas de educación para la salud afectivo-sexual adaptados a los distintos niveles educativos, acciones para prevenir embarazos no deseados, así como iniciativas sociales de apoyo a mujeres embarazadas y madres en situación de vulnerabilidad o riesgo social, formación de las menores embarazadas, adaptando de forma temporal su período de escolarización, así como iniciativas similares para que continúen sus estudios. No obstante la medida “estrella” del Plan es la nº 80 dedicada al apoyo a la maternidad y al reconocimiento del papel de las mujeres que deciden tener hijos. El Plan indica que en la actualidad son las mujeres las que mayoritariamente dejan de forma temporal su trabajo para atender a sus hijos, lo que repercute de forma directa no sólo en sus ingresos, sino también en el momento de la jubilación como una "doble penalización". Para paliar esta situación, el Plan introduce un complemento a la cuantía de la pensión contributiva para las mujeres que hayan tenido dos o más hijos. Se trata de un complemento a la jubilación (o a la pensión de viudedad o de incapacidad) para las nuevas pensiones, de forma que el sistema de Seguridad Social reconozca la "aportación demográfica" de las familias como elemento clave para la sostenibilidad futura del sistema. El complemento aplicable desde el 1 de enero de 2016 consiste en un importe equivalente al resultado de aplicar a la pensión inicialmente calculada un porcentaje determinado: por haber tenido dos

hijos será un 5 por 100, por haber tenido tres hijos, un 10 por 100, y por haber tenido cuatro o más, un 15 por 100.

-Parentalidad Positiva: a través del apoyo a la realización de programas sociales de educación familiar y crianza saludable y positiva de los hijos.

-Apoyo a familias con necesidades especiales: se consideran en este apartado, a quienes tienen enfermos graves, mayores, familias LGTB, familias inmigrantes, de empleados españoles en el servicio exterior o madres reclusas o ex reclusas con menores. Todos estos colectivos cuentan con medidas específicas en el Plan, que además contempla medidas de intervención para combatir la conflictividad familiar y erradicar la violencia de género o en la familia.

-Coordinación, cooperación y transversalidad: Incluye la mejora del conocimiento sobre las familias, con estudios, estadísticas, encuestas y de la coordinación interadministrativa. También se asegurará que todos los proyectos normativos y reglamentos incluyan un informe de impacto familiar.

En conclusión, podemos decir que, pese a lo aparentemente ambicioso del PIAF, en muchos sentidos la protección de la familia sigue siendo, al igual que la igualdad de género, un propósito meramente programático o formulario: en primer lugar sigue echándose en falta la necesaria perspectiva de género en los objetivos a abordar en el PIAF. En este sentido, la promoción de la maternidad mediante el establecimiento de cuantías que incrementan la pensión de jubilación de las mujeres en función del número de hijos queda muy lejos de favorecer la natalidad y más aún de promover la igualdad efectiva de mujeres y hombres. El legislador sigue dando la espalda al hecho evidente de que las personas en edad de procrear no tienen hijos porque en muchos casos no cuentan con un trabajo estable, ni un salario digno para mantenerlos, porque carecen de medidas efectivas de conciliación que les permitan conciliar de manera activa ambas esferas y habitualmente no pueden prescindir de uno de los sueldos, y porque no tienen a su disposición una red fuerte de guarderías públicas y de servicios de ayuda al cuidado de dependientes. Por lo tanto, ofrecer un incentivo al final de la carrera laboral a las mujeres para que sigan trayendo hijos/as al mundo no deja de ser un parche mas que sigue residenciando de nuevo la responsabilidad de la aportación demográfica en la

mujer. En consecuencia, en vez de tratar la raíz del problema, se sigue excluyendo a los varones del sistema familiar. Consideramos que se trata de una medida que, a falta de su desarrollo reglamentario, podría contravenir la jurisprudencia TJUE, *Asunto Roca Álvarez*, C 104/09, que establece que medidas de acción positiva exclusivamente femeninas reafirman la discriminación por razón de sexo/género que sufren las mujeres.

Más positivo resulta el hecho de que se reconozca en el PIAF la necesidad de establecer medidas de conciliación que faciliten la adaptación y distribución horaria y que, como se afirma en el mismo, es reivindicado por más de la mitad de los trabajadores/as, si bien se habla de "necesidades puntuales de conciliación", cuando en realidad estas suelen ser mas bien de carácter permanente o de larga duración.

Por último, llama la atención el hecho de que el PIAF incluya a las familias LGTB como colectivos con necesidades especiales.

2.4. Una aproximación a la conciliación de la vida personal y laboral extramuros de la relación laboral común por cuenta ajena

A lo largo de la última década, los DCPL se han ido extendiendo mas allá del ámbito de aplicación de los trabajadores/as por cuenta ajena para empezar a reconocerse en otros regímenes especiales de Seguridad Social, relaciones laborales especiales, así como otros colectivos de trabajadores/as. Se produce de este modo un proceso de expansión subjetiva, suficientemente significativo de la consciencia del legislador sobre la importancia y el carácter fundamental de tales derechos.

A continuación abordaremos brevemente las particularidades de cada uno de estos colectivos con el fin de completar el marco normativo general sobre los derechos de conciliación.

A) Los trabajadores/as autónomos:

La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, regula su régimen jurídico. Esta norma declara aplicables a los trabajadores autónomos los derechos fundamentales reconocidos con carácter general en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por España, reconociéndoles específicamente tanto

derechos de carácter personal como profesional. Dentro de los derechos individuales, se encuentran aquellos regulados para el ejercicio de su actividad profesional. Concretamente el art. 4.3 g) reconoce el derecho de los trabajadores/as autónomos económicamente dependientes a "la conciliación de su actividad profesional con la vida personal y familiar, con el derecho a suspender su actividad en las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, en los términos previstos en la legislación de la Seguridad Social ". El art. 16 incluye asimismo como interrupciones justificadas de la actividad profesional, entre otras, la necesidad de atender responsabilidades familiares urgentes, sobrevenidas e imprevisibles. No obstante, lo cierto es que la posibilidad de su ejercicio activo requerirá una legislación de apoyo en lo que se refiere a la relación del autónomo, en cuanto persona, con el cliente o con otros sujetos (como la Administración pública).

Mas adelante, la Ley 25/2015 de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, de acuerdo con la previsión de la disposición final segunda de la Ley 20/2007, que establece la convergencia progresiva de los derechos de los trabajadores/as autónomos en relación con los establecidos para los trabajadores/as por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, adopta nuevas medidas para cumplir dicho objetivo: así, por lo que a la conciliación se refiere, el art. 9 prevé una bonificación en las cuotas de Seguridad Social para los trabajadores/as autónomos por conciliación de la vida personal y familiar, vinculada a la contratación de un trabajador para sustituir al autónomo durante determinadas situaciones familiares[195].

[195] Artículo 30. Bonificación a trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación.
1. Los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos tendrán derecho, por un plazo de hasta doce meses, a una bonificación del 100 por cien de la cuota de autónomos por contingencias comunes, que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador en los doce meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida el tipo de cotización mínimo de cotización vigente en cada momento establecido en el citado Régimen Especial en los siguientes supuestos:
a) Por cuidado de menores de 7 años que tengan a su cargo.
b) Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada.
c) Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento o una discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, cuando dicha discapacidad esté debidamente acreditada, siempre que dicho familiar no desempeñe una actividad retribuida

B) Los empleados/as públicos:

Se rigen por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante EBEP, que ofrece un régimen de derechos básicos común tanto a funcionarios como al personal laboral, bajo el presupuesto de que todos ellos realizan su trabajo en condiciones similares y en un ámbito empresarial común. Este estatuto incluye derechos de acción colectiva y derechos individuales, a los que han de sumarse en su caso los derechos constitucionales y los reconocidos en normas internacionales o europeas. Por lo que respecta a los derechos individuales, el art. 14 en su punto j) dispone el derecho de los empleados/as públicos a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, laboral y familiar. La LCVFL 39/1999 y la LOI 3/2007, por su parte, han introducido y desarrollado los DCPL en las leyes generales sobre la función publica, siendo éstos básicamente los mismos que los previstos en el régimen general de la S.Social.

No obstante cabe destacar que en los últimos años la Administración General del Estado se desmarca del ET, con una regulación mas generosa y amplia de los derechos de conciliación:

En primer lugar, en cuanto al permiso de lactancia, el Acuerdo de la Comisión Permanente de la Comisión Superior de Personal de 25 de julio de 2013, en interpretación del EBEP, art. 48.f) establece que los padres, empleados públicos, pueden disfrutar del permiso de lactancia, incluso en el caso de que la madre no trabaje**.** De este modo puede ser ejercido indistintamente por el funcionario o la funcionaria, si bien solo puede ser ejercido por uno de los progenitores en el caso de que ambos trabajen. El Acuerdo hace suya la interpretación que del permiso de lactancia ya había hecho la jurisprudencia de TJUE, *Asunto Roca-Álvarez* 30-9-10, C-104/09[196].

En el caso de que el trabajador lleve menos de 12 meses de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, la base media de cotización se calculará desde la fecha de alta de la bonificación disfrutada.

[196] En el caso de que se acumule en jornadas completas, la duración máxima debe ser la misma, con independencia de que sea disfrutado por el funcionario o la funcionaria. Es importante destacar que únicamente se puede disfrutar a partir de la finalización del permiso por parto o, en su caso, una vez que haya transcurrido el tiempo equivalente al mismo, tanto si se disfruta de forma acumulada, como si no. De forma excepcional, cuando se acrediten necesidades especiales del cuidado del menor, se puede conceder el permiso en un momento posterior a la finalización del permiso por parto y solo por el tiempo que reste hasta el cumplimiento del primer año de vida del menor.

Al mismo tiempo, la Administración comienza a hacer especial hincapié en la relación entre la conciliación y el tiempo de trabajo, avanzando en las posibilidades de el derecho a la adaptación de jornada, potenciando la flexibilidad horaria de los empleados/as públicos, así como la conciliación con la vida profesional de otros aspectos de la vida personal como la recuperación de la salud o la formación. Por una parte el II Plan de igualdad entre hombres y mujeres en la AGE[197], aprobado a finales de 2015, define los objetivos y medidas prioritarias para eliminar cualquier tipo de discriminación por razón de sexo que pudieran persistir en este ámbito, a fin de alcanzar la plena igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. El Plan responde en particular a tres objetivos fundamentales: reducir las desigualdades que puedan persistir en el ámbito de la carrera profesional de las empleadas públicas, prestar una especial atención a las víctimas de violencia de género así como la prevención de situaciones de acoso, y apoyar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la corresponsabilidad. Para ello se se articula en torno a siete grandes ejes, siendo el cuarto el dedicado a lograr a través del tiempo de trabajo, la conciliación y corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral.

Más concretamente, es de destacar la Resolución[198] por la que se actualiza el régimen de jornada y horarios de trabajo de aplicación al personal al servicio de la AGE y sus Organismos Públicos, y de acuerdo con la cual:

-Se aumentan el número de días de permiso por asuntos particulares de cinco a seis.

-Disminuye la duración de la jornada general de promedio en cómputo anual, que pasa de 1.649 a 1.642 horas anuales.

-Se incrementan los días de vacaciones en función de la antigüedad[199].

---

[197] SE AAPP Resolución 26/11/15, BOE 10/12/15.

[198] AAPP Resolución 28/12/12 redac. SE AAPP Resolución 16/09/15, BOE 18/09/15 que incorpora las recientes modificaciones legislativas introducidas por el RDL 10/2015.

[199] Con respecto al aumento de los días de vacaciones en función de la antigüedad, se tendrá derecho al disfrute de los siguientes días adicionales de vacaciones anuales:
- Quince años de servicio: 23 días hábiles.
- Veinte años de servicio: 24 días hábiles.
- Veinticinco años de servicio: 25 días hábiles.
- Treinta o más años de servicio: 26 días hábiles.
Dichos días se podrán disfrutar desde el día siguiente al de cumplimiento de los correspondientes años de servicio.

-Se incluyen para los empleados/as públicos dos días adicionales de permiso por asuntos particulares desde el día siguiente al del cumplimiento del sexto trienio, incrementándose, como máximo, en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo, aumentándose hasta el día 31 de enero del año siguiente el periodo anual de disfrute de los días de permiso por asuntos particulares y vacaciones.

Del mismo modo, también a finales de 2015 la Administración dicta una resolución[200] por la que se establecen instrucciones sobre jornada y horario de trabajo del personal al servicio de la AGE. En su exposición de motivos, se reconoce que: "la Administración del Estado ha avanzado significativamente en lo que se refiere a la mejora de las condiciones de trabajo relacionadas con la flexibilidad de la jornada, en busca de las máximas posibilidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Si bien la existencia de distintas modalidades de flexibilidad horaria implica una mayor especialización administrativa en su gestión y su control, el resultado de las mismas conduce a avanzar hacia otras posibilidades de flexibilización en el cumplimiento de la jornada de trabajo. Se plantean, en este sentido, nuevas posibilidades de flexibilización destinadas a atender mejor las necesidades personales y/o familiares de los empleados públicos, sin menoscabo de las respectivas obligaciones profesionales y de la actividad laboral requerida. Por otra parte, y en esta misma línea de atención específica hacia la existencia de circunstancias personales que puedan concurrir en el empleado público, existen determinadas situaciones, relacionadas con modalidades específicas de tratamientos médicos, en las que el empleado público que ya ha recibido el alta y por tanto ha recuperado su capacidad funcional, se ve afectado por una situación en la que, si bien no hay una incapacidad funcional, la realización de una jornada completa puede implicar un cierto nivel de dificultad o penosidad. Por ello se acuerda que excepcionalmente se pueda reconocer por la Administración una adaptación de la jornada de trabajo en el momento de su reincorporación al mismo, con las debidas garantías que eviten un uso abusivo de esta figura". Se incorporan así dos nuevas medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la función pública:

[200] SE AAPP Resol 28-12-12 redacc SE AAPP Resol 25-11-15, BOE 10-12-15.

-Ampliación de la jornada intensiva de verano para los empleados con hijos o personas a cargo.

-La posibilidad de adaptación progresiva de la jornada tras un tratamiento de radioterapia, quimioterapia u otros de especial gravedad.

Por último, cabe destacar que a partir del 1 de enero de 2016[201], al igual que en el régimen general de la S.Social, se establece un complemento por maternidad para incrementar las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado, beneficiándose de un complemento a su pensión las mujeres que hayan tenido hijos naturales o adoptados y sean beneficiarias de las pensiones de jubilación, retiro de carácter forzoso, incapacidad permanente para el servicio o inutilidad y de viudedad.

C) Los socios/as de cooperativas de trabajo asociado:

Se regulan por lo dispuesto en la Ley Estatal de Cooperativas 27/1999, de 16 de julio, además de sus propias leyes autonómicas en la materia. El art. 83.2 de dicha ley, aun sin mencionar expresamente el derecho de los socios/as cooperativistas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, establece permisos por motivos similares a los reconocidos en favor del trabajador/a asalariado en supuestos de matrimonio, nacimiento de un hijo o accidente o enfermedad grave u hospitalización o fallecimiento de un familiar hasta el segundo grado, cambio de domicilio habitual, y cumplimiento de un deber público, personal e inexcusable. Además, dispone que los Estatutos, el Reglamento de régimen interno o, en su defecto, la Asamblea General podrán ampliar los supuestos de permiso y el tiempo de duración de los mismos y, en todo caso, deberán fijar si los permisos, a efectos de la percepción de los anticipos societarios, tienen o no el carácter de retribuidos o la proporción en que son retribuidos. También, en virtud del art. 84, tienen derecho a los descansos previstos por la LCVFL 39/1999 para los supuestos de maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción y acogimiento y para los de paternidad y riesgo durante la lactancia, introducidos por la DA11 de la LOI 3/2007.

[201] L 48/2015 disp.final 1ª, BOE 30-10-15.

D) Los empleados/as del hogar:

Se encuentran regulados por el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, que se ocupa de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Tampoco el texto hace mención a los derechos de conciliación del empleado/a de hogar, si bien se produce una mejora importante en este sentido respecto de la legislación precedente ya que, por una parte, el art. 9.1 establece la posibilidad de que el horario se fije "por acuerdo entre las partes", lo que de algún modo introduce la potestad de una cierta flexibilidad o capacidad de adaptación horaria por parte del trabajador/a. Del mismo modo el art. 9.6 dispone que el empleado/a del hogar tiene derecho al disfrute de las fiestas y permisos previstos en el artículo 37 del ET.

E) Los abogados/as que trabajan en despachos ajenos:

Se rigen por el RD 1331/2006, de 17 de noviembre, que regula la relación laboral de carácter especial de los abogados/as que prestan servicios en despachos de abogados/as individuales o colectivos. En lo no previsto en esta norma, el ET y la restante legislación laboral será de aplicación general actuando como normas supletorias en todo aquello que no sean incompatibles con la naturaleza y las características especiales que concurren en esta relación laboral. El art. 15 establece que los abogados/as tendrán derecho a los descansos, vacaciones, fiestas y permisos que disfruten el resto de los trabajadores/as, si bien podrán establecerse fechas o momentos distintos de su disfrute en atención al carácter perentorio o improrrogable de los plazos o de las actuaciones profesionales que tengan que realizar y de los asuntos que tengan encomendados. Del mismo modo, el art. 16 recoge el derecho de los abogados/as a obtener permisos retribuidos para concurrir a actividades formativas para el reciclaje y perfeccionamiento profesional en las que tengan interés el despacho y el abogado/a, así como disfrutar de permisos no retribuidos con finalidades formativas distintas de las anteriores. Las condiciones en que se podrán disfrutar estos derechos se pactarán en los términos previstos en los convenios colectivos o en el contrato de trabajo individual.

F) Las Fuerzas Armadas:

La LOI 3/2007 extiende los DCPL a las Fuerzas Armadas en la disposición adicional 20ª. Por su parte, la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, dispone en su artículo 22.3 que los militares tienen derecho a disfrutar de los permisos, vacaciones y licencias establecidos con carácter general para el personal al servicio de la AGE, con las necesarias adaptaciones a la organización y funciones específicas de las Fuerzas Armadas que se determinen por orden del Ministro de Defensa. En ese mismo artículo, se establece que los militares estarán en disponibilidad permanente para el servicio, que las exigencias de esa disponibilidad se adaptarán a las características propias del destino y a las circunstancias de la situación, y que las necesidades del servicio prevalecerán sobre las fechas y duración de los permisos, vacaciones y licencias, si bien las limitaciones que se produzcan deben estar razonadas; y que la aplicación del criterio de necesidades del servicio se hará siempre de forma justificada, motivada e individualizada, y en todo caso se comunicará al militar afectado/a la decisión adoptada. En la orden ministerial DEF/253/2015, de 9 de febrero, se contempla el régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias que se aplicará al personal militar, que se ajusta a lo contemplado para el personal civil, si bien, con las adaptaciones a las características propias de la institución militar. Se incluyen en la misma varias medidas orientadas a mejorar la conciliación de la vida personal, familiar y profesional:

-Un permiso para la asistencia a técnicas de fecundación o reproducción asistidas.

-La nueva modalidad en el disfrute del permiso por paternidad, que ofrece la posibilidad de disfrutarlo durante el periodo en el que transcurre el de maternidad, o bien, a continuación de la finalización de éste último.

-También, y con la citada finalidad de dar cumplimiento al principio de conciliación de la vida personal, familiar y profesional por una parte, y la formación y capacitación del militar, indispensables, por otra, la orden ministerial introduce unos criterios en la reducción de jornada por motivos de conciliación, referidos a la posible exoneración de las guardias, servicios y maniobras que tienen por objeto alcanzar el mencionado equilibrio entre conciliación y formación y capacitación del personal militar.

- Se incluyen, asimismo, nuevos permisos destinados a la formación del personal militar, como son aquellos orientados a la realización de cursos impartidos por otras administraciones ajenas a la Militar, así como los previstos para orientar a los militares interesados en nuevas salidas profesionales.

G) La Guardia Civil:

La LOI 3/2007 extiende los DCPL a este colectivo en su disposición adicional 24. Por su parte, la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, en su art. 29, establece que los miembros de la Guardia Civil tendrán derecho a disfrutar de las vacaciones, permisos y licencias previstos por la legislación general de los funcionarios de la AGE, adaptado reglamentariamente a las funciones y cometidos del Cuerpo, quedando su duración y forma de ejercicio determinadas reglamentariamente.

H) La Carrera Judicial:

La LOI 3/2007 incluye a estos profesionales, a efectos de DCPL, en su disposición adicional 3ª. Mas tarde, en 2011 se modifica el Reglamento de la Carrera Judicial, por acuerdo de 28 de abril de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, dictado al amparo del artículo 110.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el ámbito de la potestad atribuida al Consejo para el desarrollo del régimen jurídico de los distintos aspectos relacionados con la carrera y el estatuto de los jueces y magistrados/as. El Reglamento reconoce en su exposición de motivos el impacto que sobre el estatuto judicial ha tenido la LOI 3/2007 y su plasmación en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ello ha dado lugar a una serie de cambios que son básicos en la construcción de dicho estatuto, dando lugar a la aplicación de manera transversal del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y, en particular, al desarrollo de los derechos vinculados a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, cuya finalidad es la de avanzar en la corresponsabilidad. Así, en el Título V, relativo a los magistrados suplentes y jueces sustitutos, se recoge expresamente la posibilidad de que los jueces sustitutos puedan actuar en funciones de refuerzo cuando el titular del órgano disfrute de reducción de la jornada durante las horas de audiencia pública para la conciliación de la vida personal, familiar o laboral, o

por razón de violencia sobre la mujer. Por otro lado, la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, añade a esta un nuevo Libro VIII, denominado «Del Consejo General del Poder Judicial», en el que se incluye la creación de una "Comisión de igualdad" encargada de "asesorar al Pleno sobre las medidas necesarias o convenientes para integrar activamente el principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ejercicio de las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial y, en particular, le corresponderá elaborar los informes previos sobre impacto de género de los Reglamentos y proponer medidas para mejorar los parámetros de igualdad en la carrera judicial"[202].

Dentro del Título XI, correspondiente a las situaciones administrativas, se regulan diversas modalidades de excedencia voluntaria relacionadas con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral o la violencia sobre la mujer.

Más en profundidad, en el Título XII, correspondiente a las licencias y permisos, se abordan una serie de novedades en lo que a conciliación se refiere:

- La licencia por razón de matrimonio pasa de ser quince días naturales a ser de días hábiles.
- Se atempera el rigor para la concesión de los permisos de tres días por asuntos propios en el supuesto en el que los días solicitados coincidieran con señalamientos o vistas previstas con anterioridad a la solicitud.
- Se introduce una nueva regulación respecto de las licencias y permisos para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. La posibilidad que ofrece el artículo 373.7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en orden a adaptar las particularidades de la Carrera Judicial a la normativa de la Administración General del Estado en esta materia, permite unificar bajo la figura de la reducción de la jornada en horas de audiencia pública todos los supuestos que dan derecho a la ausencia del trabajo y a la reducción de jornada en la normativa prevista para la Administración General del Estado.
- Dentro de los apartados correspondientes a las licencias por enfermedad, el Reglamento introduce la posibilidad de realizar una jornada reducida, siempre y cuando las dolencias que padezca el afectado le permitan continuar desempeñando el cargo con una intensidad menor a la habitual.

[202] Art. 610.4 LOPJ.

- Por último, también debe destacarse, dentro del apartado correspondiente a las licencias por estudios, que los jueces y magistrados podrán disfrutar de ellas, sin limitación de haberes, para realizar estudios en general o relacionados con la función judicial.

Podemos concluir este apartado subrayando la lenta pero imparable consolidación de los DCPL en cualquier ámbito donde las personas realicen un trabajo, más allá del régimen general de los trabajadores por cuenta ajena del ámbito privado. Se observa un desarrollo exponencial de las medidas de flexibilidad interna o derechos de adaptación horaria en favor de los trabajadores/as públicos, así como el incremento de permisos retribuidos para asuntos propios o particulares de la vida personal. La corresponsabilidad se proclama como el nuevo enfoque a la hora de orientar todos los DCPL, en cuanto manifestación de la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Por último, destaca también de manera muy positiva el desarrollo de la conciliación de la vida profesional con otros aspectos de la vida personal de los trabajadores/as, mas allá del cuidado como es la formación profesional, así como la recuperación de la salud.

2.5. Evolución y desarrollo de la conciliación de la vida personal y laboral en el ámbito autonómico

En este apartado estudiaremos el ingente desarrollo normativo en el ámbito autonómico de la conciliación; y es que la evolución que han experimentado en ese contexto durante los últimos años es altamente significativa de la importancia que el legislador autonómico les concede. Como veremos, el derecho a la conciliación se reconoce en la mayoría de los Estatutos de Autonomía como uno de los principios rectores que han de regir sus actuaciones, a lo que debe añadirse que numerosa legislación regula con posterioridad diversas manifestaciones del mismo.

A) Los derechos de conciliación en los Estatutos de Autonomía

Los Estatutos que se han reformado durante la última década, -Comunidad Valenciana, Baleares, Cataluña, Andalucía, Aragón, Castilla-León y Extremadura-

hacen mención, en su mayor parte, a la promoción de la conciliación como uno de los principios rectores que han de regir sus actuaciones junto con la igualdad de género, la protección a la familia y el derecho de las personas a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. En algunos, este objetivo se concreta además en los apartados dedicados al empleo y las relaciones laborales.

En el cuadro Anexo nº IV se ha recogido el articulado de aquellos Estatutos de Autonomía que de alguna manera recogen, bien de forma explícita o bien implícitamente, la cuestión de la conciliación de la vida personal y laboral.

Es de destacar de manera muy positiva que la conciliación se presente como elemento esencial para garantizar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, y asimismo ligada al derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, considerándose por tanto como un requisito imprescindible para garantizar unas condiciones de bienestar a la ciudadanía. De este modo, en materia de igualdad de género, las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas reformadas desde 2006 han completado nuestro sistema constitucional, desarrollando muchas de las potencialidades que encierra el principio de igualdad y de no discriminación por razón de sexo/género. Se puede decir, por tanto, que ello supone al menos un avance jurídico formal en la medida en que la inclusión de los derechos de conciliación en la norma institucional autonómica básica pone de manifiesto su centralidad en la agenda política.

Al margen del debate sobre su carácter –derechos o principios-[203] no hay que olvidar que los DCPL versan principalmente sobre su dimensión jurídico-laboral. Por ello, y dado que las Comunidades Autónomas no tienen competencias legislativas en materia laboral y de seguridad social, excepto en su condición de empleadoras públicas -lo cual limita indudablemente sus posibilidades de intervención-, estos derechos deben contemplarse desde su dimensión prestacional y, como indica Salazar Benítez, más como un principio rector de las políticas autonómicas que como un derecho fundamental[204]. Aun así, las Comunidades Autónomas, como veremos a continuación, pueden generar e impulsar múltiples políticas de igualdad y por ende de conciliación; como empleadoras, intervienen en la negociación de las condiciones laborales del personal a su servicio; como legisladoras de determinadas materias sobre las que tienen

[203] STC 247/07 (FJ14) y STC 31/2010.

[204] SALAZAR BENITEZ, Octavio, «La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 14 (2012): pp. 15.

competencias -por ejemplo, la dependencia, la educación, los horarios comerciales, las guarderías públicas, etc.- pueden actuar indirectamente en favor de la conciliación.

B) Los derechos de conciliación en la legislación autonómica

La regulación autonómica en la materia que nos ocupa ha sido prolífica y, en algunos casos, incluso más avanzada que la regulada en el ámbito estatal. No obstante, tal desarrollo normativo, como veremos, no ha tenido un carácter uniforme ni en el momento de su aprobación, ni en sus denominaciones, ni en los contenidos de las distintas leyes autonómicas de igualdad. Algunas Comunidades tempranamente habían considerado como posible el legislar sobre igualdad, ya que las competencias en materia de políticas sociales afectaban al ámbito de las políticas de género, pero ha sido principalmente tras las reformas de los Estatutos de Autonomía cuando se ha clarificado la posibilidad de asumir competencias en materia de regulación de derechos, y se ha manifestado la posibilidad de desarrollarlos no sólo en los Estatutos, sino también a través de leyes sectoriales. De este modo, la mayoría de Comunidades Autónomas cuentan con su propia ley de igualdad entre mujeres y hombres, si bien con distintas denominaciones, algunas anteriores a la propia LOI 3/2007 estatal. En todas se hace mención a la conciliación. Algunas como Castilla-León, el País Vasco o Cataluña cuentan también con una ley de apoyo a las familias, donde se regulan igualmente derechos de conciliación. Otras Comunidades como Madrid, Aragón, La Rioja o Cantabria carecen de su propia ley de igualdad autonómica, si bien regulan determinados aspectos de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y de la conciliación de la vida personal y laboral en normas de rango inferior a las que haremos referencia[205].

[205] Así, y en relación con los contenidos de los derechos de conciliación desarrollados en el ámbito autonómico que pasaremos a analizar en mayor detalle, se han tenido en cuenta las siguientes normas:
Asturias: Ley 2/2011 de 11 de marzo para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género,
Andalucía: Ley 12/2007 de 26 de noviembre de promoción de la igualdad de género,
Aragón: Ley 2/1993, de 19 de febrero, por la que se crea el Instituto Aragonés de la Mujer; Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres,
Baleares: Ley 12/2006 de 20 de septiembre, de la mujer,
Canarias: Ley 1/2010 de 26 de febrero, de normas reguladoras de igualdad entre mujeres y hombres,
Cantabria: Orden de 17 de abril 2001 que aprueba y regula la convocatoria de ayudas destinadas a fomentar la participación de la mujer en el mercado de trabajo de Cantabria,
Cataluña: Ley 18/2003, de 4 de julio de apoyo a las familias de Cataluña;
Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

En una primera impresión salta a la vista que las Comunidades Autónomas han legislado intensamente en los últimos años en materia de conciliación de la vida laboral y familiar, tanto en el nivel de política general como en relación al personal funcionario, laboral y estatutario a su servicio, lo cual resulta muy positivo porque pone de manifiesto, como decíamos anteriormente, su importancia creciente en la última década y su progresiva configuración como un nuevo derecho social fundamental para la ciudadanía.

No obstante, podemos decir que se aprecia con frecuencia en la redacción del articulado referido a la conciliación una cierta falta de rigor tanto en la concreción como en la determinación de los objetivos y medidas para su consecución, excepto en algunos supuestos determinados; así, en la mayoría de las normas analizadas se fijan una serie de declaraciones programáticas que no se concretan más adelante en medidas específicas de actuación; por otra parte, además del empleo en la redacción de tiempos verbales que en la mayoría de ocasiones no denotan obligación -sino meras recomendaciones o propósitos-, se echan en falta algunas medidas de evaluación, control y seguimiento de lo dispuesto en el articulado, así como de las acciones emprendidas al respecto. Del mismo modo, se aprecia una cierta confusión terminológica: por ejemplo, en algunos casos se consideran la conciliación y la corresponsabilidad como dos acciones distintas; también se observa una descontextualización del concepto de corresponsabilidad en algunas de las leyes

---

Castilla-La Mancha: Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres,
Comunidad de Madrid: Decreto 105/2009 de 23 de diciembre, que regula la financiación del primer ciclo de Educación Infantil en la Comunidad; Orden 1425/2009 de 3 de junio, que establece las bases reguladoras de las subvenciones a instituciones sin fines de lucro para el desarrollo de programas que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y las convoca para el año 2009; Orden 1154/2006 de 25 de mayo, que establece el programa de ayudas de cuidados a personas dependientes y/o desplazamientos para las alumnas que participan en cursos de formación profesional ocupacional o formación en igualdad, y Orden 2595/2005 de 13 de junio que regula las medidas de fomento de proyectos empresariales desarrollados por mujeres que potencien principalmente la conciliación de la vida laboral y personal cofinanciadas por el Fondo Social Europeo,
Comunidad Valenciana: Ley 9/2003 de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres; Ley 5/2011 de 1 de abril de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven y la Ley 4/2012 de 15 de octubre de la Generalitat, por la que se aprueba la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana,
Castilla-León: Ley 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y Ley 1/2007 de 7 de marzo, de medidas de apoyo a las familias,
Extremadura: Ley 8/2011 de 23 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género,
Galicia: Ley 2/2007 de 28 de marzo del trabajo en igualdad de las mujeres,
Murcia: Ley 7/2007 de 4 de abril para la igualdad entre mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género,
Navarra: Ley Foral 33/2002 de 28 de noviembre, para el fomento de la igualdad de oportunidades,
País Vasco: Ley 4/2005 de 18 de febrero, de igualdad de mujeres y hombres; Ley 13/2008 de 12 de diciembre, de apoyo a las familias,
Rioja (La): Decreto 12/2003, de 4 de abril, que fija medidas de apoyo a la familia, a la conciliación de la vida laboral y familiar, y a la inserción y promoción laboral de las mujeres.

analizadas, como cuando se habla del deber de mujeres y hombres hacia la corresponsabilidad[206]; del mismo modo, la "feminización" de la conciliación está presente en numerosas normas[207], al atribuir esas tareas de cuidado a las mujeres. En otras ocasiones se reproducen aspectos que ya se encuentran recogidos en la legislación estatal o en la jurisprudencia, cuestiones generales tales como la prohibición de discriminación por razón de sexo, o más específicas como el teletrabajo y el trabajo a domicilio[208], o el disfrute de vacaciones en distinto ejercicio cuando se ha incorporado la trabajadora después de un permiso de maternidad[209] -donde se llega incluso a regular en contra de la propia doctrina comunitaria al limitar el ejercicio del derecho de vacaciones mas allá del primer semestre siguiente al citado año natural[210]-. Se detectan asimismo medidas falsamente protectoras que redundan en los roles sexistas, al establecer la prioridad para las embarazadas en la elección del período de vacaciones[211]. Finalmente, aparece alguna redacción incongruente que nada tiene que ver con el enunciado del propio articulado[212], así como ciertas influencias inter-administraciones en la redacción de las leyes de igualdad.

Los principales temas que comprenden tanto declaraciones programáticas como acciones y medidas específicas en materia de conciliación de la vida personal y laboral en el ámbito autonómico son los siguientes:

a) Corresponsabilidad
b) Custodia compartida en la ruptura de la convivencia de los padres
c) Valoración del trabajo no remunerado realizado en el ámbito familiar
d) Maternidad
e) Paternidad
f) Flexibilización de la jornada laboral

[206] En nuestra opinión sería más adecuado definir la corresponsabilidad como el deber y el derecho de los hombres de participar en las tareas domésticas y de cuidado familiar.

[207] Por ejemplo: art. 2 Decreto 12/2003 La Rioja.

[208] Art. 42 Ley 1/2010 Canarias.

[209] Art. 43.5 Ley 12/2010 Castilla La Mancha.

[210] Art. 60.4 ley 8/2011 Extremadura.

[211] Art. 60.3 Ley 8/2011 Extremadura.

[212] Art. 57.4 Ley 8/2011 Extremadura.

g) Promoción de Planes de Igualdad y conciliación así como otras ayudas a las empresas

h) Políticas del tiempo y el tiempo en la ciudad

i) Servicios públicos para el apoyo al cuidado

Pasamos a analizarlos de seguido:

a) Corresponsabilidad:

Del estudio de la normativa autonómica, y siguiendo a Martínez Yañez[213], se puede observar una evolución en la concepción normativa del principio de corresponsabilidad, ya que si bien antes de la entrada en vigor de la LOI 3/2007 algunas leyes autonómicas de igualdad mencionaban el principio de corresponsabilidad como garantía del principio de igualdad -no sólo en general, sino de forma específica en el marco de las relaciones laborales-, la LOI 3/2007[214] supuso un impulso para la plasmación y refuerzo de este principio en la normativa autonómica, que a partir de entonces es reconocido de manera común como un principio programático que ha de orientar las actuaciones públicas llevadas a cabo en materia de igualdad. E incluso en algunas normas más recientes, la corresponsabilidad entendida como el reparto de responsabilidades familiares y tareas domésticas se configura como un derecho y un deber de los ciudadanos. Es por ello que, tal y como afirma Salazar[215], una de las aportaciones fundamentales de los legisladores autonómicos ha sido la progresiva utilización del término corresponsabilidad y la insistencia en la necesidad de promover que los hombres se corresponsabilicen del ámbito privado.

Con carácter general, la corresponsabilidad ya aparece desde el año 2005 junto con los DCPL y la igualdad entre mujeres y hombres en la mayoría de las normativas autonómicas analizadas, entendida bien como principio general de actuación de los

[213] MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María, «El principio de corresponsabilidad en las políticas autonómicas de conciliación», en *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos.* (Dirs. Cabeza Pereiro, Jaime y Fernández Docampo, Belén), monografías 747 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011). pp. 247.

[214] En virtud del art. 14.8 LOI 3/2007, las Comunidades autónomas que a través de sus Estatutos de Autonomía hayan asumido competencias para promover el desarrollo de la igualdad y de los derechos fundamentales dentro de su territorio, deberán adoptar medidas que contribuyan a potenciar la corresponsabilidad como garantía del principio de igualdad, no sólo en general, sino de forma específica en el marco de las relaciones laborales.

[215] SALAZAR BENITEZ, Octavio, «La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar». *Cit.* pp. 17.

poderes públicos, bien como principio informador de las políticas autonómicas o bien como uno de los objetivos para la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres. Así:

-Castilla-La Mancha: La Ley 12/2010, en su art. 4.e), establece la corresponsabilidad como principio general de actuación.

-Castilla-León: La Ley 1/2007, en su art. 3.9, incluye como principio informador la promoción de la corresponsabilidad de los padres en relación con los hijos. Este es, en nuestra opinión, un caso de descontextualización del concepto, puesto que como insistiremos a lo largo de este apartado, se trataría más bien de promover la corresponsabilidad del padre en relación con el cuidado y atención de hijos/as, mayores dependientes y tareas domésticas, cuestión que ya viene asumiendo la mujer tal y como demuestran las estadísticas. La Ley 1/2003, en su art.16.2, establece una serie de acciones positivas en forma de incentivos a los padres para que los permisos parentales sean solicitados por éstos a fin de facilitar la vida profesional de la mujer. Por otra parte, en el art.16.3 se prevén acciones positivas para la promoción de la incorporación de los hombres a las tareas domésticas y responsabilidades familiares, aunque nada más se aclara a ese respecto, entre otras cosas porque resulta complicado introducir este tipo de medidas en el ámbito del hogar; por ello tal vez sería mas aconsejable que en la cuestión del reparto de las tareas domésticas las administraciones tuviesen un mayor control sobre la numerosa publicidad que diariamente insiste en la asunción exclusiva de las tareas domésticas por la mujer, elaborasen campañas de sensibilización en los colegios públicos y adoptasen políticas de cambio de roles. En el art. 16.7, y para el fomento del permiso parental compartido, se establecen incentivos a las empresas que incluyan acciones tendentes a conseguir dicha finalidad; y en el art. 20, medidas de acción positiva para la promoción de las mujeres en el ámbito rural que incidan sobre la importancia de la corresponsabilidad en el ámbito familiar. En este apartado destacaríamos que serían más convenientes medidas de sensibilización que actuasen sobre los hombres del ámbito rural. Del mismo modo, la Ley 1/2007 de Castilla-León en su art. 10 incluye subvenciones o beneficios fiscales dirigidos a fomentar el uso del permiso parental tras el nacimiento, adopción o acogimiento.

-País Vasco: La Ley 4/2005, en su art.35, en una redacción mas acertada, a nuestro juicio, dispone que las administraciones vascas promoverán que los hombres se

corresponsabilicen del trabajo doméstico con la adopción de determinadas medidas. A su vez, la Ley 13/2008 País Vasco en su art. 4 establece entre sus objetivos la corresponsabilidad de hombres y mujeres en el ámbito familiar, en particular en el cuidado de menores y atención a las personas que se encuentren en situación de dependencia. En su art. 26 concreta la realización de campañas de sensibilización sobre la corresponsabilidad del hombre en las tareas del hogar y en el cuidado de hijos e hijas. Resulta muy positivo que se mencione la corresponsabilidad exclusivamente del hombre en las tareas descritas, ya que las mismas hasta ahora se vienen realizando casi en exclusiva por las mujeres, por lo que resulta mucho más coherente, y sirve para poner el foco en el hombre y visibilizar el problema. No ocurre así en la mayoría de normas consultadas, donde se habla de la corresponsabilidad de hombres y mujeres.

-Baleares: La Ley 12/2006, en su art. 14, dispone que los poderes públicos deben establecer la corresponsabilidad del trabajo doméstico, con el fin de conseguir progresivamente la estabilidad laboral de la mujer. Ninguna mención hace a la corresponsabilidad en el cuidado, y por otro lado sería más adecuado ligar la corresponsabilidad a la igualdad de oportunidades en el trabajo que a la estabilidad laboral de la mujer. En el art. 29 establece a las administraciones, en la planificación de sus actuaciones en materia de familia e infancia, medidas dirigidas a fomentar la corresponsabilidad y el ejercicio conjunto de las cargas familiares y a procurar la igualdad real de mujeres y hombres en la esfera de las tareas domésticas, con la finalidad de mejorar el bienestar de las familias. En este caso tampoco se concretan las medidas, apareciendo además la corresponsabilidad y la igualdad real entre mujeres y hombres en la esfera doméstica como objetivos secundarios para alcanzar la finalidad principal de mejorar el bienestar de las familias.

-Murcia: La Ley 7/2007, en su art. 3.8, establece como principio general la corresponsabilidad entendida como la asunción de responsabilidad por parte de los hombres en las tareas domésticas, el cuidado, la atención y educación de hijos e hijas como acción indispensable para el reparto equilibrado e igualitario de las cargas familiares. A nuestro juicio resulta una definición acertada que al igual que la Ley Vasca centra la atención de la corresponsabilidad en la figura del hombre. En su art. 23 b) prevé campañas de sensibilización sobre los beneficios de compatibilizar la vida laboral y familiar, así como los que se derivan de la participación equilibrada de

hombres y mujeres. Más que resaltar los beneficios sobre la conciliación, glosar un objetivo a conseguir, sería conveniente y práctico que las campañas de sensibilización se centrasen en la corresponsabilización de los hombres en las tareas domésticas y de cuidado. En su art. 23 c) incluye la promoción de acciones para garantizar la efectividad del principio de corresponsabilidad, aunque no especifica nada más al respecto. Por último, en su art. 31 se promueve la concienciación al alumnado sobre la importancia y valor social de la corresponsabilidad. Este artículo resulta plausible ya que es necesario introducir estos aspectos en la educación de la población más joven a fin de que se vayan produciendo los necesarios cambios en los roles de género.

-Andalucía: La Ley 12/2007, en su art. 4.4, dispone como principio general el fomento de la corresponsabilidad a través del reparto equilibrado entre mujeres y hombres de las responsabilidades familiares. En su art. 36 establece como un derecho y un deber la corresponsabilidad de hombres y mujeres en el ámbito publico y privado. A nuestro juicio, la corresponsabilidad sería más bien un derecho/deber comprendido dentro de lo que sería el enfoque de los derechos de conciliación.

-Asturias: La Ley 2/2011, en su art. 44.1 incluye el compromiso con la corresponsabilidad y la igualdad de oportunidades: las mujeres y hombres "procurarán" compartir las responsabilidades familiares, las tareas de cuidado, las domesticas y la atención de las personas con autonomía limitada a su cargo con los mecanismos de apoyo que al efecto arbitre la Administración del principado de Asturias. Resulta criticable la redacción de este artículo por varias razones: en primer lugar en una ley tan reciente, del año 2011, cuando existe ya numerosísima normativa comunitaria y estatal respecto a la necesidad de una mayor corresponsabilidad de los hombres en lo privado para alcanzar la igualdad real de oportunidades de las mujeres en el trabajo, el "procurarán" resulta cuando menos poco afortunado y denota cierto consentimiento implícito con el actual absentismo de los hombres en el ámbito de lo privado. Del mismo modo sería mas aconsejable, al igual que hace la ley Vasca o la ley Murciana, hacer alusión exclusivamente a los hombres. En su art. 44.2 establece que las Administraciones públicas y empresas favorecerán el reparto equilibrado entre mujeres y hombres de las responsabilidades familiares y las oportunidades profesionales. Al igual que otras normas de igualdad autonómicas, sería aconsejable una mayor concreción en pro de la corresponsabilidad.

-Extremadura: La Ley 8/2011, en su art. 56.1, al igual que la Ley Andaluza, establece el derecho y deber de la corresponsabilidad de hombres y mujeres en el ámbito público y privado. En su art. 3.7 regula el fomento de la corresponsabilidad entendida como reparto equilibrado entre mujeres y hombres de las responsabilidades familiares, tareas domésticas y el cuidado de las personas en situación de dependencia, sin concretar nada más sobre cómo conseguir ese fomento de la corresponsabilidad. En su art. 56.1 dispone que la junta desarrollará actuaciones que contribuyan a fomentar un reparto mas equilibrado entre mujeres y hombres, así como al respeto a los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de oportunidades propiciando la conciliación. En su art. 56.2 señala que los poderes públicos impulsarán la corresponsabilidad en la distribución del tiempo de trabajo y ocio y contemplaran el impacto transversal que afecte a las familias monoparentales, dependientes o con vecindad en el ámbito rural favoreciendo la conciliación.

-Canarias: La Ley 1/2010, en su art. 4.4, regula como principio general que informa la actuación de la Administración Pública, el fomento de la corresponsabilidad a través del reparto equilibrado entre mujeres y hombres de las responsabilidades familiares de las tareas domésticas y del cuidado de las personas en situación de dependencia. En su art. 40, al igual que la Ley Extremeña y Andaluza, establece el derecho y deber de la corresponsabilidad de hombres y mujeres en el ámbito publico y privado.

-Comunidad Valenciana: La Ley 9/2003 recoge en su art. 19 campañas de sensibilización e incentivos a las empresas para fomentar el permiso parental compartido. En igual sentido se expresa la Ley 12/2006 de Baleares en su art. 22. Nada más se dice al respecto en ambos artículos sobre esa promoción por parte de las empresas, que debería realizarse a través de los oportunos planes de conciliación, medidas por otra parte muy poco comunes en la mayoría de la pequeña y mediana empresa. Por ello sería más conveniente que esos incentivos se dirigiesen directamente a los hombres solicitantes en forma de medidas de acción positiva como las que se describen en otras leyes autonómicas. En su art. 36.2, cuyo título habla del deber y el derecho de la corresponsabilidad de hombres y mujeres en el ámbito público y privado, regula la adopción por parte de las Administraciones públicas de medidas para

garantizar la conciliación conforme a los nuevos modelos de familia, y la situación de las mujeres que viven en el medio rural. Resulta una verdadera incógnita la redacción de este artículo, que se repite en otras leyes de igualdad autonómicas como la Ley Canaria.

- Galicia: La Ley 2/2007, en su art. 5, pretende promover la corresponsabilidad mediante la individualización de los derechos y el fomento de su asunción por parte de los hombres. Sería recomendable en este sentido igualmente una mayor concreción tanto de los derechos individualizables como de las medidas para alcanzar dichos objetivos.

-Cataluña: La Ley 18/2003 incluye en su art. 23.d) el fomento de acciones positivas para implicar a los hombres en las responsabilidades y trabajo familiares. Por otra parte, la Ley 8/2006, de 5 de julio, sobre medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las administraciones publicas de Cataluña integra una serie de medidas conciliatorias apoyadas mediante una debida cobertura económica: un mes adicional de licencia por paternidad posterior a la licencia por maternidad a partir de julio de 2006, una reducción de la jornada laboral en un tercio totalmente remunerada durante un año desde el final del periodo de maternidad o de este mes adicional del padre, es decir hasta que el hijo alcance los 20 meses de edad; y posteriormente la posibilidad de reducir la jornada en un tercio cobrando el 80% del salario o en media jornada cobrando el 60% hasta que el hijo cumpla 6 años.

Tal y como podemos observar las Administraciones autonómicas han desarrollado múltiples acciones para impulsar la corresponsabilidad:

-Como empleadoras con personal a su servicio funcionario, laboral y estatutario; aunque, más allá de declaraciones generales, en este ámbito apenas se percibe el compromiso con la corresponsabilidad; su desarrollo se canaliza principalmente a través del permiso de paternidad –y su ampliación-, tal como veremos más adelante.

-Como legisladoras, recogiendo la necesidad de introducir el principio de corresponsabilidad en las normas que regulan la dependencia.

-Como generadoras de políticas de igualdad, estableciendo principalmente iniciativas de fomento de la corresponsabilidad consistentes en la adopción medidas de acción positivas. Tal y como ha estudiado en profundidad Martínez Yáñez[216], aunque son medidas de carácter atípico -ya que consideran al hombre infrarrepresentado y discriminado en el marco de las responsabilidades familiares[217]-, encuentran su legitimación al perseguir un doble objetivo: la integración del varón en lo doméstico y de la mujer en la vida laboral. En su mayoría consisten en la concesión de ayudas económicas a los trabajadores varones para que hagan uso de los permisos parentales, ya que permiten compensar la pérdida de la retribución del salario masculino, dado que comúnmente ocurre a la inversa, es decir, como el salario femenino por regla general es menor que el de los hombres, suele ser por tanto la mujer quien opta por reducir o suspender su relación laboral a efectos del menor impacto económico en la familia.

La autora distingue entre cuatro tipos de acciones para el fomento de la corresponsabilidad:

-Las que actúan sobre el perfil de los beneficiarios[218], se trata de ayudas económicas para los varones que ejerciten derechos de conciliación. Descartan por tanto a las mujeres como beneficiarias y, si bien tales medidas pueden contribuir al principio de corresponsabilidad, parece evidente que las mujeres resultan perjudicadas por este tipo de medidas. Su aspecto más problemático sería por tanto ver si podría conseguirse el objetivo del reparto a través de una medida que sí incluya a las mujeres en su ámbito de aplicación.

-Las acciones positivas que actúan sobre el baremo para la concesión de ayuda[219], que están dirigidas a ambos sexos, aunque el varón recibe una mayor puntuación por el hecho de serlo en aras del principio de corresponsabilidad.

---

[216] MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María, «El principio de corresponsabilidad en las políticas autonómicas de conciliación». *Cit.* pp. 250.

[217] Aunque la propia autora considera discutible la existencia de una discriminación del sexo masculino en el ámbito familiar, lo cierto es que el pronunciamiento de nuestro TC en su Sentencia 26/2011 ha configurado la categoría de discriminación por razones personales y familiares en el caso de un varón en el ejercicio de sus derechos de conciliación.

[218] Por ejemplo la Orden de 17 de marzo de 2008 dictada por la CCAA Gallega.

[219] Así, por ejemplo, se establece una puntuación adicional por el hecho de ser varón en el Anexo V, apartado VII de la Orden 32/2010, de 12 de enero, de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de Castilla y León, que convoca las subvenciones incluidas en el programa de apoyo a las familias de Castilla y León y de fomento de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

-Las acciones positivas que actúan sobre el beneficio concedido: la mayoría de las articuladas a nivel autonómico responden a este modelo. La autora las califica de estrategia "blanda" comparada con las anteriores, ya que solamente comportan un régimen más favorable cuando el beneficiario sea un varón, consistiendo en el incremento de la ayuda económica o aplicando un porcentaje sobre las cantidades resultantes. En este punto es importante subrayar que la eficacia de la medida depende en buena parte de la cuantía de las ayudas y de la diferencia que medie entre las asignadas a cada uno[220]. Si la diferencia es insignificante no será tenida en cuenta por la pareja para decidir cuál de los dos reducirá su jornada de trabajo por motivos familiares. Por ello, cuanto mayor sea la diferencia económica entre las ayudas concedidas a causa del sexo de su beneficiario, mayor será la persuasión que se ejerza sobre los varones para que sean ellos quienes ejerciten los derechos de conciliación. Si se tiene en cuenta que hay que vencer perjuicios sociales y estereotipos muy arraigados, las Comunidades Autónomas deberían insistir en la diferencia de trato para garantizar la eficacia de la medida.

-Incentivos económicos en caso de cesión al padre de parte del permiso de maternidad, que se dirigen a fomentar el uso compartido de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad con el fin de propiciar una mayor implicación del varón en las responsabilidades familiares y una más pronta incorporación de la mujer al trabajo[221].

En este punto la autora critica que la orden se refiera al "padre" en vez del progenitor, lo que obliga a realizar una interpretación amplia del perfil de los posibles beneficiarios la norma, por lo que sería aconsejable ajustar su terminología a la LOI 3/2007. Por otra parte, el disfrute del permiso compartido más la subvención recibida en algunos casos podría superar el cien por cien del salario en activo.

Por último, no debemos olvidar que todas las medidas que se han enumerado con anterioridad no tendrán el efecto deseado si no se acompañan de un cambio en los procesos de socialización que permitan redefinir las responsabilidades de mujeres y

[220] En las ayudas contempladas en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, art. 7 de la Resolución de 4 de junio de 2008, de la Consejería de Trabajo y Formación de las Islas Baleares, que aprueba la convocatoria para conceder ayudas públicas destinadas a favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar mediante el ejercicio de los derechos de reducción de jornada y de excedencia voluntaria, cofinanciada en un 50% por el Fondo Social Europeo a través del Programa Operativo FSE de las Illes Balears 2007-2013, la subvención por reducciones de jornada inferiores a un cuarto es de ochenta euros mensuales si el beneficiario es una mujer y de noventa si es un varón.

[221] Por ejemplo la Ley 1/2007 de 7 de marzo de medidas de apoyo a las familias de la Comunidad de Castilla León, en su art. 10, obliga a la Administración autonómica a convocar anualmente estas ayudas.

hombres en los espacios privado y público. Es un objetivo urgente concienciar a la población joven sobre la importancia y el valor social de la corresponsabilidad con un doble objetivo: transformar roles y estereotipos y educar en las habilidades y capacidades necesarias para el desarrollo de los trabajos de cuidado. Todo ello a su vez habrá que incidir en el cambio de valoración de los trabajos del ámbito privado que históricamente han carecido de estimación económica y social.

b) Custodia compartida preferente en la ruptura de la convivencia de los padres:

Cuestión no exenta de polémica, y de origen jurisprudencial[222], fue introducida por vez primera en la legislación estatal a través de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Con posterioridad algunas Comunidades Autónomas la establecen como criterio preferente en casos de ruptura de la convivencia: la Comunidad Autónoma de Aragón fue pionera, a través de la Ley 2/2010, de 26 de mayo[223], y posteriormente la siguió la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Comunidad Valenciana[224], y la más reciente en el País Vasco, Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, que igualmente la contempla como el régimen general, a salvo el interés del menor. Por otro lado, la Ley 25/2010, de 29 de julio, de Cataluña[225], o la Ley de 3/2011, de 17

[222] Cabe citar, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22/04/1999, o la de 2/2/2000, y la Sentencia de la AP de Madrid de 22/07/2004, todas ellas previas a las reformas legislativas que de alguna manera suscitaron. Con posterioridad, a éstas, el Tribunal Supremo la recoge en sentencias como la núm. 257/2013, de 29 de abril, y la 495/2013, de 19 de julio.

[223] Cuyo Preámbulo señala que "en el marco de una sociedad avanzada que promueve la igualdad de ambos sexos en todos los sectores y en la que el desarrollo profesional de la mujer y el deseo de los hombres de una mayor implicación en el ámbito familiar imponen un cambio en el esquema tradicional de atribuir la custodia en exclusiva a la madre. La custodia compartida favorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres".

[224] En su Preámbulo establece que: "considera necesario hacer conscientes a los progenitores sobre la necesidad e importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un régimen equitativo de relaciones con sus hijos e hijas menores en lo que se ha denominado el "pacto de convivencia familiar" y, cuando no sea posible alcanzar ese pacto, establecer la convivencia con los hijos e hijas menores, compartida por ambos progenitores, como criterio prevalente en caso de que sea la autoridad judicial la que deba fijar las condiciones de dicho régimen".

[225] En su Preámbulo establece que "se abandona el principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro. Por contra, se introduce como norma que la nulidad, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades de los progenitores sobre los hijos. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen, después de la ruptura, el carácter compartido y corresponde a la autoridad judicial determinar, si no existe Acuerdo sobre el plan de parentalidad o si éste no se ha aprobado, cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales y, en particular, la guarda del menor, ateniéndose al carácter conjunto de éstas y al interés superior del menor.

de marzo, de Navarra, no recogen dicha preferencia, quedando la decisión última en manos del juez con arreglo, de nuevo, al interés del menor y las circunstancias familiares, además de la ocasional consideración de un 'plan de parentalidad' presentado por uno de los progenitores.

c) Valoración del trabajo no remunerado realizado en el ámbito familiar:

La necesidad de valorar el trabajo realizado en el ámbito familiar es una de las propuestas que desde el movimiento feminista pretende visibilizar y poner de manifiesto la enorme importancia que para el conjunto de la sociedad y su desarrollo ha tenido y tiene la realización de estos trabajos de cuidado, que mayoritariamente han venido realizado las mujeres, y que han permanecido invisibles en una sociedad donde únicamente cobra importancia el trabajo remunerado.

En este sentido, y con mayor o menor alcance y acierto, algunas de las normas analizadas proponen las siguientes acciones:

-Medidas de acción positiva para valorar y hacer visible el trabajo realizado en el ámbito familiar (Ley 1/2003 Castilla-León. art.16.4).

-La revisión y mejora de la lista de cualificaciones profesionales incorporando la perspectiva de género al objeto de incluir como profesiones actividades feminizadas realizadas sin remuneración ni reconocimiento (Ley 2/2007 Galicia, art. 36).

-Promoción de la realización periódica de estimaciones del valor económico del trabajo doméstico, incluido el cuidado de las personas para la sociedad, con el fin de dar a conocer su importancia económica y social (Ley 4/2005 País Vasco, art. 34 y Ley 2/2011 Asturias, art. 44.4).

-Políticas activas de sensibilización que valoren las tareas del hogar y de cuidado y atención de las personas, que pongan de manifiesto el valor social y económico del trabajo familiar y domestico realizado por las mujeres y que afirmen la necesidad del trabajo no remunerado entre mujeres y hombres para conseguir un reparto equitativo. (Ley 8/2011 Extremadura art. 56.3).

Se estima que, en general, la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas reflejan materialmente el interés del hijo por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores. La igualdad de derechos y deberes entre los progenitores elimina las dinámicas de ganadores y perdedores, y favorece la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos".

d) Maternidad:

En cuestión de objetivos y acciones que promuevan el derecho de las mujeres trabajadoras a ser madres sin obstáculos nos encontramos con las siguientes referencias en la normativa autonómica, la mayoría meramente programáticas, y por otra parte derechos laborales que ya se encuentran regulados en la normativa estatal. Así y todo, cabe destacar el reconocimiento explícito de la maternidad como valor necesario para la sociedad que debe ser garantizado evitando los efectos negativos que el embarazo y la propia maternidad pueda tener en los derechos de las mujeres. Así ocurre con la Ley 1/2003 de Castilla León, art. 3.8, la Ley 12/2010 de Castilla La Mancha, art.43, la Ley 1/2010 de Canarias, art.4.3. o la Ley 8/2011 de Extremadura art.3.6.

En la misma línea de valor social e insustituible de la maternidad, pero insistiendo en la idea del cuidado como función únicamente femenina y por tanto con un cierto sentido discriminatorio, se expresa el art. 3 de la Ley 12/2006 de Baleares al establecer que todas las cargas y los cuidados que supone la gravidez, el parto, la crianza y la socialización de las hijas y los hijos, deben recibir ayudas directas de las instituciones a fin de no constituir una discriminación gravosa para las mujeres. Del mismo modo, cabe preguntarse si acaso existen discriminaciones no gravosas para las mujeres.

La Ley 7/2007 de Murcia, en su art. 3.7 dispone igualmente la protección del derecho a la maternidad como un bien social insustituible, por lo que se adoptarán medidas oportunas para que la maternidad deje de ser una responsabilidad exclusiva de las madres y motivo de discriminación para las mujeres. Aun con un sentido positivo, resulta algo confusa esta redacción al introducir la idea de la corresponsabilidad, sin mayor aclaración, en un artículo dedicado al valor social de la maternidad.

Algo más avanzada en su redacción es la Ley 12/2007 de Andalucía, que en su art. 4.3 reconoce como principio general y valor social la maternidad biológica o no biológica evitando los efectos negativos en los derechos de las mujeres. Hubiese sido, en nuestra opinión, preferible al hablar de maternidad no biológica -y por tanto referida, por ejemplo, a parejas masculinas del mismo sexo-, y más adecuado hablar de progenitores y no de mujeres.

La Ley 8/2011 de Extremadura, en su art. 60, vuelve a referirse a la maternidad como un valor humano y una función social que debe ser protegida, por lo que establece

la promoción de las condiciones que eviten los efectos negativos que el embarazo y la maternidad pueda tener en los derechos de las empleadas públicas, pero a continuación el art. 60.3 dispone que las empleadas publicas embarazadas tendrán prioridad en la elección del periodo de vacaciones. En nuestro criterio, este es un artículo de medidas falsamente protectoras que podrían considerarse discriminatorias, puesto que abunda en la idea del embarazo como situación vulnerable de la mujer y que no tiene sentido en un momento en el que la mujer no tiene aún cargas familiares ni tampoco, excepto en supuestos determinados, problemas físicos, por los que debe tener preferencia en la elección de vacaciones respecto del resto de compañeros/a de trabajo.

e) Paternidad:

En relación a este permiso parental, y siguiendo a Salazar[226], el ámbito de actuación de las Comunidades Autónomas ha sido mucho más limitado y está condicionado por las disposiciones estatales. En todo caso, nada impide que los gobiernos autonómicos puedan establecer un permiso acumulable a cualquier otro derecho reconocido en la normativa laboral, o bien fomentar el uso de este permiso. Así, en su faceta de empleador, las Comunidades Autónomas pueden intervenir de forma más decidida para dar ejemplo y propiciar la extensión de buenas prácticas del empleo público al empleo privado. Podemos observar cómo en algunas leyes autonómicas se introducen criterios y recomendaciones para la ampliación de la duración del permiso de paternidad en los empleados al servicio de las Administraciones Públicas. De hecho, mientras que en la maternidad apenas observamos medidas innovadoras por parte del legislador autonómico, la paternidad ha ido adquiriendo mayor importancia en los últimos años de la mano del principio de corresponsabilidad, y en este sentido algunas Comunidades superan la normativa estatal en la duración del permiso e incluso promueven medidas de acción positiva destinadas a incentivar su ejercicio por los hombres.

No obstante los resultados son dispares: algunas leyes como la Ley 1/2007 de Castilla León en su art. 3.8 establecen como principio informador el reconocimiento del valor social de la paternidad junto con el de la maternidad, pero en otras Comunidades

[226] SALAZAR BENITEZ, Octavio, «La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar». *Cit.*

como por ejemplo en Castilla-La Mancha, Ley 12/2010 art. 43, la paternidad se sitúa junto con la maternidad y el embarazo en el mismo artículo, pero si bien se valora el papel social de la maternidad, nada se dice acerca del valor social de la paternidad. Por otra parte, la consideración en los principios generales de actuación de la paternidad en un contexto familiar y social de corresponsabilidad de acuerdo con los nuevos modelos de familia se encuentra recogida expresamente en la Ley 12/2007 de Andalucía en su art. 4.3, la Ley 8/2011 Extremadura en su art. 3.6 y la Ley 1/2010 de Canarias en su art. 4.3.

En cuanto a la ampliación del permiso de paternidad personal e intransferible a 4 semanas de duración para el personal al servicio de la Administración, se observa un gran avance que es de destacar y que contempla en la mayoría de casos a las parejas del mismo sexo: así, la Comunidad de Castilla-La Mancha, Ley 12/2010 -art. 43.4- establece para el personal de la Junta un permiso personal e intrasferible de 4 semanas y tiene en cuenta en la redacción a los progenitores del mismo sexo; la Ley 12/2007 de Andalucía en su art. 40 señala que la Administración establecerá un permiso de paternidad de hasta cuatro semanas, individual y no transferible a favor de todo su personal y el mismo permiso para progenitores del mismo sexo que disfrutará la persona a la que no correspondiera el permiso de maternidad; la Ley 18/2003 de Cataluña, en su art. 23.e), introduce un permiso de paternidad de cuatro semanas como mínimo como derecho individual del padre sin que este periodo se reste de las dieciséis semanas de descanso a que tiene derecho la madre para el personal al servicio de las Administraciones públicas; la Ley 8/2011 de Extremadura, en su art.60.5, establece un permiso de paternidad de cuatro semanas individual y no transferible y contempla igualmente la posibilidad del permiso para progenitores del mismo sexo.

Muy recientemente, en la Comunidad Valenciana, la Resolución de 25 de junio de 2016, dictada por la Consellería de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas, Dirección General de Justicia, procede a la ampliación de la duración del permiso de paternidad hasta las seis semanas de duración para los cuerpos de gestión procesal y administrativa, tramitación procesal y administrativa, auxilio judicial y médicos forenses al servicio de la Administración de Justicia de la Comunidad Valenciana.

En todo caso, y tal como señala Salazar Benítez[227], resulta muy oportuno que el legislador autonómico ponga su atención en la paternidad. Porque salvo el hecho biológico de la procreación, todos los demás efectos que genera el alumbramiento pueden ser asumidos indistintamente por hombres y mujeres. Por lo tanto, es urgente que de manera progresiva vayamos conectando ambos términos y de ese modo sea más correcto hablar del valor social y económico de la maternidad y la paternidad, máxime teniendo en cuenta los nuevos modelos familiares y las nuevas posibilidades de procreación que, entre otras cuestiones, han acabado desvinculando la misma del matrimonio heterosexual.

f) Flexibilización de la jornada laboral:

El derecho de los trabajadores/as a la adaptación de su jornada de trabajo para poder conciliar la vida personal con la vida laboral es, en nuestra opinión, una de las posibilidades con mayor potencialidad para el logro del objetivo conciliatorio, si bien aún de escasa aplicación y desarrollo en nuestro actual sistema de relaciones laborales; pero es un derecho del que se prevé, a tenor de la normativa comunitaria, una progresiva implantación -no exenta de conflictividad- en las empresas tanto públicas como privadas, ineludible si de veras se quiere promover por parte de los poderes públicos la conciliación. Conscientes de la importancia en la flexibilidad horaria, algunas Comunidades contemplan en su normativa ayudas en forma de subvenciones e incentivos para que las empresas faciliten a sus trabajadores/as esa adaptación de la jornada que les permita conciliar mejor su vida personal y laboral, en este sentido así se establece en normas como la Ley 1/2007 de Castilla-León art. 15, la Ley 4/2005 del País Vasco, art. 48.2, o la Ley 8/2011 de Extremadura, art. 58.2. También contemplan este tipo de medidas para las empresas que faciliten la inclusión en los convenios colectivos de acuerdos sobre flexibilidad de horarios en función de las necesidades familiares de su personal, tal es el caso de Ley 9/2003 de la Comunidad Valenciana, art. 18, e incluso otras modalidades no presenciales de prestación de servicios del personal a su servicio como en la Ley 12/2006 de Baleares, art. 21. Mayor confusión al objetivo de adaptación horaria al mezclar derechos de ausencia con derechos de presencia introduce la Ley 7/2007 de Murcia en su art 23.e) al introducir incentivos a las empresas que

[227] Ibid.

establezcan excedencias, permisos, flexibilidad de horarios y cualquier medida que facilite la conciliación. Del mismo modo, el Decreto 12/2003 de La Rioja, en su art. 2 apartado IV, establece subvenciones para la elaboración y puesta en marcha en las empresas de planes de acción positiva para la conciliación de la vida laboral y familiar, entre los que se encuentran, entre otros, la flexibilización de horarios laborales o implantación de estrategias que permitan a empleados/as con hijos menores o mayores dependientes compatibilizar sus responsabilidades familiares y laborales.

Por lo que respecta a la flexibilidad horaria en el empleo público, en la mayoría de las leyes analizadas predominan aspectos relacionados nuevamente con la adaptación de la jornada laboral de los trabajadores/as para favorecer la conciliación de la vida personal y laboral. Así, la Ley 12/2010, de Castilla-La Mancha, en sus arts. 41 y 42, dispone la elaboración de planes de igualdad y de conciliación que contemplen entre otros aspectos los relacionados con la organización de los tiempos de trabajo, la preferencia en el acceso a los cursos de formación de personas que se hayan incorporado después de un permiso relacionado con el cuidado, así como la realización de un horario flexible.

La Ley 4/2005 del País Vasco, en su art. 48.1, establece que las condiciones de trabajo del personal de las Administraciones Públicas deben incluir medidas para la flexibilización y reordenación del tiempo de trabajo, así como otro tipo de medidas para facilitar la conciliación de mujeres y hombres.

La Ley 12/2007 de Andalucía, en su art. 39, también impulsará medidas de flexibilización horaria y jornadas parciales así como la creación de centros infantiles en los centros de trabajo para facilitar la conciliación. La Ley 18/2003 de Cataluña en su art. 23.a) regula mecanismos para garantizar más flexibilidad y disponibilidad horaria para el personal que tenga a su cargo a menores o mayores dependientes.

La Ley 8/2011 de Extremadura, en su art. 59.1, impulsa medidas de flexibilización horaria, reducción de jornada y jornadas parciales siempre que lo permitan la naturaleza de los puestos y previo acuerdo con las organizaciones sindicales. A su vez, en el art.59.2 establece medidas de conciliación en el marco de los planes de igualdad que podrán incluir aspectos relacionados con la organización de los tiempos de trabajo, espacios, horarios y disfrute de vacaciones.

Este tipo de medidas merecen una valoración favorable al incidir en los derechos de conciliación presenciales, si bien con ellas se corre el riesgo de segmentarlos de acuerdo con sus destinatarios: los empleados/as públicos disfrutarían

de mayores posiblidades, mientras que los trabajadores/as del mercado privado las tienen mucho mas limitadas. Más adelante profundizaremos en ello.

g) Promoción de planes de igualdad y otras ayudas a las empresas:

Los planes de igualdad en las empresas son interesantes herramientas que pueden contribuir en el objetivo de la igualdad real de oportunidades, entre otras cosas promoviendo la conciliación de la vida personal y laboral de los trabajadores/as. Comunidades como Castilla La Mancha, en su Ley 12/2010 art. 4.f), establecen como principio general de actuación de la Administración autonómica el impulso a las empresas para la negociación de planes de conciliación y de igualdad. Asimismo se promueven incentivos a las empresas que establezcan planes de igualdad que proporcionen servicios que faciliten la conciliación del personal a su servicio, en este sentido la Ley 9/2003 de la Comunidad Valenciana, art. 20, o la Ley 12/2006 de Baleares, art. 16. Más concreta en un específico objetivo, la Ley 2/2011 de Asturias, en su art. 37 fomentará la adopción e implantación voluntaria de planes de igualdad que podrán contemplar entre otras materias la ordenación del tiempo de trabajo para favorecer en términos de igualdad la conciliación.

Al contrario, en un sentido genérico sin determinar el modo ni las medidas concretas, la Ley 1/2010 de Canarias, en su art. 43.1, establece que el gobierno impulsará medidas que favorezcan en la empresa la conciliación, así como que se podrá incentivar a las empresas para que proporcionen servicios y medidas destinadas a facilitar la conciliación. En la Comunidad de Cantabria, la Orden 17-4-2001, art.1, en su Programa II establece incentivos a las empresas para la elaboración de planes de acción positiva para la conciliación de la vida familiar y laboral, siempre que cuenten con una plantilla superior a 10 trabajadores/as fijos.

Por su parte, la Orden 2595/2005 de la Comunidad de Madrid, en su art. 1, regula las ayudas a proyectos empresariales desarrollados por mujeres que potencien principalmente la conciliación entre la vida laboral y personal. La Ley 12/2010 Castilla-La Mancha, en su art. 38, establece preferencias en la contratación pública a las empresas que hayan adoptado medidas dirigidas a evitar la discriminación laboral y a lograr la igualdad de oportunidades y la conciliación.

h) Políticas del tiempo y el tiempo en la ciudad:

La conciliación de la vida personal y laboral está directamente relacionada con el tiempo, y en este sentido estudiosas de la sociología del trabajo[228] sostienen la teoría de que lo que realmente se necesitan son, en lo que a los DCPL atañe, políticas del tiempo, como veremos más ampliamente en el capítulo II de este trabajo. Se trata de la organización de los espacios y los tiempos en la ciudad: dado que la organización espacial y temporal en nuestras ciudades sigue respondiendo en gran medida a la división público-privado/masculino-femenino propia del orden patriarcal, una buena parte de las acciones políticas deberían dirigirse a la revisión de estructuras que tanto condicionan nuestra vida cotidiana. Ello supone integrar la perspectiva de género en el diseño de las ciudades, en las políticas urbanas y en la definición y ejecución de los planeamientos urbanísticos. Dichas políticas deberán tener presente la necesidad de organizar los espacios, y muy especialmente los dirigidos a prestar servicios a la ciudadanía, de manera que su acceso sea cómodo y rápido, minimizando los tiempos y desplazamientos precisos para ello. De manera específica, la reorganización espacial de nuestras ciudades debería tener presente la necesidad de infraestructuras a través de las cuales poder desarrollar trabajos de cuidado, tales como guarderías o centros de atención a dependientes. No cabe duda de que uno de los principales retos de las políticas de igualdad es lograr una mejor organización de los tiempos que haga posible armonizar las responsabilidades privadas con las públicas. Los bancos de tiempo o la regulación del tiempo en la ciudad son algunos intentos realizados en ese sentido por las Comunidades Autónomas, que no obstante suelen quedarse, en la mayoría de ocasiones, en meras declaraciones programáticas. Entre las medidas relativas a la organización temporal que recogen las leyes autonómicas cabe destacar las siguientes:

La Ley 2/2007 de Galicia, en su art. 43, dispone que se establecen bancos de tiempo para las personas empadronadas en el municipio a fin de poner a su servicio labores domésticas concretas, gestiones administrativas o labores de cuidado, para lo que el Ayuntamiento elaborará una base de datos con las necesidades de tiempo. Por otra parte, en su art. 47, establece que los planes de programación del tiempo de la ciudad pretenden una coordinación de los horarios de la ciudad con las exigencias

[228] BORRÀS VICENT, TORNS Teresa, y MORENO Sara, «Las políticas de conciliación: políticas laborales versus políticas de tiempo», *Papers Revista de Sociologia* 83 (2007): pp. 83-96.

personales, laborales y familiares de la ciudadanía obligando a una permanente revisión y adaptación de tales horarios.

La Ley 12/2007 de Andalucía, en su art. 37, dispone la promoción de la elaboración de planes de diseño y organización de los espacios que faciliten la funcionalidad de la ciudad, propicien la proximidad de las dotaciones y servicios y minimicen los desplazamientos y tiempos de acceso; en su art. 37.2 promueve la coordinación entre horarios laborales y centros educativos, y en su art. 37.3 impulsará la creación de infraestructuras y servicios para facilitar el cumplimiento de las responsabilidades familiares, el cuidado de los menores y mayores dependientes.

La Ley 8/2011 de Extremadura, en su art. 57.1, promoverá la armonización de los horarios laborales, escolares, comerciales y de los servicios; en su art. 57.2 indica que se promoverán espacios y servicios que aminoren los tiempos de desplazamiento

La Ley 1/2010 de Canarias, en su art. 41, indica que se promoverá la elaboración de planes de diseño y organización de los espacios que faciliten la funcionalidad de la ciudad, propicien la proximidad de las dotaciones y servicios y minimicen los desplazamientos y tiempos de acceso. Se promoverá la coordinación entre los horarios laborales y el de los centros educativos y se impulsará la creación de infraestructuras y servicios para facilitar el cumplimiento de las responsabilidades familiares.

i) Servicios públicos para el apoyo al cuidado:

Se trata de una medida fundamental para favorecer la conciliación de la vida personal y laboral. En este sentido, algunas Comunidades Autónomas han establecido lo siguiente:

La Ley 12/2007 de Andalucía, art. 38, establece incentivos a las empresas que proporcionen servicios y medidas destinadas a facilitar la conciliación mediante la creación de centros infantiles en el ámbito laboral. La Junta impulsará la creación de centros infantiles en polígonos y parques tecnológicos que posibiliten la conciliación.

La Ley 12/2010 de Castilla-La Mancha, en su art. 39, dispone la promoción de la escolarización de menores de 0 a 3 años, así como la creación de plazas en centros de día para personas dependientes.

La Ley 1/2007 de Castilla-León, en su art. 5.2, referido al ámbito educativo establece la apertura de centros durante los días laborables no lectivos, vacaciones escolares así como la ampliación del horario de apertura de los centros.

La Ley 9/2003 de la Comunidad Valenciana, en su art. 17, dispone la ampliación de la red publica de escuelas infantiles y guarderías laborales.

La Ley 2/2007 de Galicia, en su art. 34, establece que en los centros públicos destinados a impartir formación de carácter ocupacional con instalaciones de más de 500 metros, tendrán servicio de guardería con comedor y sala de lactación.

La Ley 12/2006 Baleares, en su art. 10, dispone la adopción de forma progresiva de medidas para garantizar la ampliación del horario de apertura de los centros públicos que impartan la educación infantil y educación primaria con el fin de atender las necesidades de las familias que se encuentran con dificultades a causa de los horarios laborales de los padres. Se deben atender preferentemente los derechos de las familias monoparentales. En su art. 20 regula la promoción de la ampliación de la red de escuelas infantiles y centros de educación preescolar, la creación de guarderías infantiles en las empresas para hacer compatible la conciliación. Igualmente deben establecer servicios de ayuda a domicilio para asistir a menores o mayores dependientes con el fin de facilitar la conciliación de las personas a cuyo cuidado se encuentren.

La Ley 2/2011 de Asturias, en su art. 44.5, adoptará medidas para extender el horario de apertura de los centros educativos y mejorar la coordinación entre la jornada laboral y la escolar.

La Ley 8/2011 de Extremadura, en su art. 57.3, promoverá la existencia de centros de Educación Infantil y centros de cuidados de personas mayores con horarios compatibles con las jornadas, de descansos y permisos que favorezcan la conciliación de la vida personal.

El Decreto 105/2009 de la Comunidad de Madrid (Preámbulo), con el objetivo de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar de las familias con hijos menores de tres años mantiene e incrementa permanentemente la red pública de centros de Educación Infantil.

El Decreto 12/2003 de La Rioja, en su art.2.II.a), establece ayudas económicas para los padres y/o madres que ejerciten el derecho de excedencia para el cuidado de hijos y ayudas para el fomento de la contratación de trabajadores en sustitución de quienes ejerciten el derecho de excedencia para el cuidado de hijos; incentivos para la

conciliación laboral y familiar de mujeres con hijos menores de 3 años -vemos de nuevo la feminización de la conciliación- y/o familiares incapacitados.

En resumen, de la amplia y variada normativa expuesta podemos apuntar las siguientes conclusiones:

-Las Comunidades Autónomas han reconocido, en el máximo nivel estatutario, el derecho de conciliación como uno de los principios generales de actuación de los poderes públicos, aspecto sin duda plausible en la medida en que de ese modo se consolida su relevancia.

-Por otro lado, el derecho ha ido adquiriendo, a través de diversas actuaciones normativas, un desarrollo de su potencialidad en otros campos al margen de las relaciones laborales mucho mayor del que se le ha atribuido en el ámbito estatal. Asimismo es de destacar la importancia que presenta el principio de la corresponsabilidad en la legislación autonómica, tanto como elemento inspirador de las políticas públicas cuanto en su concreción en forma de ampliación del permiso de paternidad.

-No podemos dejar de señalar, empero, algunos riesgos que aparecen al analizar esta última perspectiva: en primer lugar, el de la segmentación de los trabajadores/as en distintos niveles de capacidad para el ejercicio de sus derechos de conciliación, en la meida en que las limitaciones competenciales de las Comunidades Autónomas en el ámbito laboral provocan que su actuación se ciña a los empleados/as públicos, que de este modo se verían beneficiados por un régimen al que no podrían aspirar el resto de trabajadores/as; en segundo lugar, el de la desnaturalización de la correspondabilidad al ser utilizada como excusa argumental para la implantación de medidad anejas pero no propiamente vinculadas con la conciliación; así, la custodia compartida preferente.

Con independencia de ello, no cabe duda de que la tarea de las Comunidades Autónomas merece una valoración favorable, constituyendo un ejemplo de intervención decidida en la implantación de los derechos sociales, compromiso que a fin de cuentas resulta necesario exigir en todos los niveles normativos para hacerlos realmente eficaces.

2.6. La conciliación de la vida personal y laboral desde el derecho comparado

En este apartado pretendemos realizar una breve aproximación al estado de la cuestión desde el derecho comparado con el objeto de completar el mapa general que estamos trazando dedicado al marco jurídico y normativo, y que nos ayudará a profundizar en el conocimiento de la materia en un nivel global, así como comprender su propia naturaleza heterogénea.

En primer lugar, resulta conveniente partir del informe de la OIT "Maternity and paternity at work"[229] que ha estudiado las disposiciones legislativas de 185 países en relación con la protección de la maternidad así como la adaptación de las leyes nacionales conforme al Convenio de maternidad n.º 183 y al Convenio sobre trabajadores con responsabilidades familiares n.º 156. En este trabajo la OIT realiza un esbozo general de los DCPL en la esfera laboral a nivel global, concretamente en lo relativo a las licencias de maternidad, de paternidad y permisos parentales, así como las disposiciones en torno a la lactancia y el cuidado infantil, extrayendo una serie de conclusiones acerca del efecto de estos derechos en aspectos como la protección de la salud en el trabajo, la protección del empleo y la no discriminación, realizando finalmente toda una serie de recomendaciones sobre como mejorar el diseño y la aplicación de las políticas de conciliación.

En cuanto a la licencia de maternidad destaca principalmente el cambio gradual positivo en buena parte del mundo hacia períodos de licencia de maternidad acordes o superiores a la norma de la OIT de 14 semanas; la mayoría de los países ahora prevén la duración de la licencia conforme al Convenio n.º 183, y desde 1994 ningún país ha reducido la duración de la licencia de maternidad. Solo dos de los 185 países y territorios estudiados en el informe no prevén prestaciones pecuniarias obligatorias durante la licencia de maternidad. Más de 100 países financian actualmente las prestaciones mediante la Seguridad Social, reduciendo así la responsabilidad del

[229] «Maternity and paternity at work: Law and practice across the world» (Ginebra: OIT, 2014), disponible en: http://www.ilo.org/ maternityprotection. Este informe es una revisión de dos ediciones precedentes (2005 y 2010) y en el se utilizan datos recogidos por la OIT desde 1994. Consultado el 4-04-2015.

empleador. Sin embargo, el estudio indica que todavía en más de la mitad de ellos las prestaciones continúan siendo insuficientes tanto desde el punto de vista financiero cuanto de su duración. Para las aproximadamente 830 millones de trabajadoras que en la práctica carecen de cobertura suficiente, sobre todo las de países en desarrollo, es crucial que se amplíe la cobertura y se lleve a la práctica.

En lo que se refiere a la protección de la salud de las trabajadoras embarazadas o lactantes, más de dos terceras partes de los países prevén medidas legales de protección como alternativa al trabajo peligroso o insalubre[230]. Entre estas destacan:

a) La prohibición de realización de horas extraordinarias: Algunos países prohíben su realización a las mujeres embarazadas (por ejemplo, Bélgica, Chile, Guinea Ecuatorial, México), otros estipulan su no exigencia, (por ejemplo, Cuba, Estonia y Japón). En ocasiones, esta restricción se aplica a las madres lactantes, a las mujeres con hijos/as pequeños/as, o a casos en que esas horas implican un riesgo para la salud.

b) Disposiciones sobre el tiempo de trabajo[231]: Varios Estados Miembros de la OIT cuentan con disposiciones en este sentido. De los 151 países analizados en el informe, 49 no especifican en su legislación restricción o norma alguna sobre el trabajo nocturno, 20 no prohíben el trabajo nocturno -pero las embarazadas (y en ocasiones, todas las mujeres) no están obligadas a trabajar por la noche-, y 81 países prohíben por ley el trabajo nocturno. En 30 de ellos hay una prohibición general del trabajo nocturno

[230] Respecto de las medidas protectoras, cabe señalar que La Comisión de Expertos de la OIT en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) advierte a los países ratificantes contra las prohibiciones indiscriminadas sobre el trabajo peligroso, el trabajo nocturno y las horas extraordinarias por razones de sobra conocidas que demuestran que las medidas falsamente protectoras de las mujeres acaban reafirmando la discriminación estructural de éstas. Tales prohibiciones resultan contrarias al principio de igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación, y fomentan la discriminación de género en el trabajo basadas en estereotipos de las habilidades profesionales femeninas y del rol de la mujer en la sociedad.

[231] La Recomendación núm. 191 estipula que una mujer no debería estar obligada a realizar trabajo nocturno si un certificado médico establece que ese trabajo es incompatible con su estado.
En relación con el derecho a ausentarse del trabajo para la atención de la salud prenatal**,** crucial para detectar y prevenir complicaciones en el embarazo y para que las embarazadas puedan conocer su estado serológico con respecto al VIH y puedan beneficiarse de prevención, tratamiento, orientación, atención y asistencia para reducir al mínimo el riesgo de transmisión al/a la hijo/a, la Organización Mundial de la Salud (OMS) recomienda cuatro visitas prenatales como mínimo.
Del mismo modo, la Recomendación sugiere que, si se determina la existencia de un riesgo, deberían tomarse medidas de protección. Dichas medidas incluyen la eliminación del riesgo, la adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora, el traslado temporal a otro puesto más seguro cuando dicha adaptación no sea posible, o la concesión de una licencia temporal remunerada.

para todas las mujeres, en especial en África, Asia y Oriente Medio. En cuanto al derecho a ausentarse del trabajo para la atención de la salud prenatal, no existe un reconocimiento general del mismo. En particular, no es habitual en África, Asia y América Latina, y en Oriente Medio no está previsto. De los 156 países analizados, 116 países no prevén el derecho a la ausencia del trabajo para la atención de salud prenatal; 40 prevén este derecho y 30 especifican que dicho tiempo es remunerado.

c) Disposiciones sobre el trabajo peligroso para las mujeres durante la maternidad[232]: En 111 de los 160 países analizados existen medidas obligatorias sobre los trabajos peligrosos o insalubres que afectan a las mujeres embarazadas o lactantes; en 78 de ellos se prevén prohibiciones explícitas contra este tipo de trabajo y casi la mitad prohíbe a todas las mujeres trabajar en determinadas condiciones clasificadas como peligrosas. De los 160 países sobre los que se disponía de información, 84 ofrecen algún tipo de alternativa al trabajo peligroso, y 76 no lo hacen.

d) Por lo que respecta a la garantía de prohibición de discriminación durante la situación de maternidad[233], 145 de los 165 países analizados cuentan con leyes que prohíben explícitamente la discriminación durante el embarazo, la licencia y/o el periodo adicional prescrito. Aun así, y tal y como afirma el informe, se sabe por diversas fuentes que en el mundo persiste la discriminación por causa de la maternidad. Entre las diferentes medidas para reforzar esta protección contra la discriminación destacan:

[232] El Convenio núm. 183 establece el derecho de la mujer embarazada o lactante a no estar obligada a desempeñar un trabajo peligroso, insalubre o perjudicial para su salud o la de su hijo nacido o por nacer. La Recomendación núm. 191 promueve la evaluación de los riesgos en el lugar de trabajo, en especial cuando las condiciones impongan un trabajo físico penoso, la exposición a agentes biológicos, químicos o físicos, o exijan particularmente un sentido del equilibrio que la mujer permanezca sentada o de pie durante períodos prolongados, o a la exposición a temperaturas extremas o a vibraciones.

[233] El Convenio núm. 183 prevé la protección del empleo de la mujer durante la maternidad, la licencia de maternidad y un periodo posterior a la reincorporación al trabajo, así como medidas para lograr que la maternidad no sea causa de discriminación en el empleo. Señala que también puede haber discriminación en la contratación, y que ello perjudica a las mujeres que buscan empleo. El Convenio estipula diversas medidas para reforzar esta protección contra la discriminación, entre otras prevé protección durante un período posterior a la reincorporación de la mujer al trabajo, si bien la fijación de la duración de dicha protección queda al criterio de la legislación o reglamentación de cada país. Otra medida de protección es la inversión de la carga de la prueba donde estipula que incumbirá al empleador la carga de probar que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo o la lactancia. Por último, prohíbe específicamente exigir a una mujer que se someta a pruebas de detección del embarazo al incorporarse a un empleo, aunque con unas pocas excepciones relacionadas con riesgos laborales para la salud.

-El derecho garantizado de reincorporarse al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad: De los 146 países analizados, 64 ofrecen garantías legales para que la mujer se reincorpore al mismo puesto o a uno equivalente tras dicha licencia. Sin embargo, la mayoría (82 países) no garantiza el derecho de retorno al trabajo. Al menos 56 países la especifican, y en muchos de estos la protección se prolonga más allá de la finalización de la licencia de maternidad.

-La inversión de la carga de la prueba: de los 144 países analizados, el 38 por ciento (54 países) cuenta con disposiciones legales que trasladan la carga de la prueba a los empleadores. El 60 por ciento de los países (86) no especifica a quién corresponde la carga de la prueba, mientras en los países restantes, dicha carga incumbe al trabajador/a.

-La prohibición de discriminación en relación con la maternidad[234] referida al derecho de todas las mujeres a no recibir un trato desfavorable en una situación laboral –incluso en el acceso al empleo– debido a su sexo, o debido a circunstancias derivadas del cuidado: países de todas las regiones han aprobado leyes que prohíben la discriminación basada en el sexo, si bien varía la forma de especificar las causas de discriminación. De los 155 países analizados, 114 contaban con leyes que prohíben la discriminación en el empleo por razones de "sexo" únicamente, o por razones de "sexo" como elemento añadido a otros vinculados con la maternidad o el embarazo. En 43 países se mencionaba explícitamente "la maternidad" o "el embarazo" como causas de discriminación prohibidas. En cuanto a la prohibición de exigir a una mujer que se someta a pruebas de detección del embarazo a la hora de acceder a un empleo, aunque hay unas pocas excepciones relacionadas con riesgos laborales para la salud, de los 141 países sobre los que se disponía de información, 47 han formulado disposiciones explícitas o implícitas en las que se prohíben las pruebas de detección del embarazo.

[234] El Convenio núm. 156 amplía la protección a los trabajadores con responsabilidades familiares, hombres y mujeres.

e) Por último, en cuanto al permiso de lactancia[235], al menos el 75 por ciento de los países analizados contaba con leyes relativas a las interrupciones para la lactancia con o sin remuneración o una reducción de la jornada laboral, mientras que 39 de los países estudiados carece de disposiciones en esta materia; dos terceras partes de ellos (26) son de África, Asia y el Caribe. Casi dos terceras partes de los países (75) que cuentan con disposiciones al respecto permiten que la lactancia se prolongue entre seis y 23 meses. De ellos, 57 conceden un año como mínimo. Solo seis países conceden dos años para la lactancia natural (5 por ciento).

En cuanto a la licencia de paternidad[236] el informe destaca que las disposiciones relativas a este permiso son cada vez más habituales. El derecho obligatorio rige en la mitad de los países (78 de los 167 países analizados) y en la mayoría de ellos (70), la licencia es remunerada, siendo este derecho más habitual en las Economías Desarrolladas, África y Europa Oriental, y Asia Central. En cuanto a su duración, ésta varía, pero solo cinco países (Eslovenia, Finlandia, Islandia, Lituania y Portugal) ofrecen periodos de licencia que superan las dos semanas. En casi todos los países que la conceden, el padre tienen la posibilidad de decidir si disfrutar o no de su derecho siendo sólo obligatorio en Chile, Italia y Portugal.

Todo ello pone de manifiesto que, aunque existe una tendencia a una mayor participación de los padres en torno al nacimiento, reflejándose una evolución en la visión de la paternidad, continúa siendo claramente insuficiente, puesto que la enorme diferencia en la duración de las licencias de maternidad y paternidad así como su carácter voluntario, terminan por reafirmar los roles clásicos en torno al cuidado de mujeres y hombres.

---

[235] Las interrupciones para la lactancia forman parte de las normas internacionales sobre protección de la maternidad desde 1919. El Convenio núm. 183 deja a criterio de los países determinar la duración y el número de interrupciones. Para la OIT, la vigencia del derecho a interrupciones remuneradas para la lactancia es fundamental para que las mujeres puedan amamantar según sus preferencias, y de conformidad con las recomendaciones de la OMS – a saber, lactancia natural exclusiva durante los primeros seis meses de vida, y lactancia materna combinada con alimentos hasta los dos años o más. En este sentido, el sentido del permiso de lactancia no coincide con el enfoque dado por la jurisprudencia del TJUE, asunto Roca-Álvarez de 2010 y que considera su enfoque principal el de una prestación para el cuidado del menor, de titularidad indistinta.

[236] La OIT no tiene normas sobre la licencia de paternidad. Sin embargo, la Resolución relativa a la igualdad de género como eje del trabajo decente, adoptada en la 98ª reunión de la CIT, 2009 (Ginebra), párrafos 6 y 42, reconoce que las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar interesan a los hombres y a las mujeres. La Resolución insta a los gobiernos a formular políticas adecuadas que permitan equilibrar mejor las responsabilidades laborales y familiares, incluir la licencia de paternidad y/o parental, y prever incentivos para que los hombres las aprovechen.

Por lo que respecta a los permisos parentales[237], solo en 66 de los 169 países estudiados, había disposiciones relativas a la licencia parental; sobre todo, en las Economías Desarrolladas, Europa Oriental y Asia Central y muy rara vez en otras regiones. La licencia parental, en términos generales, es más prolongada que la de maternidad, aunque la remuneración suele ser inferior o nula. Así, aunque es remunerada en más de la mitad de los países en los que se concede (36 de 66), todos los cuales son Economías Desarrolladas, o pertenecen a Europa Oriental y Asia Central -excepto Chile y Cuba-, solo 18 de ellos ofrece prestaciones pecuniarias equivalentes a dos tercios o más de las ganancias anteriores de la persona trabajadora. Resulta habitual que la licencia parental se ofrezca como derecho compartido, si bien vienen siendo las mujeres quienes principalmente hacen uso de la misma. El índice de utilización de la licencia por parte de los hombres es bajo, en especial si la licencia no es remunerada. Como se sabe, esta tendencia merma la situación de las mujeres en el mercado laboral y agrava las desigualdades de género en el lugar de trabajo y respecto de la distribución de las tareas del hogar. Se han adoptado diversas medidas para incentivar a los hombres a tomar la licencia parental, como la atribución del carácter individual, intransferible u obligatorio a la licencia, o la concesión de incentivos y una compensación adecuada durante la misma[238].

Otro aspecto interesante que destaca el informe es que, contrariamente a lo que se preveía, la crisis económica mundial iniciada en 2008 también ha dado lugar a cambios positivos, y no solo a recortes del gasto público para políticas de conciliación laboral y familiar. Así, por ejemplo, se introdujeron medidas positivas relativas a licencia de paternidad y licencia parental, destinadas a incrementar los índices de utilización por parte de los hombres. En 2013, Australia introdujo una licencia de paternidad remunerada (14 días). En Noruega, la duración de la cuota de licencia parental reservada a los padres aumentó de 12 a 14 semanas. Por una parte, estos planes destacan la tendencia a propiciar una mayor participación masculina en las

[237] La Recomendación núm. 191 (que acompaña al Convenio núm. 183) y la Recomendación núm. 165 (que acompaña al Convenio núm. 156) contienen disposiciones sobre la licencia parental. Ambos instrumentos dejan a criterio de los países la determinación de la duración, la remuneración y demás aspectos pertinentes.

[238] Los índices elevados de utilización de la licencia guardan mucha relación con el nivel de compensación por la pérdida de ingresos mientras se está de licencia y con la disponibilidad de protección del empleo. En general, los datos indican que, más que licencias prolongadas con compensaciones reducidas, quienes trabajan, personas de uno y otro sexo, prefieren una licencia mejor remunerada, y además modalidades de trabajo favorables a la familia, y servicios de cuidado infantil de calidad y asequibles, que contemplen sus necesidades y las de sus hijos/as.

responsabilidades familiares, y por la otra, se utilizan como alternativa para sortear la crisis económica aplicando medidas de conciliación laboral y familiar que promuevan la integración de las mujeres en la fuerza de trabajo.

Entre las conclusiones del informe de la OIT se destaca la recomendación a los formuladores/as de las políticas de los países de una orientación más clara sobre la no discriminación, específicamente en relación con la función reproductiva de las mujeres y con los trabajadores con responsabilidades familiares. En este sentido, se señala que las medidas sobre la maternidad y paternidad en el trabajo deben servir para prevenir y eliminar la discriminación contra las mujeres y hombres con responsabilidades familiares, han de promocionar la distribución equitativa de las mismas y lograr la igualdad real de género, se deben adoptar y aplicar a través de leyes y políticas incluyentes para lograr su protección efectiva, abordando la maternidad, la paternidad y el cuidado como responsabilidades colectivas haciendo de estas unos componentes clave de los programas de protección social, creando una cultura favorable y preventiva de seguridad y salud en el lugar de trabajo.

Sirvan estos datos facilitados por la OIT a modo de introducción global del estado de la cuestión. Así, el diferente tratamiento de la conciliación de la vida familiar y laboral que hemos examinado puede justificarse porque se encuentra estrechamente vinculado con las relaciones que se establecen entre el Estado, el mercado y las familias tanto en lo relativo al tratamiento de la gestión social del cuidado como a las relaciones de género, aspectos que configuran un determinado modelo de bienestar. Como sostiene Nuño Gómez[239], en la clásica "triada del bienestar" (Estado, mercado, familias) la gestión del *welfare* partía de la existencia de un modelo familiar donde el varón, como principal sustentador, mantenía al resto de los miembros de la familia. La intervención estatal se centró en los derechos de los trabajadores, de forma que se asignara la renta familiar, o un umbral mínimo, cuando no fuera posible obtenerlo a través del salario del cabeza de familia, mientras que la gestión de la responsabilidad social del cuidado quedó enmarcada en la malla de solidaridad familiar y, en el seno de la misma, tal atribución se reservó a las mujeres.

[239] NUÑO GÓMEZ, Laura, «Análisis comparado del tratamiento de la conciliación de la vida familiar y laboral en los países de la Unión Europea». *Cit*.

Por tanto, teniendo en cuenta la orientación general de las políticas públicas respecto a estas dos cuestiones (gestión social del cuidado y relaciones de género), se observan diferentes estrategias en el desarrollo de las políticas de conciliación a nivel global. A continuación analizaremos, mediante un somero estudio, una serie de países ejemplificativos de la existencia de tres diferentes modelos de bienestar de acuerdo con sus políticas de conciliación. Así, encontramos, siguiendo la clasificación realizada por la autora:

-Un primer grupo de países que optan por el reequilibrio tanto de la desigualdad en el ámbito público-privado como de las relaciones de género. Sus rasgos característicos son: la desmercantilización del cuidado, la orientación de las políticas públicas al objetivo de integrar empleo y familia, junto con un alto grado de protección a esta última -sobre todo en los países nórdicos-, de forma que las responsabilidades familiares no impidan la continuidad de sus miembros en el trabajo. En estos países las relaciones entre políticas familiares y políticas de género son convergentes y no contradictorias, de forma que las políticas familiares se orientan a atenuar los efectos negativos de la conciliación en la empleabilidad, así como a favorecer la igualdad entre hombres y mujeres[240]. A su vez, el mercado laboral suele caracterizarse por cierta flexibilidad en la jornada de trabajo, lo que permite adaptar la misma a las responsabilidades del cuidado.

Dentro de este primer grupo podemos destacar países como Alemania, Francia, los Países Escandinavos o Canadá.

República Federal de Alemania:

En este país la conciliación se ha convertido en un asunto habitual en la política, aunque sigue tropezando con una mentalidad tradicional que califica como "buenas madres" a las mujeres que se ocupan del cuidado de los hijos en el hogar, tal y como señala Weiss[241]. Se ha aumentado la disponibilidad de las guarderías, aunque sus

[240] Los permisos y licencias parentales contemplan una tasa de reemplazo salarial y, en algunos casos, un periodo no transferible, de uso exclusivo, de cada progenitor (como en Suecia, Bélgica, Dinamarca o Alemania).

[241] WEISS, Manfred, «Work-life-Balance: The German Experience», en *Conciliación de la vida familar y laboral y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado* (Coord. Mella Méndez, Lourdes) (Madrid: Delta Publicaciones, 2015), pp. 367-378.

horarios no encajan bien con los horarios laborales. La legislación se ha centrado en la actuación sobre el tiempo de trabajo necesario para el cuidado de niños/as y familiares, si bien se trata de instrumentos que resultan insuficientes, especialmente en la medida en que comportan desventajas económicas para quienes recurren a ellos. La negociación colectiva y los acuerdos con los trabajadores/as mejoran este status, pero suelen darse casi exclusivamente en las empresas de gran tamaño. Por ello, Weiss sostiene la idea central de que a pesar de que la legislación es avanzada, ésta no es suficiente para conseguir una conciliación real de la vida laboral y familiar, debiendo ser mejorada por las cláusulas de los convenios colectivos y por los acuerdos específicos firmados entre las empresas y los representantes de los trabajadores/as. Ahora bien, estos últimos solo existen en las grandes empresas, por lo que el gran reto de futuro es conseguir que las pequeñas y medianas empresas superen la distancia con las grandes en este aspecto.

Por lo que respecta al enfoque de la corresponsabilidad en los DCPL, como ha estudiado Cabeza Pereiro[242], las reglas fundamentales de los modelos escandinavos han inspirado en Alemania ciertas reformas, donde se ha desarrollado la idea de permisos no transferibles, con cuota de reserva al padre y con una protección social que pugna por superar el tradicional modelo del padre como sostenedor económico de la familia. En ese sentido, por ejemplo, se ha reducido el permiso parental de 3 años a 14 meses, de los cuales solo 12 se pueden disfrutar por un progenitor, reservando una cuota de dos meses al otro progenitor. Pero a la misma vez, con la inspiración evidente de la Estrategia Europea para el Empleo, se han instrumentalizado estas políticas a favor de la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo. Así, se incentiva conscientemente el retorno a la mayor brevedad de las personas que disfrutan de un permiso parental a sus empleos, aumentando la red de guarderías y de otros servicios de atención a los niños, con particular atención a la franja de edad por debajo de los tres años, procurando que resulte más fácil la crianza de hijos simultánea con el trabajo. Ello, indudablemente tiene una dimensión de política de fomento de la natalidad.

Por último, cabe destacar, entre otras medidas, un complemento de maternidad en las pensiones similar al aprobado en España en enero de 2016, por el que se reconocen a todas las madres (si bien puede asignarse al padre si es éste el encargado de la educación del hijo) los períodos por educación de hijos como períodos obligatorios

[242] CABEZA PEREIRO, Jaime, «Conciliación de vida privada y laboral», *Temas Laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social* n.º 103 (2010) pp. 45-65.

de cotización, con independencia de que hayan o no cotizado en algún momento de su vida y que, aunque no tienen la función de aumentar el importe de la pensión, se tienen en cuenta a la hora de calcular el valor que se debe asignar a los periodos acumulables[243].

República de Francia:

El establecimiento de una jornada máxima de 35 horas durante el gobierno de Lionel Jospin supuso un avance muy positivo en las posibilidades de organización de la vida personal y laboral de los trabajadores/as, identificándose esta normativa como una de las causas desencadenantes del escaso éxito del contrato a tiempo parcial en este Estado comunitario.

En cuanto a las políticas familiares, tradicionalmente enfocadas hacia servicios de guardería y prestaciones de Seguridad Social, en la práctica, han servido para sostener a las mujeres en su doble papel de mujeres y de madres. En los últimos años, pese al mantenimiento de una notable red de guarderías, se han desarrollado en mayor medida subsidios para dar cobertura a la crianza de hijos, bien a través de sistemas de cuidado informal, bien mediante la contratación de empleo doméstico, lo cual conduce hacia un sistema en el que se les concede a las madres una opción entre cuidar de sus hijos o trabajar, a través de políticas conscientes que en algunas ocasiones han pretendido apartar a las mujeres del mercado de trabajo como herramienta para combatir las altas tasas de desempleo. Máxime en el marco de un sistema en el que no se ha incentivado en modo alguno a que los padres ejerzan su responsabilidad en el cuidado[244]. Francia, al igual que España, reconoce actualmente un permiso de paternidad de 14 días y un permiso parental no retribuido de hasta dos años.

Por otra parte, según datos de la Revista Activa[245], es el único país de la Unión que dispone de medidas similares al complemento de maternidad a las pensiones contributivas aprobado en España y en vigor desde 2016 para las madres con dos o más hijos. La mejora se concreta en dos tipos de ayudas a la maternidad: por un lado, unos complementos que se reciben a partir de la jubilación, bien por tener uno o varios hijos

[243] EQUIPO EDITOR, "Medidas de apoyo a la maternidad en la UE", en *Revista de Seguridad Social Activa*, septiembre de 2015. Disponible en: http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/Panorama/REV_034805. Consultado el 30 de septiembre de 2015.

[244] CABEZA PEREIRO, Jaime, «Conciliación de vida privada y laboral». *Cit.*

[245] «Medidas de apoyo a la maternidad en la UE», *Revista Seguridad Social Activa*, 2 de octubre de 2015. *Cit.*

a cargo en el momento de la jubilación, o bien por haberlos tenido o criado con anterioridad. Se trata de un incremento que también beneficia a perceptores de una pensión de viudedad, que tienen derecho a un aumento de la pensión del 10% si han tenido, como mínimo, tres hijos. Además, si cumplen determinados requisitos, recibirán un aumento por cada hijo a cargo de 96,21 euros mensuales. Por otro lado, en determinados supuestos (como madres trabajadoras manuales con al menos tres hijos), el Gobierno francés reconoce la pensión base completa, independientemente de los años cotizados.

Países Escandinavos:

Tienen en común unas políticas familiares generosas sustentadas en una alta tasa impositiva. Se puede decir que el modelo de cuidado es considerado ejemplar y se asienta en una sólida normativa antidiscriminatoria, el fomento de la paternidad activa y un sistema público de asistencia a la infancia[246]. Suecia ha integrado los derechos del padre y de la madre en un único permiso parental de 480 días naturales a disfrutar durante los primeros 18 meses de vida del hijo/a, siendo 60 días intransferibles. En Noruega son seis semanas de permiso intransferible y en Islandia tres meses. A su vez, las familias se benefician de un amplio abanico de ayudas estatales con el fin de lograr la conciliación laboral y familiar, el reparto equitativo de tareas, así como la protección de los derechos de la infancia. Con el tiempo, estos países han desarrollado un modelo iniciado en los años 70 con una serie de reformas encaminadas a lograr una sociedad de personas cuidadoras/sustentadoras en igualdad, mediante el desarrollo de servicios públicos para el cuidado y la idea del tiempo de calidad. Se conceden amplias bajas para permisos parentales, tanto de maternidad como de paternidad (de las 52 semanas de Dinamarca a las 57 de Noruega y 69 de Suecia) respetándose prácticamente la integridad de los salarios; y todas las familias -independientemente de sus ingresos- reciben una ayuda económica que ronda los 100 euros mensuales por hijo. En Islandia el número de días que se toman los padres ha ido aumentando a medida que se implementó gradualmente una reforma de los permisos que establecía nueve meses de

[246] LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras», en *El Derecho Fundamental a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), Pág 434. *Cit.* pp. 393-396

permiso retribuido, repartido en tres meses intransferibles para las madres, tres meses intransferibles para los padres y otros tres meses más transferibles[247].

Además, a todos los padres se les garantiza una plaza en guardería pública para sus hijos y, si ésta no estuviera disponible o los padres no quisieran hacer uso de ella, reciben a cambio una compensación económica. En estos países los servicios públicos van a garantizan los cuidados básicos, y por tanto, la independencia y libertad de las personas implicadas. Así las personas pueden ofrecer a sus seres dependientes cuidados complementarios y afectos, es decir, tiempo de calidad. Tal y como señala Pazos Morán[248], se adoptan la siguientes medidas:

-Se eliminan las prestaciones para el cuidado incompatibles con el empleo.

-Se eliminan todas las medidas que desincentivaban el trabajo de las mujeres casadas.

-Se desarrolla un buen sistema publico de atención a la dependencia, de tal forma que ninguna persona necesitara depender de sus familiares para los cuidados básicos que aseguren su autonomía personal.

-Se universaliza el derecho a la educación infantil pública desde los 0 años.

-Se elimina el permiso de maternidad, sustituyéndose por los permisos parentales iguales para ambos progenitores, con mantenimiento del puesto de trabajo, salario y de todos los derechos laborales.

-Se racionalizaron los horarios disminuyendo y concentrando las horas de trabajo.

Por último, la flexibilidad en el trabajo es otro de los elementos esenciales para que la conciliación de la vida personal y laboral pueda hacerse efectiva. En este sentido, "en Suecia, como en buena parte de los países europeos, quedarse en la oficina después de las cinco de la tarde está mal visto. Lejos de generar admiración, es síntoma inequívoco de ineficiencia y de falta de responsabilidad con la familia y con la sociedad (…) Aquí es muy raro que te ofrezcan un coche de empresa, pero es muy normal que

[247] COMISIÓN PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO DEL AYUNTAMIENTO DE REIKIAVIK «En las alegrías y en las penas. Hombres islandeses de permiso por paternidad» (Islandia:1998). http://www.um.es/estructura/unidades/u-igualdad/intranet/docs/paternidad-islandeses.pdf. Consultado el 12-6-2014.

[248] PAZOS MORÁN, María, *Desiguales por ley: las políticas públicas contra la igualdad de género.* (Madrid: Los libros de la catarata, 2013).

las empresas que quieren atraer a los mejores trabajadores ofrezcan días libres o jornadas más cortas, ayudas a los padres y en general libertad para fijar los horarios"[249].

Canadá:

Las políticas de conciliación en Canadá son fruto de la idiosincrasia de este país, que ha mantenido un modelo propio de estado social con una fuerte influencia europea, pese a su proximidad con Estados Unidos. Así lo afirma Babiera Puig[250] destacando que en el Derecho canadiense, uno de los principales instrumentos para la conciliación son los permisos laborales: permiso de maternidad, permiso parental, y permiso de cuidado compasivo. Este ultimo, aunque no se ajusta del todo a la necesidad permanente de cuidados a las personas mayores, en determinadas circunstancias resulta de gran ayuda. En los supuestos mencionados, los trabajadores/as pueden beneficiarse de las prestaciones económicas del seguro de empleo[251].

La legislación federal prevé un permiso de maternidad de 17 semanas, y un permiso parental de 37 semanas para cuidar del hijo adoptado o biológico, no pudiendo exceder ambos permisos de las 52 semanas. En el supuesto de permiso para atender a familiares que tengan una enfermedad grave con riesgo de fallecimiento la legislación prevé un permiso de hasta 8 semanas. En todos estos supuestos se perciben prestaciones del seguro de desempleo, del 55% de los ingresos precedentes hasta un máximo de 15 semanas (maternity leave), 35 semanas (parental leave) o 6 semanas (compassionate care leave). Al final de los permisos el empresario/a debe reincorporar al trabajador/a en el puesto de trabajo. Ontario difiere del régimen federal en algunos aspectos, el permiso de maternidad es de 17 semanas igualmente pero requiere haber trabajado para el empresario un mínimo de 13 semanas. En cuanto al permiso parental, si se disfruta junto con el de maternidad, tendrá una duración máxima de 35 semanas en vez de 37. Por lo que respecta al permiso para cuidado de familiar, este podrá ser de hasta 8

[249] «Trabajar para vivir en el planeta sueco», *El País: Política, Derecho, sociedad. Y algo de otras cosas.*, 30 de julio de2015. Disponible en:http://politica.elpais.com/politica/2015/07/15/actualidad/1436969584_789417.html. Consultado el 02-08-2015.

[250] BABIERA PUIG, Inmaculada, «Instrumentos para la conciliación de las responsabilidades familiares y el empleo en el derecho canadiense», en *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo* (Dirs. Fernández Prieto, Marta y Cabeza Pereiro, Jaime), (Albacete: Bomarzo, 2012).

[251] En el año 2000, la reforma de la *Employment Insurance Act*, amplió los permisos sujetos a prestaciones para que los padres se hicieran cargo de los hijos durante el primer año de vida tuvo como resultado un incremento del empleo femenino. Además se incrementó el número de hombres que participaron en el programa.

semanas. Existe junto con los permisos mencionados, la posibilidad del trabajo a tiempo parcial, siendo la proporción de mujeres que trabajan a tiempo parcial del doble que el de los hombres.

La autora valora positivamente el modelo social específico de la provincia francófona de Quebec, cuyas prestaciones a favor de las personas que trabajan y necesitan atender sus responsabilidades familiares son las más generosas de todo el país, siendo su sistema de bienestar mas próximo a un modelo social democrático que el resto de Canadá, de corte más liberal[252]. En 1996, Quebec se desmarca del régimen federal de prestaciones por permisos parentales, y pone en marcha un sistema propio que entra finalmente en vigor en 2006. La legislación laboral de Quebec cuenta con un permiso de maternidad de 18 semanas y con un permiso parental de 52 semanas. También posee un permiso especifico de 5 semanas de paternidad que ha adquirido una creciente participación de los padres, al que se añade uno de 5 días cuyo disfrute debe tener lugar a los 15 días de terminación del embarazo, de los cuales dos días son remunerados. En estos supuestos las prestaciones proceden del *Quebec Parental Insurance Plan* que ofrece dos opciones: una básica del 70% de los ingresos hasta un máximo por las 18 semanas de maternidad, 5 de paternidad y 7 de permiso parental, a las que se añaden otras 25 semanas al 55%. Otra opción "especial" permite unos beneficios económicos mayores en un tiempo mas breve, esto es, el 75% de los ingresos hasta un máximo de 15 semanas el permiso de maternidad, 3 en el de paternidad y 25 semanas en el permiso parental (28 en caso de adopción). Estas mejores condiciones en Quebec, con respecto al resto de Canadá, han contribuido a elevar la tasa de actividad laboral femenina que ha pasado del 35,1% en 1976 al 82,2% en 2008.

-Un segundo grupo de países que orientan sus políticas públicas a la compensación económica de las tareas del cuidado, reequilibrando la relación público-privado pero afianzando la división sexual del trabajo. En este enfoque la intervención tiende a segregar a las trabajadoras en función de sus características sociodemográficas, y a perpetuar los estereotipos de género, de forma que son las mujeres con trabajos menos cualificados las que en mayor medida deciden retirarse del mercado laboral a

[252] A mediados de los noventa, la política social de Quebec trató de reducir la pobreza y de promover la igualdad de género a través del apoyo universal a las familias, especialmente a las de menos ingresos, facilitando el equilibrio entre paternidad y trabajo y promoviendo el desarrollo infantil y la igualdad de oportunidades.

cambio de estas ayudas. Todo lo cual permite afirmar que las políticas familiares son contradictorias con las políticas de género, de forma que lo que tejen las segundas lo destejen las primeras. Dentro de este segundo grupo encontramos países como Holanda, Luxemburgo, o Lituania.

Reino de Holanda:

El gran protagonismo en materia de conciliación se lo lleva sin duda el empleo a tiempo parcial, principal forma de contratación de la mujer y que trata de integrar una modalidad de trabajo *ad hoc* a las personas portadoras de las obligaciones familiares. Tanto en Holanda como también en Austria el interés está puesto en que las mujeres combinen trabajo y familia; en el mercado laboral y en el apoyo a las familias[253]. Cabeza Pereiro[254] ha criticado oportunamente este modelo por promocionar el modelo clásico del aportador de rentas en la unidad familiar sin cuestionar en absoluto el reparto de tareas. No obstante, hay que decir que en los Países Bajos, en general, existe una amplia estructura de ayudas, ya sea del sistema general de la seguridad social o por la vía fiscal, destinadas a las familias con hijos a su cargo, y cuyo objetivo general es garantizar que los costes ocasionados por la crianza de los hijos/as (ya sean éstos biológicos o adoptivos) no resulte una carga desmedida para las unidades familiares con hijos/as a su cargo[255].

Luxemburgo:

Encontramos una situación similar a la del Reino de Holanda. Además, según la Revista Activa[256], existe una prestación llamada *Forfait d'éducation* que se concede al padre, la madre o a la persona que se ha dedicado principalmente a la educación de uno o varios hijos. Los requisitos son estar domiciliado en el país y residir efectivamente en el momento del nacimiento o adopción. Además la persona debe tener 65 años de edad y no puede beneficiarse (él ni su cónyuge) de los *baby-years* o períodos asimilados para un mismo hijo. Esta prestación puede añadirse a la pensión de

[253] LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, Alicia, «Las políticas de igualdad de género en el Derecho comparado», En *Estudios Interdisciplinares sobre Igualdad* (Álvarez Conde, Enrique, Figueruelo Burrieza, Ángela, Nuño Gomez, Laura, Coord. Cancio Álvarez, Mª Dolores) (Madrid: Iustel, 2011), pp. 371-373.

[254] CABEZA PEREIRO, Jaime, «Conciliación de vida privada y laboral». *Cit*.

[255] «Medidas de apoyo a la maternidad en la UE». *Cit*.

[256] Ibid.

jubilación, si bien en el caso de percibir un complemento de mínimos, no lo percibirá si la cuantía supera al mínimo.

Lituania:

La legislación proporciona una amplitud de medidas garantistas para los empleados/as con obligaciones familiares, con diversos permisos subvencionados por la Administración que sin embargo presentan limitaciones al ser fundamentalmente permisos de ausencia, además de haber sido reducidos en sus cuantías durante la crisis. Petrylaite y Petrylaite[257] afirman que ello provoca problemas de reintegración en el mercado laboral, puesto que al ser remunerados y duraderos, desmotivan el retorno. Las autoras reprochan que se trate de medidas fundamentalmente financieras, con olvido de otras medidas "activas" como el trabajo a tiempo parcial, el teletrabajo, etc. También indican que la utilización de estas medidas acaba provocando una confrontación entre los trabajadores/as, dado que los que se van tienen derecho a que se mantenga su puesto de trabajo para cuando terminen el permiso, mientras que otros trabajadores/as se ven sometidos a medidas de flexibilidad empresarial porque no cuentan con esa posibilidad. Finalmente, desde el punto de vista constitucional, las autoras destacan que aunque la Corte lituana había afirmado en un principio que el derecho a la seguridad social debe ser garantizado a pesar de la tesitura económica, con motivo de la crisis ha admitido que en casos excepcionales, debido a situaciones entre las que puede encontrarse una recesión económica, la disponibilidad presupuestaria para la seguridad social puede ser reducida por causa de otros intereses sociales relevantes o por la protección de determinados valores constitucionales.

-Un tercer grupo de países optan por una regulación restrictiva, sin asumir costes directos, y tienen una intervención más bien pasiva, todo lo cual promociona el desequilibrio entre el trabajo productivo y reproductivo, así como la asimetría de las relaciones de género. Este grupo se caracteriza por una limitada intervención del

[257] PETRYLAITE, Daiva y PETRYLAITE, Vida, «Work-life Balance: Social Rights and the Economic Crisis - seeking Economical and Constitutional Solutions (Lithuanian Phenomenon)», en *Conciliación de la vida familar y laboral y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado* (Coord. Mella Méndez, Lourdes) (Madrid: Delta Publicaciones, 2015), pp. 433-451.

Estado, que desvía casi íntegramente hacia el mercado[258] o hacia las unidades familiares[259] la gestión social del cuidado, con escasa compensación económica. El modelo se ha visto reforzado por la vigencia de una tradición popular fuertemente asentada en la división sexual del trabajo, por las características de sus mercados laborales, y por la debilidad de sus políticas familiares. En materia de conciliación suelen ser generosas en tiempos, pero no en recursos, prestaciones económicas o servicios públicos destinados a atender las responsabilidades familiares, tendiendo además a tener un enfoque neutro. Por todo ello, en los países de este grupo se hace muy difícil conciliar vida familiar y laboral, por no hablar del refuerzo y consolidación de los rasgos patriarcales que supone dicho modelo.

Entre este tercer grupo encontramos países como Reino Unido, Italia, Grecia, Estados Unidos, Chile y Argentina.

-Reino Unido:

El estudio realizado por Carby-Hall[260] de la conciliación en este país destaca que aunque no existe una legislación británica específica, sí, existe en cambio, una importante normativa que promueve ese concepto. Normativa sobre tiempo de trabajo, trabajo y familia, igualdad, empleo temporal y a tiempo parcial, trabajo en fin de semana, etc. Cada una de ellas contiene manifestaciones del problema de la conciliación, y se caracterizan porque al mismo tiempo que la favorece entre los empleados/as no olvida proteger al empleador/a de un eventual uso abusivo por aquéllos. No obstante destaca que sin el impulso de la numerosa normativa de la Unión Europea, no se habría desarrollado de ese modo en el Reino Unido, y ello pese a las

[258] En Reino Unido e Irlanda, las ayudas existentes normalmente están sujetas a comprobación de recursos y apenas existe cobertura pública de servicios para el cuidado, dejando en manos del mercado y de la capacidad económica de cada familia la externalización de los mismos. Sin embargo, herederos del modelo de protección social de Beveridge, reconocen la atención a la dependencia como un derecho universal de ciudadanía y sus mercados laborales facilitan la reducción de la jornada para atender las responsabilidades del cuidado. Por ello, pese a fomentar la asimetría de género y el desequilibrio público-privado, este modelo facilita -en cierta forma- la asunción de las responsabilidades en ambos espacios.

[259] Por el contrario, los países donde la conciliación de las responsabilidades públicas y privadas parecen menos viables son los países mediterráneos. España, Italia, Grecia, Chipre, Malta o Portugal, son sociedades con relaciones de género tradicionales en las que la gestión social del cuidado -siguiendo la tradición cultural popularmente asumida- recae en la familia y en concreto, en las mujeres que la integran.

[260] CARBY-HALL, Jo, «The Work-Life Balance Concept in UK», en *Conciliación de la vida familar y laboral y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado* (Coord. Mella Méndez, Lourdes) (Madrid: Delta Publicaciones, 2015), pp. 321-347.

resistencias que tradicionalmente han existido en este país frente a cierta legislación europea de corte social. Por otro lado, y teniendo en cuenta que la normativa aludida lo es de mínimos, se residencia fundamentalmente en la negociación colectiva su implementación en aspectos tales como tiempo de trabajo, maternidad o permisos parentales. Ahora bien, en ocasiones esa negociación es propiamente colectiva, a la manera que se entiende en España –entre empleador/a y organizaciones sindicales- y en otras, cuando el empresario/a no reconoce como interlocutores a los sindicatos, entre aquel y la fuerza de trabajo directamente.

Por otro lado, los Derechos Humanos, articulados tanto a través de la Declaración Universal como de la Human Rights Act de 1998 ejercen una influencia notable en la relación entre la empresa y el trabajador/a. Esta última recoge en su art. 8 el respeto a la vida privada y familiar, el derecho a contraer matrimonio y formar una familia (art. 12), o a no ser discriminado en lo que atañe al respeto a los derechos y libertades (art. 14), cada uno de los cuales se encuentra relacionado con el concepto de conciliación. Abundando en el tema, Gromek-Broc[261] destaca igualmente que la dispersión de la conciliación en la legislación británica ha respondido a impulsos de la normativa europea. Indica asimismo que bajo los gobiernos laboristas se ha producido un desarrollo general en el empleo femenino que ha tenido repercusión directa sobre la conciliación en aspectos tales como: la tasa de empleo, la extensión del permiso de maternidad y los permisos de paternidad (remunerados o no remunerados), solicitud de jornada flexible, etc. No obstante la autora señala consecuencias negativas similares a las que se producen en España: escasa autonomía de decisión por parte de los trabajadores/as, trayectorias laborales ralentizadas, mayor número de mujeres que de hombres que se acogen a estas medidas, además de que muchas de las políticas no tienen en cuenta realmente las necesidades reales de quienes las solicitan.

La crisis económica coincidió con la finalización de los gobiernos laboristas, tras trece años, y trajo consigo un contexto menos favorable para la conciliación: desregularización del mercado laboral y reducción de servicios sociales, en especial los relacionados con el cuidado a la infancia. Todo ello ha repercutido sobre las mujeres particularmente, al desincentivarse las medidas remuneradas de conciliación, máxime

[261] GROMEK-BROC, Katarzyna, «Work life Balance in a Time of Economic Crisis in the UK», en *Conciliación de la vida familar y laboral y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado* (Coord. Mella Méndez, Lourdes) (Madrid: Delta Publicaciones, 2015), pp. 349-365.

teniendo en cuenta que el endurecimiento del mercado crediticio hacía aconsejable que hubiese dos sueldos en la unidad familiar.

En resumen, las políticas de conciliación en el Reino Unido se encuentran en decadencia, para la autora, tras la crisis económica. Y ello no tanto por causas económicas cuanto ideológicas, en lo que califica como un "retorno a la retórica Tatcheriana", y que ha supuesto el endurecimiento en las condiciones de acceso a toda clase de subsidios. De todos modos señala que las políticas de conciliación, por así decirlo, forman parte ya de la política de empleo británica, y aunque han experimentado un retroceso confía en que no sea por mucho tiempo. Así, a modo de ejemplo, se estudia en Reino Unido la ampliación del permiso de paternidad hasta un año; actualmente se reconoce un permiso ordinario de 2 semanas, con la posibilidad de un permiso de paternidad adicional de hasta 26 semanas si la madre o el otro adoptante retorna al trabajo[262].

-Italia:

En este país no se dispone de complementos de apoyo a las pensiones por la realización de trabajos de cuidado[263], sin embargo, hasta las reformas de las pensiones que se realizaron en 2011, sí existía una diferencia entre hombres y mujeres en cuanto al requisito de edad legal de jubilación de 5 años, es decir la edad de jubilación para los hombres era de 65 años y de 60 para las mujeres. A partir de 2012 la edad legal ha ido subiendo, tanto para los hombres, como para las mujeres del sector privado, hasta llegar en 2018 a la total equiparación. Así pues, como apuntan Canal, Marocco y Rustichelli[264], la crisis económica ha causado un gran impacto en la sociedad y en las políticas actuales del Gobierno, dando lugar a lo que se conoce como el "Segundo Estado del Bienestar", señalando que dentro de este nuevo modelo, la empresa tiene una gran responsabilidad y un gran reto, pues es la que debe poner en práctica un sistema de trabajo que permita compatibilizar tanto sus expectativas de productividad como las necesidades de conciliación de sus trabajadores. En cuanto a las medidas de

[262] LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Cit*., pp. 393-396.

[263] «Medidas de apoyo a la maternidad en la UE». *Cit.*

[264] CANAL, Tziana, MAROCCO, Manuel, y RUSTICHELLI, Emiliano, «Crisi economica, riduzione dell' orario di lavoro e work-life balance: uno sguardo alla sperimentazione italiana degli ammortizzatori sociali in deroga», en *Conciliación de la vida familar y laboral y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado* (Coord. Mella Méndez, Lourdes) (Madrid: Delta Publicaciones, 2015), pp. 399-419.

conciliación en Italia, el estudio elaborado por Bini[265] destaca la larga tradición del teletrabajo en este país, particularmente en el ámbito de la Administración pública.

-Grecia:

Existe un escaso desarrollo de los servicios sociales, además de una carencia de medidas destinadas al cuidado de los niños/as preescolares y en edad escolar durante las horas posteriores al colegio, a lo que hay que sumar el excesivo coste económico de las existentes, que hacen muy difícil la conciliación, lo que está llevando a que la práctica común sea abandonar el trabajo después de dar a luz y no reanudarlo. Para contrarrestar todo ello existe el Plan Nacional de Acción para el empleo, que recoge una serie de medidas para incentivar la empleabilidad de las mujeres, consideradas aún insuficientes[266].

Estados Unidos:

En el nivel federal, la *Family and Medical Leave Act,* FMLA, (1993) garantiza hasta doce semanas de permiso, pero no se contempla una cobertura retributiva ni de protección social, además de que el trabajador/a debe haber prestado servicios durante un periodo de tiempo en determinadas condiciones, y a la empresa se le exigen determinados requisitos de plantilla, por lo que solo cubre algo más de la mitad de la población activa estadounidense[267]. Así se afirma también en el estudio realizado por Lester[268] sobre los permisos parentales donde destaca, entre otras cuestiones, que los permisos retribuidos para cuestiones familiares de los trabajadores/as otorgados por los seguros de las empresas son claramente insuficientes. Así, una encuesta realizada en el año 2000 reflejó que sólo el 42% de las empresas privadas proporcionaban prestaciones para bajas por maternidad pagadas. Estas prestaciones podían, en algunos casos, ir más

---

[265] BINI, Stefano, «Il telelavoro nell'ottica del Wok-life Balance: Italia e Spagna a confronto», en *Conciliación de la vida familar y laboral y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado* (Coord. Mella Méndez, Lourdes) (Madrid: Delta Publicaciones, 2015), pp. 589-609.

[266] LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, Alicia, «Las políticas de igualdad de género en el Derecho comparado». *Cit*.

[267] LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras». *Cit*. pp. 393-396

[268] LESTER, Gillian, «La baja retribuida en los Estados Unidos y el modelo californiano», en *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualitario de las reformas parentales*, (Coord. Cardona Rubert, M.ª Belén), (Albacete: Bomarzo, 2009), pp. 87-114.

allá del periodo de recuperación física para permitir el establecimiento de vínculos más intensos con el nuevo hijo, pero no eran de aplicación ni a los padres varones ni a las bajas de los padres adoptivos. Además, pese a la existencia de prestaciones, sólo un tercio de las mujeres que trabajaban durante el embarazo recibieron pagas durante el permiso laboral después del parto. Asimismo, cuando una trabajadora recibe prestaciones, la duración puede ser bastante limitada. El estudio sobre trabajadoras embarazadas indicó una rápida caída del disfrute de prestaciones de sustitución del sueldo después del periodo inmediatamente posterior al parto.

En cuanto a los permisos parentales retribuidos, una encuesta gubernamental mostró que en 2007 sólo un 8% de los trabajadores/as del sector privado cumplían los requisitos para disfrutar de las bajas familiares retribuidas ofrecidas por su empresa.

En 2004, California se convirtió en el primer Estado que proporcionaba a los trabajadores/as del sector privado, a través de un programa gubernamental, bajas familiares retribuidas (FTDI)[269]. Las prestaciones equivalen a un 55% de su sueldo anual, con un mínimo y un máximo que fija anualmente el gobierno. Se tiene derecho a la prestación siete días después de que el trabajador/a se vuelva incapaz de llevar a cabo su trabajo habitual debido a la necesidad de coger la baja. Un trabajador/a podrá disfrutar de hasta seis semanas de prestaciones del FDTI durante cualquier periodo de doce meses. En el mismo sentido, el Estado de Washington continuó en 2007 creando un programa de bajas parentales que da a los nuevos padres hasta 250 dólares durante un máximo de cinco semanas después del nacimiento o la adopción de un hijo. No ofrece beneficios para otros tipos de asistencia familiar o para enfermedades personales, pero al contrario que los programas de California o Nueva Jersey, el programa de Washington también amplia los derechos de protección del trabajo. En 2008, Nueva Jersey se convirtió en el tercer Estado en adoptar un programa de bajas retribuidas y gestionar las prestaciones a través del programa de seguros de invalidez temporal ya existente, que se financia con un impuesto sobre la nómina de los trabajadores/as. Proporcionará seis semanas de prestaciones, según una proporción de compensación de dos tercios del sueldo hasta una cantidad máxima (524 dólares en 2008) para aquellos trabajadores que cojan una baja para cuidar a familiares enfermos o para establecer lazos afectivos con un recién nacido o adoptado. La nueva prestación se financiará a

[269] Se establece un periodo de carencia de 12 meses durante el cual la empresa ha tenido que pagar al trabajador/a en concepto de sueldo al menos trescientos dólares. Siendo este requisito de ingresos muy bajo por lo que las exclusiones concretas son muy pocas y una gran mayoría de los empleados del sector privado están cubiertos.

través de un aumento en el impuesto sobre el sueldo de los trabajadores/as que en la actualidad financia el programa de seguros por invalidez temporal de Nueva Jersey.

En el momento de realización del estudio, Lester destaca que hay otros cinco Estados que estudian propuestas de bajas familiares semejantes (Arizona, Massachussets, Minnesota, Nueva York y Pensilvania). Varían en términos de cobertura, hechos que pueden activarlos (sólo el cuidado de los niños o también en de familiares enfermos), financiación (impuesto sobre la nómina o ingresos generales), prestaciones (porcentaje en tramos del sueldo o una cantidad fija), duración de las prestaciones, forma institucional (ampliación de los programas de seguridad social ya existentes, como el seguro por invalidez temporal o el de desempleo, o creación de un nuevo programa). Sin embargo, ninguno de ellos ofrece derechos independientes de readmisión en el puesto de trabajo.

Chile:

No existe un reconocimiento generalizado sobre el tema de la conciliación de la vida familiar y del trabajo, al menos desde el enfoque de lograr una participación equilibrada entre mujeres y hombres en las obligaciones familiares, tal y como explica Sierra Herrero[270]. En lo que se refiere a que el padre asuma un rol activo en las responsabilidades de la familia por el nacimiento de un hijo, esta es una cuestión que no suscita la mayor atención del Gobierno y sólo se materializa, en buena parte, otorgando al padre un permiso de cinco días. Sí se cuenta, por el contrario, con varias normas que protegen la maternidad y el cuidado femenino, y que contemplan una serie de derechos por este motivo, tales como permisos para ausentarse del trabajo por el parto y la recuperación que conlleva[271], permisos para alimentar al recién nacido[272], permisos para ausentarse por enfermedad de menores o fallecimiento de parientes, inamovilidad en el

[270] SIERRA HERRERO, Alfredo, «Trabajo y familia. Su conciliación en el ordenamiento laboral chileno», en *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Monografías 747 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), pp. 409-421.

[271] El denominado descanso pre-natal y post-natal: 18 semanas distribuidas de la siguiente forma: seis semanas antes del parto y doce después del parto del parto con percepción del 100 de su remuneración.

[272] Existe un permiso para alimentar a los hijos menores de dos años consistente en el derecho a disponer de una hora al día para alimentar a hijos menores de dos años, se trata de un permiso retribuido pero que no es acumulable. Además existe un derecho a sala cuna: las empresas con mas de 20 trabajadoras tienen la obligación de tener salas anexas e independientes del local de trabajo en donde las mujeres pueden alimentar a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo. El mantenimiento de la sala cuna será de costo exclusivo del empleador que deberá tener una persona competente a cargo de la atención y cuidado de los niños.

trabajo (fuero maternal)[273], etc. En cuanto a la regulación del tiempo de trabajo en conexión con los derechos de conciliación, no existe normativa específica, de modo que en materia de jornada solo es posible deducir cierta legislación que, de manera indirecta tendrá trascendencia en la correspondencia entre familia y trabajo como la regulación de las jornadas excepcionales, o la jornada a tiempo parcial.

República Argentina:

El teletrabajo goza en este país de un gran impulso institucional, contando con un proyecto de ley específico sobre la materia[274], además de programas de promoción tanto en el ámbito público como en el privado. Asimismo se han creado sistemas propios de evaluación de las competencias profesionales adquiridas por los trabajadores/as con esta nueva forma de trabajar.

A la vista de lo expuesto en esta sección podemos extraer una serie de conclusiones:

-En el plano teórico-jurídico, los derechos de conciliación raramente forman un cuerpo único en las legislaciones de los Estados, debiendo deducirse estos derechos, al igual que ocurre en España, de diferentes normativas sobre igualdad, tiempo de trabajo, protección a la familia, protección del empleo, etc. Por otra parte, se observa que, como asimismo ha pasado en nuestro ordenamiento, en los países de la Unión Europea se ha legislado a impulso tanto la normativa de la UE como la jurisprudencia del TJUE.

-En la mayoría de los países analizados, en mayor o menor medida aun se sigue asociando, a través de las políticas, el cuidado con la mujer. Como sostiene Nuño Gómez "todos los países, tengan estos la orientación que tengan, derivan en mayor o menor grado la gestión social del cuidado hacia las mujeres. Y, si bien es cierto, que el tratamiento de la conciliación y de la igualdad de género, coloca en diferentes posiciones a las ciudadanas comunitarias en función del país de pertenencia, no lo es menos que en ningún país se ha abordado el conflicto con la complejidad que requiere:

[273] El fuero maternal es el derecho que tiene toda trabajadora a no ser despedida desde que esté embarazada y hasta un año después de que finalice su periodo de descanso posterior al parto (post-natal).

[274] Proyecto de ley enviado al Congreso de la Nación el 2 de julio de 2007 elaborado por la Comisión de Teletrabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y S. Social de la Nación, y reelaborado para ser presentado de nuevo el 12 de octubre de 2010.

reformulando y flexibilizando la relación público-privado e impulsando la incorporación de las mujeres al espacio público en igualdad de condiciones"[275].

-El reparto de responsabilidades a través de los derechos de conciliación, con la atribución de un permiso de paternidad intransferible, así como la introducción de licencias parentales destinadas a incrementar los índices de utilización por parte de los varones, ha experimentado durante los últimos años un incremento en diferentes países, pese a la crisis económica, un aspecto positivo que merece ser destacado y que además de promover la igualdad de género ha contribuido a la integración de las mujeres en la fuerza de trabajo.

-En cuanto a los derechos de conciliación presenciales como la posibilidad de adaptación de jornada, a excepción de lo que ocurre en los países nórdicos, o incluso Alemania, la flexibilidad horaria sigue siendo a nivel global una asignatura pendiente.

-La protección de la maternidad se sitúa como la medida de conciliación mas desarrollada, con derecho a una prestación remunerada en muchos países, derecho de reingreso al puesto de trabajo y protección frente al despido. No obstante, existen aun países del mundo donde las mujeres continúan sin ninguna prestación económica ni otros derechos durante dicho periodo, lo que resulta urgente solucionar. Las medidas falsamente protectoras de la mujer durante la situación de maternidad, pese a haberse declarado contrarias al principio de igualdad y no discriminación, continúan presentes en muchos países. Por otra parte, no existe un derecho a la protección de la paternidad en la mayoría de ellos, y en aquellos en los que sí se ha reconocido, como en el caso de Chile -que contempla un permiso de 5 días al padre mientras que para la madre lo es de 18 semanas-, algo parecido a lo que ocurre en España, la enorme diferencia en la atribución de permisos entre los dos progenitores no hace sino afirmar el rol principal femenino de cuidado y el rol secundario o accesorio masculino en el cuidado. Todo ello, claro está, a excepción de los países nórdicos, donde se ha abandonado la idea de permisos de maternidad y paternidad, para pasar a hablar de permisos parentales iguales, intransferibles y pagados para ambos progenitores.

-En cuanto a los permisos parentales remunerados siguen sin reconocerse en la mayoría de países, sólo en algunos casos como Lituania se fomentan y son de larga duración, lo que acaba alejando a las personas en muchos casos del mercado laboral.

[275] NUÑO GÓMEZ, Laura, «Análisis comparado del tratamiento de la conciliación de la vida familiar y laboral en los países de la Unión Europea». *Cit*.

Por otro lado, el hecho de que los permisos parentales no incluyan remuneración provoca que sean las mujeres las que acaben haciendo uso de los mismos, al disponer en la mayoría de los casos de un salario inferior al del varón. Es positivo que en algunos Estados de los EEUU o Canadá se hayan regulado ya a nivel gubernamental permisos familiares retribuidos, a fin de que todos los trabajadores/as puedan hacer uso de ellos.

-Las políticas del tiempo de trabajo en algunos países han contribuido a facilitar la conciliación, como es el caso de Francia, al igual que ocurre en los países del norte de Europa. Otra asignatura pendiente en cuanto al tiempo de trabajo sigue siendo la flexibilidad en su disposición para el trabajador/a, algunos países como Italia y Argentina han desarrollado la opción del teletrabajo, sobre todo en el ámbito de la Administración pública, pero salvo en los países nórdicos, el derecho a adaptar la jornada de trabajo por necesidades de conciliación personales y/o familiares, aún no ha cobrado el protagonismo que requiere.

-La negociación colectiva debe desarrollar soluciones a las necesidades de conciliación de los trabajadores/as, sobre todo en pequeñas y medianas empresas que no tienen convenio colectivo propio ni una representación sindical fuerte.

-En cuanto a los servicios públicos para el cuidado y la dependencia, existe una clara diferencia entre los países del norte de Europa como Alemania, Reino Unido, Francia y Países Bajos -que complementan los derechos de conciliación en el plano laboral con servicios sociales públicos como guarderías para menores de 3 años o ayudas económicas considerables que permiten el fomento de la natalidad- con los del sur, donde el cuidado se continúa residenciando tanto simbólica como efectivamente en la mujer.

Por último hay que señalar que la crisis económica ha tenido una importante repercusión negativa en el avance tanto de los derechos de conciliación de los trabajadores/as, como de las medidas sociales adicionales, a excepción de los países escandinavos, afectando principalmente estos recortes a las mujeres a la vez que ha aumentado el nivel de precariedad en el empleo de estas en la mayoría de países en el entorno de la Unión Europea, sobre todo en los países del sur de Europa de enfoque familiarista como Italia o Grecia o España. Sobre ello abundaremos en el siguiente capítulo de este trabajo.

CAPÍTULO II: TRABAJO, TIEMPO DE TRABAJO Y DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL

En efecto, se hace preciso confrontar los marcos teóricos que hemos desarrollado en el capítulo precedente con el entorno social y jurídico en que se desenvuelven. El desarrollo de los DCPL, como el de cualquier otro derecho, no sólo ha de contemplarse en los estrictos, aunque limitados términos de su inclusión formal en los diversos niveles del ordenamiento: tal como exige el art. 3, apdo. 1, del Código Civil, al establecer las reglas hermenéuticas con que deben resolverse los conflictos sobre el significado y alcance de las normas, debemos atender al contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Y así, el análisis que realicemos en torno a la existencia y virtualidad práctica de los derechos de conciliación debe partir necesariamente de un conjunto de circunstancias de diversa índole que se encuentran presentes tanto en su surgimiento cuanto en su desarrollo. Entre ellas, la consideración del tiempo de trabajo como un factor de la máxima relevancia a tener en cuenta en la regulación de los DCPL –pese a que, como veremos, no siempre ha sido así-: su distinta configuración y distribución entre sexos; el igualmente diverso poder de ordenación que sobre el tiempo de trabajo otorga el ordenamiento jurídico a los trabajadores/as, por un lado, y la empresa, por otro; la incidencia que la crisis económica que se inició en el año 2008 tiene sobre todo ello. Se trata, pues, de una realidad histórica y sociológica de la que no es posible prescindir para entender lo que son y han sido los DCPL y, más aún, lo que deberían ser. A este respecto reflexionaremos acerca de una serie de propuestas que desde diversos ámbitos académicos se han puesto sobre la mesa para regular el tiempo de trabajo como componente inequívoco de tales derechos.

Sin embargo, de manera previa, debemos detenernos en el estado actual de la disciplina jurídica en la que sustancialmente nacen y se desarrollan: el Derecho del Trabajo, la cual presenta una singular afectación en el momento presente que necesariamente incide sobre ellos. Cuando hablamos de regulación lo hacemos precisamente a través de la perspectiva jurídico-laboral, que a su vez debe enmarcarse

en un conjunto más amplio que es la Constitución, y para ello se hace imprescindible, como comprobaremos de seguido, despejar el clima enrarecido que sobre ella se ha venido construyendo en el entorno político y socio-económico contemporáneos.

En definitiva, la regulación normativa en este ámbito opera sobre una realidad y a través de unas herramientas jurídicas concretas. Analizar ambas brevemente resulta preciso para adentrarnos con rigor en la formulación de los DCPL, pues un conocimiento cabal de ambos aspectos evitará la tentación de especular en el vacío. A fin de cuentas, el derecho nace para ser aplicado. A estudiar las dificultades apriorísticas que se encuentran los nuevos DCPL dedicaremos el presente capítulo.

1. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO COMO CONTEXTO Y CONDICIONANTE EN EL QUE SE DESARROLLAN LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

1.1. Los rasgos caracterizadores de la disciplina en su origen histórico

El Derecho del Trabajo nació sustentado en un esquema relacional concentrado en dos polos: el trabajador/a y el empleador/a, cuyas posiciones trataba de armonizar teniendo en cuenta los diferentes puntos de partida de ambos y las muy diversas capacidades que mostraban en el transcurso de su vinculación, esquema que actualmente se encuentra sometido a una revisión de sus mismos fundamentos como seguramente no ha ocurrido con ninguna otra faceta del derecho. La sociedad post-industrial ha traído consigo el nacimiento de nuevas esferas de regulación que, por ende, se han convertido en objeto de estudio científico, pongamos por caso el Derecho Medioambiental o el relacionado con las nuevas tecnologías. Asimismo tradicionales asignaturas de los estudios jurídicos, como la Administrativa, la Penal o la Mercantil, han adquirido un desarrollo tan relevante que se han visto necesitadas de mayor especialización y, en consecuencia, fragmentariedad; así se han ido consolidando el Derecho de la Propiedad Intelectual, el Urbanístico o el Penitenciario; por no mentar las que han surgido del auge de la producción jurídica de Organismos Internacionales y de los fenómenos económicos transnacionales, sobre todo en aspectos como los Derechos Humanos, el Comercio o la Fiscalidad. Ninguna materia de las que configuraban los tradicionales planes de estudios de las Facultades de Derecho ha visto, empero, cuestionadas su propia existencia, utilidad y contenido como la laboral. Se habla de la necesidad de modificar sus planteamientos, de reducir su alcance material y su naturaleza exigible, o de verse sustituida, sencillamente, por la libre voluntad de las partes contratantes, convirtiéndose así en una suerte de escueta regulación “de mínimos” o en todo caso subsidiaria; se le reprocha el haber sido uno de los factores influyentes en la crisis económica que se inició en 2008 y aún perdura, o cuando menos de la lentitud de su recuperación; se la presenta, en ocasiones, como excesivamente rígida, escasamente adaptable a los cambios de la sociedad contemporánea. Y si bien

esta discusión surge inicialmente en el debate público, siempre sometido a los avatares de intereses políticos y económicos enfrentados, no cabe duda de que ha terminado por trasladarse al ámbito académico.

En palabras de Goldin, el Derecho del Trabajo es un "derecho bajo fuego"[276], al que se ataca desde dos frentes: por un lado, el de su compatibilidad con los criterios de eficiencia y flexibilidad, en relación con el funcionamiento adecuado del mercado de trabajo y del de productos (los cuales se desarrollarían mejor, de conformidad con ese argumento, cuanto más rápidamente pudiesen producir los ajustes de oferta/demanda y precios que requieran las circunstancias, apareciendo así el Derecho del Trabajo como un factor de interferencia que perturba la espontánea adecuación de tales parámetros); el segundo de los ataques tiene que ver con el debilitamiento normativo (mediante las demandas de flexibilidad y desregulación), al que debe unirse un debilitamiento aplicativo (relacionado con la limitación de la significación, el poder y las competencias tanto de los actores sociales como de los agentes que tienen a su cargo la aplicación del Derecho del Trabajo).

Para reflexionar sobre todo esto resulta pertinente recordar de forma somera los orígenes del Derecho del Trabajo, el porqué de su surgimiento y los rasgos característicos que lo han venido acompañando; de este modo podremos plantearnos si tales elementos continúan o no vigentes y se requiere, en consecuencia, una transformación profunda de la disciplina. De acuerdo con Monereo Pérez, el desarrollo histórico del Derecho del Trabajo se inserta en el marco más amplio del proceso de racionalización jurídica del mundo occidental, como concepto instrumental que permite ordenar la realidad y comprender el sentido de las acciones humanas, y que en el ámbito de esta materia ha venido respondiendo a una doble exigencia: facilitar el funcionamiento de la economía y asegurar la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores/as. "A la postre esta racionalización del orden económico-social", nos dice el autor, "participa del fin instrumental de todo proceso de racionalización, que no es otro que la reducción de los conflictos y el aumento de la productividad del trabajo", esto es, "civilizar las relaciones sociales, sustituyendo en ellas las relaciones de fuerza por relaciones de Derecho"[277]. Con ello se legitiman

[276] GOLDIN, Adrián, «Algunos rasgos definitorios de un derecho del trabajo en proceso de cambio», *Relaciones Laborales, n.º 2*, Sección Doctrina, Febrero 2014, Año 30, tomo 1, Editorial La Ley.

[277] MONEREO PÉREZ, José Luis, «Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la "cuestión social"», *Relaciones Laborales, n.º 2* Sección doctrina, 2001.

jurídicamente los poderes empresariales de organización de la empresa y de utilización de la fuerza de trabajo, sometiéndolos sin embargo a ese proceso de racionalidad jurídica que busca un equilibrio entre los intereses contrapuestos de trabajadores y empresarios.

En la misma línea, Cazzetta nos recuerda que "la consolidación entre los siglos XIX y XX del derecho del trabajo se caracteriza por el arraigo, progresivo y creciente, de una consciente línea de separación en relación con el poder ilimitado garantizado por la libertad contractual individual. *Contra* una libertad de contrato abstracta e ilimitada, absolutamente indiferente hacia la "situación social particular del trabajador", se requiere una nueva normativa especial-social. *Contra* la "violencia de la persona" que encerraba aquella abstracción, se diseña un nuevo derecho "social" destinado a integrar, especificar y circunscribir las exangües simetrías de una igualdad y una libertad solemnemente proclamada en textos alejados de la vida de los individuos de carne y hueso. *Contra* un contrato que era la más pura exaltación de la libertad individual, se reclama el valor de los grupos, la dimensión colectiva del trabajo"[278]. Es decir, el Derecho del Trabajo nació de la "negación de la fe ciega en la justicia intrínseca que se había atribuido a cada libre opción contractual", y como una normativa limitativa del derecho civil común, configurándose en definitiva como un sistema de límites a la autonomía privada y de restricciones que se legitiman en razón de la finalidad tuitiva. La función asignada al Derecho del Trabajo en la sociedad es integrar el conflicto dentro de las coordenadas que enmarcan un determinado modo de producción o sistema político[279].

Por su parte, Ojeda Avilés[280] analiza los orígenes de esta materia en un estudio reciente que reviste especial interés por cuanto resulta iluminador acerca de determinados aspectos que, procediendo de una sociedad y un tiempo muy diferentes a los actuales, presentan relevantes semejanzas que pueden darnos a entender la dirección que sigue esta faceta del ordenamiento en la actualidad. Nació la disciplina, en lo que

---

[278] CAZZETTA, Giovanni, *Estado, juristas y trabajo. Itinerarios del Derecho del Trabajo en el siglo XX*, 1ª (Madrid: Marcial Pons, 2010), pp. 64.

[279] DUEÑAS HERRERO, Laurentino y DUEÑAS CASTRILLO, Andrés, «El descuadre constitucional de las reformas laborales en tiempos de crisis económica» (*VI Congreso Nacional de Mercado de Trabajo y Relaciones Laborales*, Palencia: Universidad de Valladolid, 2016).

[280] OJEDA AVILÉS, Antonio, *La deconstrucción del derecho del trabajo* (Madrid: La Ley, 2010).

los países europeos atañe -nos explica el autor-, en la primera década de 1900, con la aprobación de importantes leyes sobre descanso dominical y sobre accidentes de trabajo, y en particular con la Ley británica de Salarios Mínimos de 1909 y el Código de Trabajo francés de 1910. Leyes que se enfrentan a las antiguas concepciones: así, el Código Civil francés de 1802 apenas hacía referencia al arrendamiento de servicios; en la misma línea, los estudiosos alemanes habían terminado por considerar que el contrato de trabajo no derivaba del arrendamiento romano, sino del contrato de vasallaje germánico; y en el Reino Unido se regulaba el contrato entre amo y criado con una serie de normas criminales contra el incumplimiento del trabajo y la ruptura del contrato por el criado. En el ámbito español, se dicta en 1926 el Código del Trabajo o Código de Aunós, regulación parcial referida únicamente a algunos aspectos del contrato de trabajo, al contrato de aprendizaje, a los accidentes de trabajo y a los Tribunales Industriales.

El contexto laboral en que nacen y se desarrollan esas primeras normas que podemos calificar como de Derecho del Trabajo respondía, en palabras de Barreiro González y Rodríguez Escanciano[281], al "modelo fordista", caracterizado por la "fuerte aportación de capital físico y una organización de trabajadores con cualificaciones diferenciadas que prestaban su actividad en un espacio geográfico limitado y durante una jornada laboral muy formalizada y estable", donde se desarrollaban procesos de producción masiva de productos escasamente diversificados y a través de fases muy diferenciadas. El contrato de trabajo típico "vinculaba a un empleador con un trabajador cuyo tiempo de formación era relativamente corto, que era padre de familia y era contratado indefinidamente para una prestación caracterizada por el puesto ocupado. El Estado, preocupado por mantener la demanda y contener el riesgo de inflación, protegía los mercados interiores de la concurrencia externa, al tiempo que generaba un Derecho del Trabajo y de la protección social estandarizado". De ahí que la normativa, inicialmente, respondiese a la naturaleza jurídica de "policía administrativa", dispersa y asistemática, con una finalidad tuitiva dirigida principalmente a mujeres y menores, así como a la reglamentación de aspectos como los descansos, los accidentes o la salubridad de los centros de trabajo.

[281] BARREIRO GONZÁLEZ, Germán y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *Reflexiones sobre el presente y futuro del Derecho Español del Trabajo*, 1ª (Lisboa: Juruá, 2011).

Sin embargo, como decimos, lo más relevante de estas normas iniciales es que determinados conceptos que se habían consolidado en el siglo XIX comienzan a ponerse en cuestión. Ojeda Avilés[282] relata un proceso paralelo en este sentido: el cuestionamiento de la figura del empresario como "propietario" -de forma que la empresa constituyese un universo autónomo e inaccesible para el Estado-; y por otra parte, la progresiva consideración del trabajador como "ser humano". Y es que hasta entonces había alcanzado exclusivamente el estatus de "persona", es decir, titular de derechos relacionados con la propiedad, fundamentalmente, y con determinados aspectos de la vida privada, como el matrimonio; no obstante podemos decir que dicha titularidad permanecía en el limitado ámbito del derecho formal, pues careciendo de patrimonio escasa utilidad tenía en la vida cotidiana de los trabajadores. No así, empero, los derechos derivados de la condición de "ser humano", esto es, los derechos humanos que ahora, en el siglo XXI, llamamos inespecíficos, y que hacen referencia a los aspectos fundamentales de la existencia, de forma que las protestas y revueltas de la época, como las llamadas "huelgas de honor", tenían que ver no tanto con las condiciones materiales en que se desarrollaba el trabajo cuanto con su afectación a la dignidad de los trabajadores. En esta etapa inicial del derecho del trabajo los pactos colectivos apenas tienen relevancia, con algunas excepciones[283], pero la labor sindical contribuye al menos a que el llamado "contrato de industria" se vaya sustituyendo por el "contrato de trabajo". Por otra parte, el papel del Estado se centra en las clases necesitadas como un ejercicio de la caridad que escondía también un deseo de pacificación social. No es hasta el fin de la Primera Guerra Mundial cuando las Constituciones comienzan a incluir derechos sociales que dotan a la labor pública de un marcado cariz asistencial. El Derecho del Trabajo en esta etapa tiene, ante todo, carácter tuitivo, se trata de un "Derecho excepcional del trabajo", en palabras de Ojeda Avilés, puesto que regula la seguridad y salud en el ambiente laboral empleando fundamentalmente la técnica de establecer excepciones a la regla común del Código Civil y desconociendo aún los principios interpretativos que extenderían en un futuro las capacidades de la legislación laboral en su función protectora. Ojeda Avilés señala

[282] OJEDA AVILÉS, Antonio, *La deconstrucción del derecho del trabajo. Cit.*

[283] La regulación de la conciliación y el arbitraje industrial en 1908 y de la huelga en 1909, negociación colectiva surgida de la Ley de Descanso Dominical de 1904.

que esta etapa concluye con la existencia de un cuerpo sistemático de legislación en España: la Ley de Contrato de Trabajo de 1931.

Pasaríamos así a una segunda etapa, desde 1935 a 1970, marcada por el *crash* de 1929 y, de forma que podemos calificar de paradójica, con un impulso a la negociación colectiva, como medida adoptada por el gobierno de Roosvelt para incentivar la capacidad adquisitiva de los trabajadores[284], en una época en la que la crisis del Estado liberal lleva a un replanteamiento de las funciones de éste que culminará en la progresiva implantación del modelo de Estado Social. Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, esta tendencia se mantiene en los años de prosperidad económica en los que se produce una retracción del legislador a favor de la negociación colectiva. En España, sin embargo, la Ley de Reglamentaciones de Trabajo de 1942 reserva al Estado la regulación sistemática de condiciones mínimas, mientras que la ley de convenios colectivos de 1958 admite la negociación de condiciones de trabajo dentro del sindicalismo vertical. No es hasta 1973 cuando se admite una mayor autonomía de la negociación colectiva, si bien limitada por el control del gobierno. En cualquier caso, Ojeda Avilés señala una serie de rasgos característicos de esta etapa que dan cuenta de un período de estabilidad y de lo que podríamos denominar los parámetros clásicos del trabajo y la relación laboral. Así, aunque la figura del empresario como persona física -identificable no sólo como titular de la misma sino como efectivo conductor de su día a día- cede a favor de los cargos directivos especializados, el trabajador sin embargo goza de una permanencia en el trabajo –modelo de una sola empresa, un solo contrato, un solo trabajo de por vida- desconocida en el momento presente. El Estado legislador, por otro lado, amplía el campo de la legislación laboral a toda la población trabajadora, sin ese sentido asistencial de antaño. Y por último, el Derecho del Trabajo se consolida como un "derecho especial", en palabras de Ojeda Avilés, al cobrar definitiva autonomía del Derecho Civil Común. Pero lo que tiene mayor importancia aún es que en estos tiempos se incorporan al acervo jurídico-laboral una serie de principios interpretativos que se mantendrán hasta nuestros días, y que configurarán ese contenido clásico de la materia: la presunción de laboralidad del trabajo prestado, el respeto a las condiciones más beneficiosas adquiridas en la sucesión de normas, la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador o el principio *in dubio pro operario*.

[284] Ley Wagner de 1935. Mientras que en Francia ocurre lo mismo mediante los Acuerdos de Matignin, de 1936, y en Suecia con los Acuerdos de Saltsjöbaden en 1938.

A este período sigue otro que el autor califica como de “inestabilidad”, y que ocuparía la década de los setenta. Influyen en la misma factores tales como la incipiente competencia asiática, representada por Japón de forma sustancial, y la amenaza de sectores como el textil y la industria pesada, en especial minerosiderúrgica, a lo que debemos añadir la crisis del petróleo en 1973. Son tiempos de reconversión industrial en numerosos países occidentales, de despidos masivos y huelgas. El Derecho del Trabajo es ahora un “derecho de la emergencia”, del que se exige una respuesta que sirva para paliar la crisis y que se encuentra sometido a la crítica relativa a su “rigidez”. Esto se materializa en España con los Pactos de la Moncloa a finales de los setenta, en que se fomentan los contratos temporales y se limitan los incrementos retributivos en la negociación colectiva. Otro aspecto relevante es la mayor implicación de la CEE en materia laboral, proyectada en una serie de Directivas: tres sobre crisis de empresa (Directivas 75/129/CEE sobre despidos colectivos; 77/187/CEE de 1977 sobre traspaso de empresas; 80/987/CEE de 1980 sobre insolvencia del empresario), tres sobre igualdad de género (75/117/CEE sobre igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, 76/207/CEE, de 1976, sobre igualdad de acceso al empleo en la formación y promoción profesionales y en las condiciones de trabajo, y 79/7/CEE, de 1979, sobre igualdad de trato en materia de seguridad social), además de otra serie diversa de Directivas sobre seguridad y salud.

Esta etapa “inestable” anticipa la que Ojeda Avilés denomina “crisis” del Derecho del Trabajo entre 1980 y 2000, que podemos afirmar se prolonga hasta nuestros días, y que vista desde la distancia marca el inicio de una transformación de base en las relaciones laborales que condicionaría el contenido y las técnicas regulatorias del Derecho del Trabajo. Son los tiempos de la ‘Nueva Economía’, marcados por la globalización y la innovación tecnológica. Las figuras clásicas del empleador y el trabajador se hacen más complejas y en cierto modo se diluyen en una pluralidad de formas relacionales que exigen una respuesta jurídica muy diversa, lo que el autor califica de “Derecho del Trabajo a la carta”. Esta fragmentariedad supone de por sí una quiebra en el modelo tradicional de contrato, y en la propia figura del “trabajador”, parte de cuyos derechos se conceden igualmente a los trabajadores autónomos y semiautónomos. La propia existencia de éstos da fe de las modificaciones

existentes en las propias figuras de los sujetos contractuales[285], y más aún en lo que atañe al empleador. El esquema básico que caracterizaba al Derecho del Trabajo, en especial en lo que atañe a la relación contractual, y que podía resumirse en su carácter tuitivo con respecto a los desequilibrios generadores de desigualdades que podían darse en aquel modelo relacional constituido por dos agentes, empleador y trabajador, perfectamente identificables, se encuentra ahora ante una realidad, en principio, mucho más compleja.

1.2. La complejidad actual del objeto regulatorio. Las modificaciones en los elementos estructurales del Derecho del Trabajo

Autores como De la Villa Gil[286] han estudiado esa nueva realidad a la que se enfrenta el Derecho del Trabajo, y resume la tipología de las manifestaciones vinculativas del ámbito laboral que superan el esquema clásico, y que incluyen el teletrabajo, el trabajo autónomo económicamente dependiente, el trabajo familiar, el servicio doméstico, los trabajadores/as laborales al servicio de Administraciones Públicas, el trabajo voluntario y altruista, el cooperativo y en sociedad, e incluso las distintas formas de trabajo precario, también el trabajo sumergido o informal, al que pertenecen normalmente el desarrollado por las nuevas profesiones de *freelancers*, *home workers*, teleoperadores, encuestadores, cuidadores, etc. Por otro lado debemos tener en cuenta el amplio margen operativo para la actuación empresarial que permiten figuras como la subcontratación, la unión temporal de empresas, las *joint ventures*, las franquicias, a las que Barreiro González y Rodríguez Escanciano[287] añaden la reducción de la escala de las empresas (*downsizing*), el rediseño de la ingeniería de los procesos de producción (*lean production*), los sistemas flexibles de distribución de suministros y

[285] Ojeda Avilés refiere figuras como el empleador subordinado, los grupos de empresas, el empleador difuso, las franquicias, las empresas de trabajo temporal, las redes de empresas (Agrupaciones de Interés Económico, Uniones Temporales de Empresas); mientras que del lado del trabajador analiza lo que llama "el trabajador sin adjetivos" –el trabajo periférico, el irregular o informal, los trabajos marginales-, los colaboradores independientes, autónomos, semiautónomos y falsos autónomos, el trabajador virtual, etc. *Cit.*

[286] DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, *El Trabajo*, 1ª (Madrid: Ramón Areces, 2011).

[287] BARREIRO GONZÁLEZ, Germán y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *Reflexiones sobre el presente y futuro del Derecho Español del Trabajo*. *Cit.*

productos (*just in time*), los múltiples sistemas de mejora de calidad y la externalización de la fabricación (*outsourcing*). Asimismo debemos tener en cuenta los problemas derivados de la prestación transnacional de servicios en el contexto de la economía globalizada, que vienen acompañados por una tendencia a la adopción de nuevos modelos regulativos caracterizados por escasa capacidad coercitiva: el *soft law*, la responsabilidad social corporativa o los códigos de buenas prácticas.

Ojeda Avilés[288] describe, en definitiva, el nuevo derecho laboral a través de los siguientes elementos característicos:

-Un empresario "novatorio", sometido a constantes fusiones o escisiones, caracterizado por la renovación de productos y la búsqueda del máximo rendimiento en un contexto de competitividad mundializada, lo que implica que se encuentre en continua transición, modificando los contratos y rotando a los trabajadores.

-El "Estado competidor", que se muestra dispuesto a pagar por los ajustes necesarios para mejorar la competitividad del tejido industrial del país.

-El "trabajador como ciudadano", lo que comporta la plena vigencia en el centro de trabajo de sus derechos fundamentales. El TC confirma que las limitaciones a esos derechos dentro de la empresa se rigen por el principio de indispensabilidad o estricta necesidad de su imposición (STC 99/1994), a lo que se añade el auge sin precedentes de los litigios sobre libertad de expresión y dignidad e intimidad del trabajador que llegan al mismo.

-El Derecho del Trabajo no es ya "el Derecho Especial del Trabajo Subordinado", sino el Derecho Común de cualquier tipo de actividad productiva, de forma que pierden peso aquello principios generales a que hemos hecho referencia –presunción de laboralidad, *in dubio pro operario*, etc.-.

El autor resume la situación de forma esclarecedora: "La función generalizada de la doctrina sobre la función del Derecho del Trabajo apuntaba a la finalidad tuitiva o protectora como la base de su devenir (…) Ese enfoque agoniza, pero no tenemos claro cuál le sustituye. La sensación de que ha concluido una época es persistente y se ha hecho ominosa en la última década"[289]. Guarda ello relación con lo aparición de lo que algunos autores han denominado "la nueva cuestión social". Así, Moreneo Pérez

[288] OJEDA AVILÉS, Antonio, *La deconstrucción del derecho del trabajo*. *Cit*.

[289] Ibid.

señala[290] que, como consecuencia de los cambios estructurales producidos en los países desarrollados, se asiste a la emergencia de un fenómeno denominado "la nueva cuestión social", que hace referencia a un conjunto de problemas derivados de la crisis de la sociedad del trabajo y de la exclusión social: aspectos como el paro, la pobreza, la marginación, que no cabe residenciar necesaria ni principalmente con la relación salarial (bajo el tradicional esquema capital-trabajo), sino con la "subclase" o "infraclase" privada de los beneficios inherentes a la ciudadanía social (pero también a la política y civil general). Si la "vieja" cuestión social se planteó respecto a las consecuencia de los procesos de liberalización económica y jurídica nacida de la transformación que afectó a la vida económica y la consideración del trabajo como "mercancía ficticia", la "nueva" deriva de procesos estructurales relacionados con la desindustrialización y la crisis del trabajo para abarcar también los cambios culturales y de las orientaciones de política del derecho. Por su parte, Alarcón Caracuel[291] se refiere a la "nueva cuestión social" para subrayar la necesidad de reestructurar los sistemas de protección y poder hacer frente a nuevas exigencias sociales agudizadas en torno al desempleo y las situaciones de dependencia y exclusión social provocadas por su extensión prolongada. Ello, por otra parte, presenta una inequívoca dimensión constitucional que se deriva de la conexión de estas necesidades sociales con derechos incluidos en la carta magna, y que apunta ya a lo que, según veremos, constituirá la configuración del Derecho del Trabajo en el futuro. No cabe duda de que las distintas realidades que conforman la nueva cuestión social se encuentran imbricadas en la defensa de los derechos constitucionales que, en último término, definen la condición ciudadana: desde la garantía del trabajo en condiciones de dignidad a la protección del trabajador/a que se encuentra en situación de desempleo (no sólo a través del subsidio, sino de mecanismos tuitivos que lo acompañan en el proceso de búsqueda de ocupación –frente a los posibles abusos y discriminaciones que pueda sufrir a lo largo del mismo-); desde la lucha contra la exclusión social –en los múltiples aspectos que pueden originarla y cronificarla: económicos, culturales, raciales, sexuales, religiosos, etc.- a la promoción del desarrollo profesional a través de la formación y la remoción de

[290] MONEREO PÉREZ, José Luis, «Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la "cuestión social». *Cit.*

[291] ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, «Nuevo escenario de la negociación colectiva», en Jornadas de estudio CGPJ y CCOO (Alicante, 2012).

obstáculos generadores de desigualdades –el 'techo de cristal', etc.-. Como vemos, son numerosos los aspectos presentes en lo que se ha dado en llamar "la nueva cuestión social" que van mas allá de las puntuales reformas legislativas y hacen una llamada permanente a los derechos reconocidos en la Constitución, lo que de alguna manera sugiere la reconfiguración del Derecho del Trabajo de acuerdo con la dimensión constitucional cada vez más presente en su objeto regulatorio.

No se trata, por tanto, de que el Derecho del Trabajo vea cuestionada su función tuitiva, según manifiesta Ojeda Avilés[292], cuanto de que el objeto y el alcance de la misma han sufrido una notable transformación.

Ejemplo de ello lo encontraríamos en la llamada Agenda sobre la Fexicurity -concepto que más adelante analizaremos con mayor detenimiento-, que forma parte de la Estrategia Europea 2020. Landa Zapirain indica al respecto que "en el discurso oficial de la UE, el concepto de transiciones profesionales viene aparejado a la idea de "segurizar" las transiciones laborales (interrupciones voluntarias o involuntarias del empleo, causadas por el despido, la conciliación de la vida personal o familiar, u otros motivos)"[293]. Esta conexión de las transiciones laborales con la seguridad se encuentra ya en el Libro Verde de la Comisión sobre la modernización de la protección social de 2006, pero inmediatamente se generaliza también al Derecho del Trabajo con la Comunicación de la Comisión sobre los principios comunes de la flexiseguridad de 2007, y con el discurso sobre la modernización de la disciplina, y sigue presente en la actual Estrategia Europa 2020, que ya hemos referido en el capítulo precedente, donde se insta a los Estados miembros a introducir formulas contractuales flexibles, políticas activas del mercado de trabajo, formación permanente, políticas de promoción de la movilidad laboral y sistemas de seguridad social adecuados a las transiciones, acompañadas de derechos y responsabilidades claras para los desempleados/as que activamente buscan empleo.

Todos los instrumentos de la protección del empleo (del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social) se reorientan de esta forma. Si el objetivo era proteger la estabilidad en el concreto puesto de trabajo, ahora se trataría de acompañar al demandante de empleo en una transición por el mercado de trabajo lo más rápida

[292] OJEDA AVILÉS, Antonio, *La deconstrucción del derecho del trabajo. Cit.*

[293] LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo, «Políticas anticrisis, reformas estructurales y Derecho del Trabajo.» En XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. La reforma del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. San Sebastián: 2012.

posible. Especialmente, su función sería favorecer las transiciones entre un empleo y el próximo (conciliación al margen); parafraseando a los anglosajones, ya no se está en situación de desempleo al perder un empleo, sino *between jobs*, de tal modo que la movilidad laboral sería el nuevo paradigma de los "mercados de trabajo transicionales" del futuro.

El Derecho del Trabajo debe, sin embargo, afrontar estos retos desde una posición inestable como la que se encuentra en la actualidad. Y es que, partiendo de que los rasgos que caracterizaban la relación laboral tradicionalmente considerada han visto violentados sus componentes no sólo subjetivos, sino espacio-temporales, lo cierto es que la disciplina se halla sometida a una serie de tensiones relacionadas con ciertos elementos estructurales que podríamos resumir del siguiente modo:

-Su sistema de fuentes:

A este respecto, Landa Zapiraín apunta a que la aparición de nuevas fuentes de regulación obedece precisamente al fracaso del Derecho del Trabajo: "nos podrá gustar más o menos la aparición de estos mecanismos jurídicamente no vinculantes –de entrada- en el Derecho transnacional, pero una importante razón de su predominancia se debe, tal vez, al fracaso de los actores públicos –como los Estados o los organismos internacionales- a la hora de producir una regulación transnacional más efectiva. Después de todo, en general, las fórmulas *soft law* ofrecen ciertas ventajas: favorecen la consecución de acuerdos, facilitan el compromiso de continuar en el empeño (mediante mecanismos de evaluación periódica de lo hecho), y el mutuo beneficio cuando los intereses son diferentes y el análisis coste/beneficio agudiza todavía más esas diferencias"[294]. De esta forma, para el autor, existe un nuevo derecho emergente nacido de la "progresiva horizontalización de las relaciones entre los actores del mercado, donde las reglas típicas del derecho privado resultan más neutrales que el predominante interés público, a través del cual se dirige la acción el Estado soberano. Por tanto, contratos, obligaciones y mecanismos privados de solución de las controversias son muy utilizados en el discurso". Lo que a su vez trae consigo la distinción entre un "Derecho del Trabajo" cuya función sería "proteger la dignidad del trabajo profesional

[294] Ibid.

en sentido amplio y garantizar su protección efectiva a través de sus instrumentos propios", del que se diferenciaría un "Derecho del empleo" dirigido a "organizar eficientemente un mercado de trabajo en el que la intermediación entre ofertantes y demandantes de empleo sea eficaz y rápidamente atendida, y que las tasas de empleo -y especialmente las de desempleo- no pongan en riesgo el buen funcionamiento de la economía, lo que conlleva también la forma de regular las medidas condicionadoras del acceso y de la salida del empleo", esto es, "institucionalizar eficazmente la gobernanza del mercado de trabajo".

Todo ello, en definitiva, ha terminado por afectar a la propia figura matriz del legislador, cada vez en menor medida de carácter nacional. En efecto, ahora son los organismos supranacionales los que determinan en mayor o menor medida el sentido y el alcance de la normativa jurídico-laboral, ya sea en su encarnación propiamente legislativa (el hard law de la UE) o jurisprudencial (TJUE, Tribunales Internacionales de Derechos Humanos), o bien convertidos en meros observadores y "recomendadores" (OMC, OIT). En el mismo sentido, Vázquez Mateo[295] indica que se ha producido un desplazamiento del centro de decisiones hacia lo más alto, más allá de las fronteras nacionales y transnacionales, y una internacionalización de las normas, instituciones o mecanismos productores del Derecho del trabajo.

A este respecto nos dice Landa Zapirain que "con realismo, la OIT ha adaptado su estrategia a la garantía de ese nivel mínimo de derechos laborales que proclama (…) sin embargo, esta evolución hacia las técnicas *soft law* no debe entenderse como una señal de impotencia ante el inexorable declinar de la OIT -ahí está si no el Convenio sobre el trabajo doméstico aprobado en la Conferencia de 2011-, sino una suerte de respuesta pragmática para la correcta protección del Trabajo, ante los fenómenos nuevos y desafiantes que van aparejados a la globalización económica"[296].

Siguiendo a Goldin, que caracteriza el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo como "un sistema de limitaciones a la autonomía de la voluntad" donde "se realiza el ejercicio de redistribución de los poderes"[297], cabe preguntarse si aún es posible describirlo así. La disgregación tanto de los sujetos productores de derecho

[295] VÁZQUEZ MATEO, Felipe, «Los "retrocesos" del derecho del trabajo en épocas de crisis (Fundamentos, Silencios y Condicionamientos)», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, n.º 7926 (2012).

[296] LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo, «Políticas anticrisis, reformas estructurales y Derecho del Trabajo.». *Cit*.

[297] GOLDIN, Adrián, «Algunos rasgos definitorios de un derecho del trabajo en proceso de cambio». *Cit.*

como del objeto regulatorio parece haber desvirtuado en buena medida su propósito inicial: ya no nos encontramos, por tanto, frente al binomio empresa/poder público limitador, en defensa de la posición más débil dentro de la relación laboral, de las facultades que aquél le han sido otorgadas por el propio ordenamiento jurídico.

-La autonomía contractual frente a la negociación colectiva:

La aparición de estos novedosos principios ha traído consigo modificaciones de importancia en otro de los elementos configuradores de la relación laboral: la posición del sujeto colectivo interviniente en los procesos de negociación. Esta tendencia que señalamos hacia una suerte de resurrección del derecho contractual tenía que afectar necesariamente a las competencias del sindicato, lo que el propio Landa Zapirain explica del siguiente modo: "los sindicatos se ven obligados a asumir la exigencia, por parte de las empresas, de un tipo de negociación colectiva enfocada a la gestión de esa competitividad, a la que se adaptan mal los procedimientos de negociación -tradicionalmente reivindicativa- protagonizados por los sindicatos de clase. Además, esa negociación debe estar descentralizada en torno a los centros de producción, sobre los que recae la responsabilidad de incrementar los índices de productividad de la empresa. Finalmente, todo esto se plantea en detrimento de la tradicional negociación colectiva sectorial de eficacia general y centralizada"[298].

De forma paralela, la autonomía contractual comienza a perfilarse como una propuesta alternativa. De acuerdo con Alarcón Caracuel: "interesadamente o no, el contrato de trabajo parece pugnar por ocupar un espacio mayor en la regulación de las condiciones de trabajo, que le permita orillar y/o suplantar las prescripciones del convenio colectivo… los acontecimientos más recientes muestran cierto empeño en desvirtuarla o, cuando menos, en redimensionarla a nuevos límites"[299]. Ello trae como consecuencia la ampliación del papel de la voluntad del trabajador/a en la determinación de las condiciones de trabajo y en la administración del contrato, otorgándole un mayor margen de elección respecto al si, al cómo y al cuánto trabajar. Así, en opinión del autor, "en los inicios del siglo XXI el trabajador está en condiciones

[298] LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo, «Políticas anticrisis, reformas estructurales y Derecho del Trabajo.». *Cit.*

[299] ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, «Nuevo escenario de la negociación colectiva». *Cit.*

de prescindir de la heterotutela (estatal e incluso colectiva) y recuperar plenamente la autonomía en la contratación y regulación de su trabajo". Para Barreiro y Escanciano[300], es la autonomía de las partes la encargada de determinar el tipo de relación que las vincula mediante la subsunción del servicio comprometido en alguna de las categorías contractuales propias del trabajo autónomo, al tiempo que disciplina su contenido y establece las condiciones para su desarrollo, con lo cual la relación obligatoria resultante queda inmunizada frente a la protección proveniente de aplicar las reglas del Derecho del Trabajo. Este surgimiento del contrato de arrendamiento de servicios resta espacios a la contratación laboral y manifiesta como "el divorcio vincular entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Civil está hoy en vías de revisión".

El papel de la autonomía individual aparecerá así condicionado por el grado de flexibilidad que presente el convenio, cuanto mayor lo sea (como suele ocurrir a partir del "debilitamiento" de la negociación típica o estatutaria), la individualización quedaría preservada; por el contrario, si actúa como norma excesivamente rígida, la necesidad de acuerdos individuales seguiría presente de conformidad con esta perspectiva.

-La subordinación del Derecho del Trabajo a los objetivos económicos:

Vázquez Mateo señala que "el Derecho del trabajo no tiene existencia propia. Se alimenta de la economía. Sólo puede tener contenido si hay una economía que asegure las condiciones de vida del trabajo, preserve de la destrucción y sustraiga la existencia de aquella disciplina del azar de una economía desestabilizada"[301]. De este modo, el Derecho del Trabajo no sería sólo un derecho de los trabajadores, sino también un derecho para la empresa y para los empresarios/as, aunque el estatuto de estos derive fundamentalmente de otras ramas del Derecho privado. En el mismo sentido, Sagardoy Bengoechea augura que "el nuevo Derecho del Trabajo será un derecho de organización y no solo de protección, pues el trabajo se presta dentro de unas unidades de producción de bienes y servicios sometidas a un proceso creciente de racionalización, en el que la asunción del riesgo y la aceptación del cambio son condiciones de seguridad para el

[300] BARREIRO GONZÁLEZ, Germán y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *Reflexiones sobre el presente y futuro del Derecho Español del Trabajo. Cit.*

[301] VÁZQUEZ MATEO, Felipe, «Los "retrocesos" del derecho del trabajo en épocas de crisis (Fundamentos, Silencios y Condicionamientos)». *Cit.*

futuro, cuando no de supervivencia en el presente. La protección social de quien la necesita tendría que hacerse a cargo de la sociedad y, por tanto, del Estado y no interfiriendo en las exigencias funcionales de una organización, como es la empresa"[302]. El autor cree preciso un reequilibrio en el que no se cargue "todo el coste de un lado de la balanza, de modo que la prosperidad económica y la competitividad se logren con mínimos sociales, ni que el bienestar social se alcance a costa de la empresa", reflexión en la que está implícita la consideración de que hasta ahora el Derecho Laboral era precisamente un factor introductor de perturbaciones en el mercado, y así, de manera expresiva señala que "es preciso, y casi diría que indispensable, que al lado del reformador social se siente un financiero". El Derecho del Trabajo, especialmente en épocas de recesión, sostienen Herrero y Castrillo[303], se transformaría en un Derecho de la "redistribución", en un Derecho de la "producción de riqueza", para redescubrir así su vocación originaria de instrumento de racionalización económica de las reglas de juego aplicables a las relaciones profesionales. Y es que, para Monereo Pérez[304], la relación entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Economía está en los mismos orígenes del Derecho del Trabajo, de modo que éste formaría parte de un nuevo "derecho de la economía", concebido como un ámbito del ordenamiento jurídico que regula las actividades económicas privadas y públicas y se fragmenta en diversos sectores del orden jurídico como el Derecho Mercantil, el Derecho del Trabajo, el Derecho Financiero, etc. No obstante, prosigue Monereo, la racionalidad económica (principio articulador del Derecho Económico) atraviesa todo el sistema jurídico, pero coexiste con otras racionalidades (señaladamente la racionalidad social por imperativo de la constitución jurídica social) siendo necesario establecer reglas reequilibradoras entre ellas. En la medida en que esto se consiga, se realizarán todos los principios constitucionales y será posible hacer efectiva también la función de orden y pacificación connatural a la disciplina. En el mismo sentido, Herrero y Castrillo[305] consideran que el

[302] SAGARDOY BENGOECHEA, Juan Antonio, «Incertidumbres y Certezas del Derecho del Trabajo», en Comunicación Presentada al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid: 2009.

[303] DUEÑAS HERRERO, Laurentino y DUEÑAS CASTRILLO, Andrés, «El descuadre constitucional de las reformas laborales en tiempos de crisis económica». *Cit.*

[304] MONEREO PÉREZ, José Luis, «Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la "cuestión social"». *Cit.*

[305] DUEÑAS HERRERO, Laurentino y DUEÑAS CASTRILLO, Andrés, «El descuadre constitucional de las reformas laborales en tiempos de crisis económica». *Cit.*

Derecho del Trabajo traduce y recrea en cada momento relaciones de poder y posicionamientos jurídicos, de manera que, además de estar sujeto en su desarrollo a necesidades económicas, éstas son al tiempo causa y resultado de la estructuración de nuevos equilibrios de poder, lo que sin duda va más allá y es incluso primario en relación a las reglas objetivas económicas.

No obstante, estos autores alertan del hecho de que las continuas modificaciones y reformas soportadas por la rama social del Derecho han creado un pandemónium no exento de inseguridad jurídica, hasta el punto de que el legislador –o quien hace las veces de este papel- parece realizar una labor instrumental al servicio de una determinada coyuntura económica y, ayudado por una doctrina blanda del TC sobre la pertinencia del Decreto-ley, justifica su utilización por las circunstancias económicas y de desempleo, lo cual llega a afectar incluso a una de las teorías clásicas configuradoras del Derecho del Trabajo, la de la "irreversibilidad de las conquistas sociales" o de la "irregresividad" de la regulación laboral, que había permitido que la disciplina avanzase por una ruta de dirección única, alineada con la mejora de las condiciones de trabajo y empleo. En la actualidad, la vinculación del Derecho del Trabajo a factores extrajurídicos y su justificación, en el discurso político, acaparada en las mismas, provoca que incluso aquel límite antaño infranqueable se vea superado. De este modo, nos dice Baylos Grau, reformas como la implementada por la Ley 3/2012 llevan a cabo un proceso de "desconstitucionalización" del trabajo, es decir "una forma de regularlo concibiéndolo como un mero factor económico que carece de valor político y democrático como clave de la ciudadanía, que es por el contrario la perspectiva constitucional coherente con la noción básica del Estado Social y del reconocimiento de derechos fundamentales como la libertad sindical, negociación colectiva y huelga . El derecho al trabajo se transmuta en el valor económico de un empleo que se hace coincidir con el del coste del despido, y la reforma legal abarata este coste, facilita las causas de despido e incluso abre algún supuesto, como el año del período de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores, a la extinción sin causa, libre"[306]. Aspecto este último avalado por la STC 119/2014, de 16 de julio, a cuyo decir el periodo de prueba anual en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores no vulnera el derecho a la negociación colectiva –y tampoco resulta discriminatorio- en la medida en que engarza

[306] BAYLOS GRAU, Antonio, «Un nuevo modelo democrático de relaciones laborales» (Madrid: Fundación 1º de Mayo CC.OO., 2015).

con las políticas de pleno empleo, permite comprobar la viabilidad económica del concreto puesto de trabajo y está sujeto, por ende, a diversas restricciones. Argumentos claramente expresivos de esa supeditación del Derecho del Trabajo a las exigencias de política económica, o incluso su conversión en una herramienta más de esta, precisamente en tiempos en que, como hemos visto, la nueva cuestión social exige de la vinculación de la intervención normativa en el ámbito laboral con los derechos, valores y principios constitucionales cuyo garante último es precisamente el TC.

1.3. ¿Hacia dónde va el Derecho del Trabajo?

Como vemos, pues, son numerosas las transformaciones que han venido afectando tanto a la estructura de la relación laboral que está en el origen del Derecho del Trabajo como a los elementos configuradores del mismo en cuanto sector del ordenamiento jurídico. Resulta legítimo preguntarse entonces por la forma en que esta disciplina debe responder a tales cambios y, más aún, si la respuesta requiere a su vez una serie de modificaciones en ella misma, ya sea a través de su reforzamiento o el de la pacífica asunción de su subsidiariedad. En todo caso parece claro que actualmente el Derecho del Trabajo no puede resumirse en la dicotomía tradicional entre el trabajo subordinado regular y el irregular –autónomo, sumergido o precario-, sino que debe hacer frente a una fragmentación del empleo aún mayor, como corresponde con las muy distintas realidades laborales que hemos expuesto. Para Ojeda Avilés[307] puede hablarse de una crisis de la subordinación como rasgo justificante del Derecho del Trabajo, de forma que "la subordinación se diversifica entre quienes sufren un hipertrofiado control empresarial y quienes gozan de amplia autonomía en su trabajo y, de otro lado, el empresariado muestra una gradación entre las grandes corporaciones y grupos y los pequeños y móviles "emprendedores", autónomos dependientes y semiautónomos (…) Hay un dato contundente: en los países más avanzados hay más técnicos y ejecutivos que operarios en la actualidad, y el sector servicios alcanza o supera el 70 por 100 del total de trabajadores. El trabajador, en general, ejerce varios empleos simultánea o sucesivamente, por lo que se relaciona con una variedad de empleadores, que a su vez

[307] OJEDA AVILÉS, Antonio, *La deconstrucción del derecho del trabajo. Cit.*

pueden estar subordinados mediante subcontratas, franquicias o redes verticales a otras empresas más poderosas. Se diluye la clásica relación dual en un conjunto de polarizaciones, y ello significa que también el contrato de trabajo pierde sus confines en lo que algunos llaman la segmentación, otros la fragmentación del empleo y otros una situación "más allá del contrato". Paulatinamente, sobre todo en los estratos más jóvenes de población, aparece una movilidad interocupacional combinada con períodos de formación, actualización o readaptación"[308].

Se trataría, pues, de evolucionar hacia un "Derecho laboral sin calificativo", un derecho de la actividad profesional, no específico del trabajo subordinado o dependiente, asentado sobre una noción amplia de trabajo, y que "ha de atender a las transformaciones su estatuto jurídico y a los períodos de transición entre actividad e inactividad, que se suceden en un mundo donde la inestabilidad choca con las exigencias de continuidad del empleo en que se fundamenta el disfrute de los derechos laborales y la obtención de los derechos de Seguridad Social, prestando continuidad jurídica y económica a la discontinuidad del empleo gracias a un desarrollo de los derechos profesionales, capaz de hacer frente a la inestabilidad derivada de los cambios productivos, tecnológicos y económicos"[309]. Se trataría, en definitiva, de "regular todo aquel trabajo personal de cuyos frutos económicos vive fundamentalmente el trabajador profesional con independencia de si lo hace en virtud de un contrato de trabajo *strictu sensu* o bajo otro régimen distinto" y asimismo incluir la nueva realidad del "no trabajo", del sujeto que busca empleo, que lo encuentra pero lo pierde, que se hace "autónomo" para volver a emplearse por otro período de tiempo, que pasa a percibir el seguro de paro y en el marco del mismo adquiere una nueva profesionalidad, lo cual le permite volver al trabajo y combinar prestaciones laborales bajo distintos regímenes jurídicos. Para el autor, esta será la única forma capaz de conseguir que el trabajador/a, en la búsqueda de un empleo remunerado, disfrute de un conjunto de derechos constitucionalmente fundados, como son los derechos a no ser discriminado en el acceso al empleo, el derecho a la igualdad en cualquier proceso de selección, o al reconocimiento de su capacitación y titulación… Estos derechos deberían completarse legalmente con el reconocimiento explícito del derecho a impugnar ante la jurisdicción

[308] Ibid.

[309] Ibid.

social los abusos o arbitrariedades cometidos durante el proceso de selección o el derecho a que estén representados los intereses de la fuerza de trabajo en los sistemas de selección utilizados en la empresa.

Todo ello nos pone, quizá, sobre la pista de cuál debería ser el elemento característico de ese "nuevo" Derecho del Trabajo: garantizar la condición de ciudadanía para todas las mujeres y hombres que participen de una manera u otra –dentro de la amplitud de tipologías a que nos hemos referido- en el mercado de trabajo. Barreiro González y Rodríguez Escanciano subrayan que si se quiere hablar de la ciudadanía del trabajo hay que partir de la idea que el trabajo hace ciudadano a una persona[310]; a ello se conectan los valores y derechos sociales de la Constitución como el derecho a una retribución suficiente, el derecho a no ser discriminado, la igualdad de oportunidades y de trato por razón de género, la protección de la seguridad y salud laboral, la protección frente a situaciones de necesidad, etc., razón por la cual esa ciudadanía y esos valores no pueden circunscribirse sólo a una forma de realizar y prestar el trabajo, dejando fuera a los demás. De ahí que, concluyen los autores, sea preciso un nuevo conjunto normativo que siente las bases para un nuevo equilibrio de los intereses en juego, con el objetivo último de permitir reordenar la flexibilidad requerida por las organizaciones empresariales con los valores de seguridad y protección: la proclamación de principios generales (reconocidos ya como derechos fundamentales por las Constituciones nacionales y textos internacionales como el CEDH). Y es que, en palabras de Monereo Pérez, el Derecho del Trabajo actual (al que califica "de transición") es un sistema de Derecho desequilibrado; el modelo de regulación legal, disperso y flexible, no se acomoda al modelo garantista diseñado en la Constitución en la medida en que "existe una cierta desatención del legislador de su obligación de garantizar la efectividad de los derechos y libertades fundamentales en el ámbito del mercado de trabajo y de la relación de trabajo. Los derechos fundamentales juegan un papel esencial en la 'legitimación de la legalidad'"[311]. Aspecto que debemos entender relacionado con la minusvaloración de los derechos económicos y sociales reconocidos en las constituciones modernas, sometidos históricamente a un escepticismo similar al que ha venido sufriendo la propia disciplina del Derecho del

[310] BARREIRO GONZÁLEZ, Germán y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *Reflexiones sobre el presente y futuro del Derecho Español del Trabajo*. *Cit.*

[311] MONEREO PÉREZ, José Luis, «Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la "cuestión social"». *Cit.*

Trabajo, en la medida en que se cuestiona su propia naturaleza y exigibilidad violentando de ese modo los propios fundamentos que les dieron origen, con la articulación del Estado Social de Derecho.

El elemento central que debe caracterizar al Derecho del Trabajo del futuro es, por lo tanto, su función garantista de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador/a que, en definitiva, sustentan la condición ciudadana. Un objeto que mantiene una indudable conexión con aquella función tuitiva originaria que aparecía en los comienzos de la disciplina, pero que supone un grado evolucionado de la misma, de forma que le permita adaptarse a la creciente complejidad del fenómeno laboral sin perder su rasgos esenciales, entre ellos la finalidad reequilibradora de las distintas y a menudo desiguales fuerzas que se confluyen en el mercado de trabajo. La clave del asunto no es, como con frecuencia aparece en el debate público, la dicotomía rigidez/flexibilidad, autonomía individual/sujeto colectivo, sino la medida en que las regulaciones inspiradas en tales principios conlleve un despojamiento, para cualquiera de los operadores que intervienen en la relación laboral, de su condición ciudadana por la vía de la vulneración de sus derechos fundamentales.

De este modo nos encontramos ante los dos elementos claves en la consideración presente y futura del Derecho del trabajo: ciudadanía y derechos fundamentales en el ámbito de la empresa, los cuales se encuentran inexorablemente vinculados en un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro. A ellos dedicamos los siguientes apartados.

1.4. El trabajo como manifestación de la condición ciudadana

Podríamos hablar, siguiendo a Gutiérrez Pérez[312], de dos conceptos de ciudadanía:

-Uno teórico-político, como estatus social, como miembro de una sociedad en la que es titular de derechos civiles, políticos, sociales y culturales.

-Otro jurídico, en el que la ciudadanía designa a un estatus normativo. Es la pertenencia de un sujeto a un ordenamiento jurídico constitucional que la define a través

[312] GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel, *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, 1ª (Murcia: Ediciones Laborum, S.L., 2011).

de la atribución de un conjunto de derechos de participación política y de otros más básicos y consustanciales al ser humano en cuanto tal.

En el concreto marco de la relación laboral, hablar de ciudadanía supone aludir a dos cuestiones:

-En primer lugar, el problema de las prerrogativas o derechos específicamente laborales de los trabajadores/as frente al poder empresarial en el ámbito de la organización, los cuales configuran una ciudadanía específica distinta de la ciudadanía de la sociedad política, aunque ideológicamente vinculada con ésta, y que se podría llamar, según el autor, 'ciudadanía de empresa' (modalidad de pertenencia a esta microsociedad en la que se ejercen derechos de participación por parte de los trabajadores frente al poder empresarial), que trataría de incorporar los principios democráticos de participación al interior de la fábrica, otorgando a los trabajadores prerrogativas o derechos, específicamente laborales, frente al poder del empresario en el ámbito de la organización y gestión de la empresa. Ello al amparo del art. 129 CE, según el cual "los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa (…) También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción", junto con el reconocimiento de la participación de los trabajadores como uno de sus derechos básicos en el art. 4.1.g) ET.

-En segundo lugar, el problema de la determinación del alcance del poder empresarial respecto de los derechos y libertades propios de cada trabajador/a en cuanto miembro de una sociedad política democrática, es decir, el problema del goce de aquellas prerrogativas de ciudadanía frente al poder de otro sujeto en el ámbito de una relación de subordinación legitimada por el mismo ordenamiento jurídico que las otorga y garantiza; en términos estrictos se trata del tema de la 'ciudadanía en la empresa'.

Gutiérrez Pérez[313] establece los rasgos distintivos de ambos conceptos sin dejar de subrayar su carácter complementario:

a) La ciudadanía de empresa hace referencia a un conjunto de derechos específicamente laborales que se atribuyen a los trabajadores en aras de posibilitar a éstos la participación en la gestión y organización de la empresa, esto es, la intervención en el gobierno de la misma.

[313] Ibid.

Por su parte, la ciudadanía en la empresa comprende un conjunto de derechos y libertades fundamentales reconocidos a toda persona, a todo ciudadano, que son ejercidos por los trabajadores/as frente al resto.

b) La ciudadanía de empresa es una ciudadanía distinta, aunque ideológicamente vinculada con la ciudadanía de la sociedad política, que trata de incorporar los principios democráticos de participación al interior de la empresa. Por su parte, la ciudadanía en la empresa no es una ciudadanía distinta, porque los derechos son los mismos y se atribuyen en función del status de la persona, de ciudadano, sino más bien, es la misma ciudadanía que ve limitado su ejercicio en el interior de la empresa.

c) La ciudadanía de empresa es una cualidad que se le atribuye a cada trabajador en cuanto tal, al que se reconocen esos derechos, específicamente laborales, para participar en la empresa. La ciudadanía en la empresa es un status previo del ciudadano, el cual se ve minorado al incorporarse a la relación laboral.

d) Por tanto, en el caso de la ciudadanía de empresa podemos hablar de trabajador-ciudadano, ya que, será necesaria la condición de trabajador para adquirir la de ciudadano de empresa. Por su parte, en el caso de la ciudadanía en la empresa podremos hablar de ciudadano-trabajador.

En cualquier caso, la aparición de estos conceptos se encuentra vinculada a los siguientes aspectos, de acuerdo con el autor:

-La individualización de las relaciones laborales, con el reforzamiento del papel de la autonomía contractual individual como fuente reguladora del contrato de trabajo. Tal como hemos visto con anterioridad, algunas voces defienden que de este modo se consigue una gestión del personal más flexible e individualizada y no, necesariamente, medida por instituciones colectivas de representación. Sin embargo no podemos olvidar, como señala el autor, que este fenómeno de individualización de las relaciones laborales ha sido posible gracias a la consolidación del nivel colectivo. De todos modos, en la actualidad la persona del trabajador adquiere un relieve que provoca que “sea mirado no tanto como productor sino como persona”, dicho sea en un plano teórico más allá de la dificultosa articulación de sus derechos en un contexto relacional que aún no puede calificarse como proporcionado.

-La nueva organización del trabajo y la terciarización de las relaciones laborales. Durante un siglo, la organización del trabajo se fundamentó, generalmente, en el mismo principio de base: una organización jerárquica en sentido descendente, con un alto grado

de especialización -entendida ésta como determinación exhaustiva de las tareas a realizar-, y en la abundancia de trabajos sencillos y a menudo repetitivos. Será a partir de los años 60 y 70 cuando se deje de sentir, de manera particular entre los trabajadores, la necesidad de reformar la organización del trabajo, con el objeto de mejorar las condiciones laborales, es decir, la nueva organización del trabajo será consecuencia de la propia resistencia obrera a la organización del trabajo, de modo que las nuevas pautas de trabajo no sólo responderán a imperativos técnicos sino también a las necesidades sociales y psicológicas de los trabajadores, los cuales participarán en el diseño de su propio trabajo en mayor medida que antes.

En cuanto a la terciarización de las relaciones laborales, supone que un importante número de supuestos de colisión de los derechos fundamentales del trabajador como persona se producen en prestaciones laborales realizadas en los denominados servicios finales que son consumidos por los clientes (actividades domésticas, turismo, actividades de ocio, etc.), con los que el trabajador está en contacto directo; de igual modo pueden tener lugar en los denominados servicios intermedios, que son los que se prestan a productores de bienes y productores de otros servicios (distribución, consultoría, financiación, etc.).

-El multiculturalismo: La proclamación de la ciudadanía en la empresa se convierte, sin duda, en un instrumento de garantía de la diversidad cultural de los trabajadores en la misma. Muchas formas de diversidad en la sociedad quedarán, efectivamente, protegidas por estos derechos individuales que se configuran como defensores, aun de forma indirecta, del multiculturalismo en cuanto instrumentos idóneos para la protección de las diferencias (ideológicas, religiosas, etc.).

-Las nuevas tecnologías, que han supuesto la transformación de aspectos esenciales en la relación laboral: desde el concepto de subordinación (los antiguos factores de lugar, tiempo y presencia en la empresa han dejado paso a la dependencia tecnológica, en la cual la presencia virtual del trabajador en la empresa va seguida de un control permanente por parte del empresario, convirtiéndose el programa informático en la materialización organizada y planificada de las órdenes e instrucciones del empresario) a la descentralización productiva (la antigua empresa en la que se atendían todos y cada uno de los estadios de la producción, ha ido dejando paso a un tipo de empresa que se caracteriza por excluir de su actividad un gran número de actividades que forman parte de su proceso productivo. Así existe un gran número de pequeñas empresas que se ocupan de una parte de la actividad que desarrolla otra, que es la que

elabora el producto final). Gutiérrez Pérez[314] subraya que estos factores han repercutido en la salud de los trabajadores, así como en su clasificación profesional, pero sobre todo han influido de manera decisiva en las facultades de vigilancia y control del empresario, expandiendo su posibilidad de control: no solo los elementos controlados son más numerosos, detallados y precisos, sino que afectan a aspectos de la actividad laboral no revelables con los viejos sistemas, de forma que los derechos fundamentales de la persona del trabajador pueden verse avasallados ante un uso generalizado y mal intencionado de las nuevas tecnologías por parte del empresario. En consecuencia, las nuevas tecnologías son una amenaza pero a la vez un acicate para los derechos fundamentales, ya que la reivindicación de los mismos en el interior de la empresa será la mejor barrera de protección del trabajador ante la constante amenaza que aquellas representan.

Como vemos, pues, la condición de ciudadanía, en cuanto manifestación y atributo de la dignidad humana en las sociedades contemporáneas, aparece inequívocamente vinculada a la efectividad real de los derechos fundamentales con independencia de los diferentes ámbitos de desenvolvimiento personal. En palabras de Ojeda Avilés[315], tales derechos contemplan al trabajador como ciudadano, en ejercicio de un *status civilis* común, a despecho de venir filtrado por los controles empresariales, es por ello que comenzamos a considerar ahora al trabajador prevalentemente como ciudadano. Algo que en el momento presente nos puede parecer tan obvio requirió, sin embargo, de una lenta construcción legal y jurisprudencial.

1.5. La protección de los derechos fundamentales del trabajador/a en el ámbito laboral como elemento legitimador de la disciplina

En efecto, tradicionalmente, recuerda Gutiérrez Pérez[316], la empresa se constituía en un lugar diferenciado, una zona franca y segregada de la sociedad civil. A partir de los movimientos sociales de finales de la década de los 60 –en particular los de

[314] Ibid.

[315] OJEDA AVILES, Antonio, *La deconstrucción del derecho del trabajo. Cit.*

[316] GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel, *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos. Cit.*

mayo del 68-, y de las experiencias italiana (Statuto di Lavoratori aprobado mediante la ley 300/1970, de 20 de mayo) y francesa (Leyes Auroux, en especial la de 7 de octubre de 1982) se conforma un nuevo modelo de "estar en la fábrica", cuyo origen empero debemos situar en la teoría de los llamados derechos fundamentales inespecíficos o derechos constitucionales laborales inespecíficos[317], esto es, aquellos derechos fundamentales reconocidos a toda persona, a todo ciudadano/a, que son ejercidos por los trabajadores/as en el seno de una relación laboral, y a los que caracteriza por su universalidad, indisponibilidad y reconocimiento expreso en la norma constitucional, de forma que al ser ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos/as, que al propio tiempo son trabajadores/as se convierten por tanto en verdaderos derechos laborales. De este modo, el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito privado supone que estos rigen inmediatamente como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones de derecho privado, siendo oponibles no sólo a los poderes públicos sino también a los sociales, desarrollando así una eficacia horizontal o pluridireccional. No en vano, como señalan Sempere Navarro y San Martín Mazzuconi[318], el contrato de trabajo genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona el ejercicio de los derechos fundamentales, de modo que las manifestaciones de los mismos que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de una relación laboral. De este modo, para Ojeda Avilés[319], la aparición de los derechos fundamentales del trabajador, como un hecho incontestable de nuestra época marca un giro cualitativo en su condición o estatus ya clásico, caracterizado por la conquista de un conjunto de derechos laborales en cuanto parte del contrato de trabajo.

El origen de esta teoría, nos dice Gutiérrez Pérez[320], se encuentra en el término *Drittwirkung*, acuñado por H.P. Pinsen en 1954, con el que buscaba destacar a los nuevos destinatarios de los derechos fundamentales, los terceros -Dritte- , frente a la tradicional vinculación estatal. Será a partir de la elaboración de esta teoría cuando se

[317] Palomeque López utilizó por primera vez la construcción técnica relativa a los derechos constitucionales inespecíficos en el prólogo al libro de ROJAS RIVERO, Gloria Pilar, La libertad de expresión del trabajador, (Madrid: Trotta, 1991).

[318] SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva*, Cuadernos de Aranzadi Social (Navarra: Aranzadi, 2011).

[319] OJEDA AVILES, Antonio, *La deconstrucción del derecho del trabajo. Cit.*

[320] GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel, *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos. Cit.*

comience a producir una progresiva pero decidida influencia del Derecho Constitucional sobre el Derecho Privado, de forma tal que los litigios *inter privatos* no se resolverán únicamente en base a las reglas del Derecho Civil, sino que se tomarán en consideración los derechos fundamentales. La teoría de la *Drittwirkung* fue elaborada a mediados del siglo XX en Alemania, inicialmente, por Hans Carl Nipperdery, presidente del Tribunal Laboral Federal alemán, siendo asumida, por tanto, desde un primer momento por la jurisdicción laboral. Nipperdey comenzará a desarrollar su teoría a raíz de la aplicación del principio de igualdad en la relación laboral, con el objeto de evitar la discriminación salarial entre hombre y mujer cuando ambos realizaban un mismo trabajo con idéntico rendimiento. La cuestión llegaría, finalmente, al Tribunal Constitucional alemán, que si bien recoge la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, introduce el concepto de eficacia mediata o indirecta de los derechos fundamentales, alterando el sentido inicial en el que fue concebida.

En España, las voces mayoritarias parecían inclinarse por una eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, lo que encontraba apoyo en la forma en que el TC ha aplicado la Constitución (art. 53.2 CE) y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (arts. 41.2 y 44) para configurar la garantía procesal de la eficacia horizontal a través de la denominada "vía o finta alemana", según la cual en los supuestos de aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, la violación de los mismos se produce por la sentencia que en el proceso judicial antecedente no ha entrado a conocerla, siendo entonces esa sentencia la que vulnera el derecho fundamental en cuestión. En este planteamiento predominaban las preocupaciones procesales (el acceso al amparo constitucional), convirtiendo en marginal la cuestión básica, relativa a la posible lesión de derechos fundamentales en las relaciones privadas.

Por otro lado, en apoyo de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares podemos citar la STC 88/1985, de 19 de julio, en la que el alto Tribunal reconoce la plena validez de los derechos fundamentales dentro de la empresa, de ahí que se vea en ella la proclamación de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. No obstante, mayor claridad acerca de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares aporta la STC 177/1998, de 10 de octubre, al reconocer que los derechos fundamentales

no sólo vinculan a los poderes públicos, ni suponen una exclusión absoluta de otros destinatarios, como los particulares, criterio dominante, actualmente, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: STC 6/1995, de 10 de enero, STC 4/1996, de 16 de enero, STC 126/2003, de 30 de junio, FJ 7º: "el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada", de modo que "ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos respecto del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa, que establece el artículo 38 de la CE, legitima el que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y sus libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional" (…) "las manifestaciones de feudalismo industrial repugnan al Estado social y democrático de derecho y los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza" (STC 88/1985, de 19 de julio).

En consecuencia, la teoría de la *Drittwirkung* directa se convierte en un presupuesto necesario al objeto de poder afirmar una verdadera ciudadanía en la empresa, al ser los derechos fundamentales inespecíficos inmediatamente exigibles frente a la empresa sin necesidad de acudir a la intermediación de un poder público (legislativo o judicial) que determine su vigencia. Para Gutiérrez Pérez, el fundamento constitucional para proclamar la aplicación directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y, en lo que aquí nos interesa, en la relación laboral, podemos encontrarlo, además de en los artículos 1.1 y 9.1 CE, en el propio artículo 10.1 CE, que abre e inspira todo el Título 1 de la CE, dedicado al reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de la persona; no parece posible entender este artículo como una simple declaración general respecto de los derechos fundamentales de la persona, que sólo adquirirá relevancia jurídica poniéndolo en relación con los concretos derechos que se desarrollan en los siguientes artículos de la Constitución y no aisladamente considerado. Por el contrario, este artículo 10.1 CE se configura en la normativa constitucional como una norma jurídica vinculante con exigencia de ejecutividad, en todas sus funciones. Es más, su posición estratégica en la Constitución permite afirmar que este precepto "está dotado de un plus de eficacia legitimadora, iluminadora y propulsora para afianzar instituciones, esclarecer ambigüedades, cubrir lagunas e

integrar nuevas potencialidades en el esfuerzo colectivo hacia cotas más elevadas de justicia y liberación humana" [321].

En definitiva, poniendo en relación lo que hemos expuesto a lo largo de este primer apartado con los DCPL, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1) No es posible desconocer que el sector del ordenamiento jurídico en el que nacen y se desarrollan los DCPL, esto es, el Derecho del Trabajo, se encuentra sometido en la actualidad a su particular crisis, que va mucho más allá de la provocada por la coyuntura económica. Una crisis que obedece a múltiples motivos: algunos de ellos de índole estrictamente sociológico -el impacto de las nuevas tecnologías y el mercado global en los modos de producción-; pero otros procedentes de un verdadero "ataque" por varios frentes, desde el teórico al normativo.
2) No cabe duda, en este sentido, de que el debilitamiento del Derecho del Trabajo, por vía de la desregulación y su contante cuestionamiento discursivo, puede ocasionar una grave incidencia sobre los derechos sociales que constituyen parte fundamental de su objeto y propósito desde el mismo origen de la disciplina.
3) La más legítima forma de resistencia frente a todo ello consiste precisamente en el cobijo constitucional que, a través de los derechos fundamentales configuradores de la condición ciudadana, debe procurarse el Derecho del Trabajo en estos tiempos de incertidumbre y riesgo para su propia supervivencia.
4) Sin poder dejar de lado, pues, la nueva realidad a que se enfrenta, donde el ideario economicista se convierte en un factor relevante a considerar, es posible una relectura de la legitimidad originaria del Derecho del Trabajo como aquella normativa –en el más amplio sentido de la palabra- que, cualesquiera que sean nuestras circunstancias laborales, velará porque en ningún momento supongan la pérdida de la condición ciudadana, manifestación en último término de la dignidad consustancial al ser humano y reconocida constitucionalmente.

[321] Ibid.

Una vez expuesta la particular controversia a la que se encuentra sometida la disciplina jurídico-laboral, y dentro del camino que hemos iniciado en el presente capítulo, pasamos a analizar la realidad social sobre la que se proyectan los DCPL en un concreto aspecto fundamental en su contenido: el tiempo de trabajo y todas las implicaciones que conlleva en relación con la igualdad entre hombres y mujeres. Podemos avanzar ya que, al igual que ocurre con el Derecho del Trabajo, el factor tiempo no ha tenido un desarrollo histórico ni presenta ahora unos rasgos carentes de notables presiones y resistencias. De hecho, es posible encontrar numerosas afinidades entre ambas cuestiones: los mismos discursos que alientan el cuestionamiento de la normativa laboral se encuentran detrás de la configuración del tiempo de trabajo de mujeres y hombres. De ahí la necesidad de abordar ambos aspectos de manera previa a nuestro análisis sobre los DCPL.

2. EL TIEMPO Y EL TRABAJO DE LAS MUJERES

La incorporación de las mujeres al espacio público a lo largo del pasado siglo XX ha supuesto una importante transformación que se ha visto acompañada por una serie de resistencias, tanto en la organización de dicho espacio como en la práctica ausencia de actuación de los poderes públicos en el ámbito privado. Ello ha provocado que el tiempo de trabajo se configure como un gran "campo de batalla" donde se libra la lucha por la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado laboral, y en la que presentará una singular relevancia la conciliación. Continuando con las pautas interpretativas que nuestro ordenamiento jurídico dispone sobre cualquier derecho, pasaremos a analizar por tanto cuál es la "realidad social" sobre la que operan los DCPL; para lo cual comenzaremos por reflejar una fotografía estadística del empleo y el tiempo de trabajo de mujeres y hombres, y un análisis de la incidencia que las sucesivas reformas del mercado laboral en tiempos de crisis han tenido sobre tales extremos; análisis que nos mostrará una circunstancia subyacente: la de la división sexual del trabajo y su implicación en el uso del tiempo –y, por ende, en el ejercicio de los DCPL-; estudiado este concepto, nos centraremos en las propuestas de políticas del tiempo y consiguientes intervenciones normativas que permitan superarla o cuando menos reducir la "brecha de género" existente en este ámbito. Hacerlo así, como veremos, no es sino reivindicar la condición ciudadana en el contexto laboral.

2.1. Trabajo, tiempo y género. Un análisis de la situación sociolaboral actual

A) Situación actual en la Unión Europea

La Comisión Europea, a través fundamentalmente de su Informe Anual sobre Igualdad entre Hombres y Mujeres, entre otros documentos, ha venido realizando una importante labor estadística que pone de manifiesto de una manera sencilla y fiable el estado de la cuestión. Los siguientes datos han sido extraídos del Compromiso

Estratégico 2016-2019[322], publicado por la Comisión en diciembre de 2015, y en el que se establecen, a partir de la realidad reflejada por los mismos, una serie de áreas prioritarias de actuación en los ejercicios futuros. En lo que ahora nos interesa, exponen de una manera significativa las diferencias porcentuales entre uno y otro sexo en aspectos tan relevantes como el empleo, el tiempo dedicado al cuidado, las retribuciones, el acceso a puestos de responsabilidad, etc. Esta metodología facilita de una manera expresiva la comprensión de la brecha de género en cada uno de ellos, al reseñar directamente cuál es el espacio porcentual que diferencia, que sigue diferenciando, a mujeres y hombres en el mercado de trabajo:

a) Brecha de género porcentual en el empleo:

-Disparidad entre sexos en el empleo (20-64 años): 11,5 puntos porcentuales (en adelante, pps) (2014).

-Disparidad entre sexos en el empleo (20-64 años) en equivalentes a tiempo completo: 18,1 pps (2014).

-Disparidad entre sexos en el empleo a tiempo parcial entre los padres 34,8 pps (2013).

-Disparidad entre sexos en las tasas de empleo entre nacionales de terceros países 19,5 % (2014).

b) Brecha de género porcentual en el cuidado:

-Tiempo semanal dedicado a cuidados familiares no remunerados, por sexo: Hombres 8,9 % Mujeres: 26.4 % (2010).

-Trabajo a tiempo parcial involuntario debido al cuidado de hijos o de adultos discapacitados, por sexo: Hombres: 4,2 % Mujeres 27,2 % (2014).

-Niños cuidados en virtud de convenios formales, en porcentaje de todos los niños del grupo de edad (de 0 a 3 años y de 3 años hasta la edad de escolarización obligatoria): 0-3 años: 27 % 3-escolarización obligatoria: 82 % (2013).

[322] Disponible en http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/document/files/strategic_engagement_es.pdf. Consultado el 12-2-2016.

-Porcentaje de la población activa (50-64 años) que cuida de familiares ancianos o con discapacidad como mínimo varios días a la semana, por sexo Hombres: 10 % Mujeres: 17 % (2011).

c) Brecha de género en retribuciones y pensiones:

-Disparidad entre sexos en las retribuciones 16,5 % (2013).

-Disparidad entre sexos en los ingresos 41,1 % (2012).

-Segregación por sexos en los sectores económicos y ocupaciones: Sectores: 18,9 % ocupaciones: 26,9 % (2014).

-Disparidad entre sexos en las pensiones 40,2 % (2012).

-Disparidad entre sexos en la cobertura de las pensiones 6,8 % (2012).

-Pobreza de los hombres y mujeres ocupados Hombres: 9,3 % Mujeres: 8,4 % (2014).

-Tasa de riesgo de pobreza y exclusión social en ancianos (más de 65 años) Hombres: 11,4 % Mujeres: 15,6 % (2014).

-Familias monoparentales en riesgo de pobreza o exclusión social 49,9 % (2013).

d) Brecha de género en el acceso a cargos de responsabilidad:

-Porcentaje de mujeres entre los miembros de los órganos de toma de decisiones de alto nivel de las empresas cotizadas nacionales más importantes 21,2 % (Abril de 2015).

Porcentaje de mujeres entre los presidentes y directores ejecutivos de las empresas cotizadas nacionales más importantes: Presidentas: 7,1 % Directoras ejecutivas: 3,6 % (Abril de 2015).

-Porcentaje de mujeres entre los miembros ejecutivos y no ejecutivos de los dos principales órganos de toma de decisiones de las empresas cotizadas nacionales más importantes Miembros no ejecutivos: 22,5 % Miembros ejecutivos: 13,7 % (Abril de 2015).

-Porcentaje de directoras de instituciones de educación superior 15,5 % (2010).

-Porcentaje de mujeres en las cámaras de representantes nacionales y federales y en el Parlamento Europeo 29 % (Mayo de 2015) PE: 37 %.

-Porcentaje de mujeres entre los miembros de Gobiernos nacionales y federales y

en la Comisión Europea 27 % (Mayo de 2015) Comisión: 32 %.

-Porcentaje de mujeres en puestos directivos de nivel superior y medio de la Comisión: Superior: 28 % Medio: 32 % (Febrero de 2015).

En el aludido Informe Anual correspondiente al año 2014[323] se exponen someramente como "retos pendientes" una serie de cuestiones que se desprenden de datos estadísticos como los expuestos, y que dan fe de que, a pesar de la lenta evolución en positivo que los propios informes van reflejando año tras año, la situación dista mucho de ser razonablemente igualitaria. Así:

-Pese a que el 60 % de los titulados universitarios son mujeres, su salario por hora de trabajo sigue siendo un 16 % inferior al de los hombres. Además, presentan mayores probabilidades de trabajar a tiempo parcial (un 32 %, frente a un 8,2 % en el caso de los hombres) y de interrumpir su carrera laboral para cuidar a otras personas. Como consecuencia de ello, la brecha de género en las pensiones es del 39 %. Las viudas y los cabezas de familias monoparentales -en su mayoría madres- constituyen un grupo particularmente vulnerable y más de una tercera parte de las familias monoparentales carecen de ingresos suficientes.

-Aunque la tasa de empleo de las mujeres ha aumentado, aún se sitúa en el 63 %, frente al 75 % para los hombres. Ello se debe principalmente a la crisis económica, que ha provocado un deterioro de la situación del empleo masculino.

-Las mujeres son aún quienes más soportan la carga de trabajo no remunerado en el hogar y la familia. Dedican una media de 26 horas semanales al cuidado de los hijos y las tareas domésticas, en comparación con las 9 horas de los hombres.

-Las mujeres siguen teniendo menos probabilidades de ocupar puestos de responsabilidad. Representan un promedio del 17,8 % de los miembros de los consejos de administración de las empresas de mayores dimensiones que cotizan en bolsa, el 2,8 % de los consejeros delegados, el 27 % de los ministros de los gobiernos, y el 27 % de los parlamentarios nacionales.

-Por otro lado, y como un factor añadido a los indicadores propiamente económicos, se debe destacar el hecho de que los resultados de la primera encuesta a escala de la UE sobre la violencia de género, llevada a cabo por la Agencia de Derechos

[323] Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/genderequality/files/annual_reports/2016_annual_report_2015_web_en.pdf Consultado el 25-2-2016.

Fundamentales de la Unión Europea (FRA) y basada en entrevistas a 42 000 mujeres, muestran que una de cada tres mujeres (33 %) ha sido víctima de violencia física o sexual desde la edad de 15 años.

En definitiva, los datos de estos informes revelan que, aunque las mujeres tienen acceso a la educación y participan en el mercado de trabajo, siguen persistiendo las brechas de género en estos ámbitos. El propio estudio resume el estado de la cuestión diciendo que las mujeres tienen menos posibilidades que los hombres de acceder a un empleo, y de que les paguen igual por su trabajo: suelen trabajar menos horas y reciben un salario menor que los hombres por cada hora trabajada; además, la fuerza de trabajo de las mujeres está concentrada en sectores económicos peor remunerados que la de los hombres y aquellas afrontan más obstáculos que éstos para llegar a puestos de dirección; en todo ello influye que de manera mayoritaria se dedican a las tareas de cuidado; en cuanto a la violencia, continúan en riesgo de ser acosadas en el trabajo, en casa y en la calle.

Si por un instante nos alejamos del dato estadístico concreto, y de la a menudo complaciente tendencia a remarcar las mínimas variaciones anuales, si contemplamos, en definitiva, los hechos en su globalidad y entresacamos de ellos una imagen de la realidad a la que se refieren, podemos concluir que la situación de las mujeres en el mercado laboral, en pleno siglo XXI, dista mucho de ser igual a la de los hombres. Y ello a pesar de la ingente producción normativa que, desde hace decenios, como hemos analizado en el capítulo Primero, se viene ocupando de ese objetivo.

B) Situación actual en España

En nuestro país contamos con el pormenorizado estudio "Mujeres y hombres en España", realizado conjuntamente entre el Instituto de la Mujer y el Instituto Nacional de Estadística, en el cual se reflejan datos similares con aún mayor detalle. Los resultados del publicado en 2015[324], que con frecuencia incluyen un análisis evolutivo de los años precedentes, arrojan las siguientes conclusiones en los distintos temas de los que se ocupa:

[324] Disponible en:
http://www.ine.es/ss/Satellite?L=0&c=INEPublicacion_C&cid=1259924822888&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalleGratuitas
Consultado el 26-2-2016.

a) Tasa de empleo:

En España en el periodo 2010-2014, la tasa de empleo de los hombres de 16 y más años disminuyó 4,5 puntos y la de las mujeres disminuyó en 2,0 puntos. Si se analiza la evolución por grupos de edad, el mayor descenso en las tasas de empleo se produjo en la población joven (16 a 24 años), tanto en hombres como en mujeres descendió 8,9 puntos en el periodo 2010-2014.

En el año 2010, la brecha de género (hombres-mujeres) en las tasas de empleo de la población de 16 y más años alcanzaba un valor de 12,8 puntos. En el periodo 2010-2014 disminuyó 2,5 puntos alcanzando un valor de 10,3 puntos en el año 2014; en este descenso de la brecha de género influyó de manera notable la menor tasa de empleo de los hombres como consecuencia de la crisis en el periodo 2010-2014. Por grupos de edad, el mayor descenso en el valor de la brecha de género en el periodo 2010-2014 se produjo en el grupo de 55 a 64 años (8,0 puntos), seguido de la población de 20 a 64 años (2,7 puntos) y del grupo de 16 a 64 años (2,6 puntos).

En el periodo 2010-2014, disminuyó la tasa de empleo de los hombres en todos los niveles educativos, pero en mayor medida en el nivel educativo (0-2) correspondiente a educación preescolar, primaria y secundaria y en el nivel (3-4) correspondiente a educación secundaria 2ª etapa. En el primero de ellos disminuyó 6,3 puntos y 5,5 puntos en el segundo. El descenso fue bastante menor en el nivel (5-8) correspondiente a primer y segundo ciclo de educación superior y doctorado, con un descenso de 2,3 puntos. En el mismo periodo, la tasa de empleo de las mujeres en el nivel (0-2) ha disminuido 2,1 puntos. En el nivel (3-4) ha descendido 4,1 puntos y 2,8 puntos en el nivel (5-8), descensos inferiores a los que se han producido en los hombres.

En el año 2010, el valor de la brecha de género (hombres-mujeres) en las tasas de empleo para la población de 20 a 64 años (sin diferenciar niveles de educación) era de 12,9 puntos. Según los niveles de educación alcanzados, el valor más alto de la brecha de género en la tasa de empleo (19,8 puntos) correspondía al nivel (0-2), seguido del nivel educativo (3-4) con un valor de 11,7 puntos. En el nivel (5-6) el valor de la brecha de género en la tasa de empleo era significativamente menor, con un valor de 6,4 puntos. En el periodo 2010-2014, la brecha de género en la tasa de empleo del nivel (0-2) ha descendido 4,2 puntos porcentuales alcanzando un valor de 15,6 puntos en el año 2014 y la brecha del nivel (3-4) ha descendido 1,4 puntos alcanzando un valor de 10,3

puntos en el año 2014, como consecuencia del notable descenso en las tasas de empleo de los hombres en estos niveles educativos. En el nivel (5-6) y (5-8) correspondientes a educación superior el valor de la brecha de género en la tasa de empleo ha pasado de un valor de 6,4 puntos en 2010 a 6,9 puntos en 2014.

b) Trabajo a tiempo parcial:

-Porcentajes de ocupación a tiempo parcial:

En el periodo 2010-2014, la participación de trabajadores hombres a tiempo parcial en el empleo total masculino se ha elevado de un 5,3% en 2010 a un 7,8% en 2014, y la participación de mujeres con este tipo de jornada en el empleo total femenino también se ha elevado (de un 22,7% en 2010 a un 25,6% en 2014). Si se considera el empleo total de mujeres y hombres, el porcentaje de hombres a tiempo parcial sobre el empleo total (hombres y mujeres) ha pasado de un 3,0% en el año 2010 a un 4,2% en el año 2014. El porcentaje de mujeres con jornada a tiempo parcial representó en el empleo total un 10,0% en el año 2010 y un 11,7% en el año 2014. Las trabajadoras a tiempo parcial han pasado de representar el 10,0% del empleo total (hombres y mujeres) en el año 2010, a representar el 11,7% en el año 2014.

Por grupos de edad, en hombres los porcentajes más altos de ocupados a tiempo parcial corresponden a los más jóvenes. En mujeres, los porcentajes son significativamente más altos que en los hombres en todas las edades. En el año 2014, en las mujeres de 25 a 44 años el porcentaje se mantiene en torno al 25% y a partir de los 45 años y hasta los 64 este porcentaje se reduce ligeramente. La participación de asalariados temporales, tanto mujeres como hombres, ha descendido en el periodo 2010-2014. La representación de asalariadas temporales en el empleo total femenino ha descendido 1,5 puntos porcentuales en este periodo y la participación masculina en el empleo total masculino 0,1 puntos.

-Razones del trabajo a tiempo parcial:

En España en el año 2014, los motivos principalmente alegados por las mujeres para el trabajo a tiempo parcial son los tres siguientes: no poder encontrar trabajo de jornada completa (61,8%), otros motivos no especificados (14,6%) y el cuidado de niños o adultos enfermos, incapacitados o mayores (13,5%). Entre los hombres, los principales motivos en el año 2014 en España son los siguientes: no poder encontrar

trabajo de jornada completa (70,0%), otros motivos no especificados (19,5%), y seguir cursos de enseñanza o formación (7,5%).

Y concretamente, en lo que atañe al trabajo a tiempo parcial o ausencia de empleo por cuidado de hijos o de personas dependientes:

Según la información del módulo del año 2010 de la Encuesta de Población Activa sobre conciliación entre la vida laboral y familiar, el 97,3% de las personas ocupadas a tiempo parcial por hacerse cargo del cuidado de hijos de 14 o menos años (propios o de la pareja) eran mujeres, y el 53,3% de estas mujeres alegaba como principal razón el alto precio de los servicios del cuidado de niños.

Entre las personas paradas por hacerse cargo del cuidado de hijos, el 82,2% eran mujeres y entre las personas inactivas por el mismo motivo, el porcentaje de mujeres era del 97,2%. En ambas situaciones la principal razón alegada es que los servicios del cuidado de niños son muy costosos.

En base a la información de este módulo del año 2010, el 89,1% de las personas ocupadas a tiempo parcial por hacerse cargo del cuidado de personas dependientes (enfermos, familiares o amigos de 15 o más años) eran mujeres. Las principales razones alegadas son que los servicios de cuidado son muy caros (37,2%) y la falta de servicios de cuidados de personas dependientes (24,3%).

Trabajo a tiempo parcial involuntario:

El porcentaje de hombres y mujeres de 25 a 49 años que trabajan a tiempo parcial de manera involuntaria, es decir por no poder encontrar trabajo de jornada completa, es bastante más alto en España que en la UE-28. En el año 2014, en España el 62,5% de las mujeres de 25 a 49 años que trabajaban a tiempo parcial lo hacían por no poder encontrar trabajo a tiempo completo, frente al 27,3% de la UE-28. En los hombres este porcentaje es significativamente más alto, en el año 2014 un 75,2% de los hombres que trabajaban en España a tiempo parcial lo hacían por no poder encontrar trabajo a tiempo completo. En UE-28 en el año 2014, este porcentaje era del 51,1%.

Trabajo a tiempo parcial y tipo de hogar:

Según el tipo de hogar, en el año 2014 los porcentajes más altos de mujeres que trabajan a tiempo parcial, tanto en España como en la UE-28, corresponden a hogares con hijos. En España, los porcentajes más altos según el tipo de hogar con hijos son los siguientes: adulto solo con hijos (26,3%), adulto viviendo en otro tipo de hogar (no

pareja) con hijos (33,1%), adulto viviendo en pareja con hijos (27,2%). En España en el año 2014 los porcentajes más altos de hombres que trabajan a tiempo parcial se producen en los hogares formados por un adulto viviendo en otro tipo de hogar (no pareja) con hijos. En cambio en la UE-28 corresponde a los hogares formados por un adulto sin hijos

En España en el año 2014, la tasa de empleo de los hombres de 25 a 49 años sin hijos menores de 12 años era de 76,8%; en el caso de tener hijos de esa edad la tasa de empleo era más alta (80,9%). El valor más alto en hombres se alcanza con dos hijos menores de 12 años (81,7%). En el caso de las mujeres, a medida que se incrementa el número de hijos menores de 12 años, disminuye la tasa de empleo. Para las mujeres de 25 a 49 años sin hijos de esa edad la tasa de empleo en el año 2014 era de 67,8% y se reduce a 61,1% en el caso de tener hijos menores de 12 años. Con un hijo menor de 12 años, el valor de la tasa es de 62,4% y de 61,4% en el caso de dos hijos menores de 12 años. Con tres hijos o más el valor de la tasa es 44,2%.

c) Excedencias por cuidado de hijos:

Según la información que proporciona el módulo del año 2010 de la Encuesta de Población Activa sobre conciliación entre la vida familiar y la laboral, 18.700 hombres en el año 2010 tomaron excedencia a tiempo completo en su trabajo para dedicarse al cuidado de un hijo frente a 241.800 mujeres; 9.200 hombres tomaron excedencia por menos de 1 mes y en menor número (4.200 hombres) por un periodo de 1 a 3 meses.

En las mujeres, en el año 2010, 78.400 tomaron excedencia por un periodo de más de 6 meses y máximo de 1 año. En menor número (47.500 mujeres) tomaron excedencia por un periodo de 1 a 3 meses, 46.400 mujeres tomaron excedencia por un periodo de más de 3 meses pero máximo 6 meses y 44.000 por un periodo de más de 1 año.

Por otra parte, la encuesta de empleo del tiempo del mismo año 2015[325], que tiene como objetivo principal conocer la dimensión del trabajo no remunerado realizado por los hogares, así como la distribución de las responsabilidades familiares del hogar y

[325] Disponible en:
http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595
Consultado el 2-3-2016.

la participación de la población en actividades culturales y de ocio, el empleo del tiempo de determinados grupos sociales (jóvenes, desempleados, ancianos, etc.), todo ello con el fin de que se puedan formular políticas familiares y de igualdad de género, y estimar las cuentas satélites del sector hogares, es igualmente significativa en torno a las profundas diferencias entre sexos que persisten también en este ámbito:

a) Tiempo de dedicación al trabajo:

Según la información que proporciona la Encuesta de Población Activa, los hombres en el año 2014, trabajaron 39,9 horas semanales de media y las mujeres 33,8 horas semanales. Según la situación profesional de los hombres, los trabajadores por cuenta propia, en particular los empleadores y los empresarios sin asalariados o trabajadores independientes son los que trabajaron más horas semanales (49,1, 45,2 respectivamente). Los asalariados (total) trabajaron un número medio de 38,4 horas semanales en el año 2014. Las mujeres, en el año 2014, trabajaron 33,8 horas semanales de media y lo mismo que en el caso de los hombres, las empleadoras y las empresarias sin asalariados o trabajadoras independientes son las que trabajan, según la Encuesta de Población Activa, un mayor número de horas semanales (43,9, 40,4 respectivamente). Las asalariadas (total) trabajaron un número medio de 32,9 horas semanales en el año 2014.

Según los resultados de la Encuesta de Empleo del Tiempo 2009-2010, el número medio de horas semanales dedicadas al trabajo por los hombres ocupados es de 39 horas y 40 minutos y el de las mujeres de 32 horas y 5 minutos.

En relación a la edad, los hombres de 25 a 44 años son los que dedican más tiempo semanal al trabajo (40 horas y 16 minutos) y los hombres menores de 25 años los que dedican un menor número de horas (37 horas y 6 minutos). Por el contrario, las mujeres de 25 a 44 años son las que dedican un menor tiempo semanal al trabajo (31 horas y 46 minutos), y el tiempo dedicado a un trabajo remunerado aumenta en las mujeres de 45 a 64 años (32 horas y 28 minutos) según los resultados de la Encuesta de Empleo del Tiempo.

Si se considera el nivel de estudios, los hombres y mujeres con el nivel más bajo de formación (sin estudios o con estudios primarios) son los que dedican más horas semanales a un trabajo remunerado, con 42 horas y 59 minutos en los hombres y 34 horas y 4 minutos en las mujeres según la Encuesta de Empleo del Tiempo.

En hombres, el número más bajo de horas semanales dedicadas a un trabajo remunerado corresponde al nivel de estudios universitarios (36 horas y 27 minutos) y en mujeres a enseñanzas profesionales de grado superior (30 horas y 2 minutos), seguido de las que tienen estudios universitarios (30 horas y 48 minutos) según la encuesta mencionada anteriormente.

b) Reparto diario del tiempo entre las distintas actividades:

Según la Encuesta de Empleo del Tiempo, en el reparto diario de actividades, los hombres ocupados dedican de media al trabajo remunerado 8 horas y 19 minutos y las mujeres una media de 6 horas y 55 minutos. Las mujeres ocupadas dedican una media de 3 horas y 46 minutos a actividades de hogar y familia frente a las 2 horas y 21 minutos de los hombres.

Los hombres ocupados dedican una media de 1 hora y 41 minutos al día a vida social y diversión, las mujeres 1 hora y 29 minutos. A deportes y actividades al aire libre los hombres dedican una media de 1 hora y 43 minutos, y las mujeres 1 hora y 29 minutos. Las aficiones e informática ocupan 1 hora y 33 minutos diarios a los hombres y 1 hora y 16 minutos en el caso de las mujeres.

En la distribución de actividades en un día promedio de hombres y mujeres que realizan las actividades consideradas, los hombres en conjunto, dedican más tiempo al día a todas las actividades excepto en el conjunto de hogar y familia. Las mujeres dedican en promedio 1 hora y 57 minutos diarios más al conjunto de actividades de hogar y familia que los hombres.

El 38,7% de los hombres (de 18 o más años) trabaja de forma remunerada y le dedica al trabajo una media diaria de 7 horas y 55 minutos, frente al 28,2% de las mujeres que dedican al trabajo 6 horas y 43 minutos diarios. El 91,9% de las mujeres (de 10 y más años) realizan tareas domésticas y se ocupan del cuidado de niños, ancianos y personas dependientes durante 4 horas y 29 minutos diarios, frente al 74,7% de los hombres que dedican en promedio 2 horas y 32 minutos.

Respecto a las personas que realizan las actividades de hogar y familia según tipo de hogar, es superior la dedicación media diaria de las mujeres en todos los tipos de hogar, pero especialmente en el caso de hogar formado por pareja con hijos, en que la dedicación diaria de la mujer casi duplica la dedicación del hombre (4 horas y 37 minutos la mujer, 2 horas 34 minutos el hombre). Esta diferencia de dedicación es casi

la misma en el caso de pareja sola (4 horas y 45 minutos la mujer, 2 horas y 34 minutos el hombre). En el caso de hogares unipersonales formados por mujeres y hogares de madre sola con algún hijo, la dedicación diaria de la mujer a tareas de hogar y familia es menor que en el caso de pareja sola o pareja con hijos, 3 horas y 38 minutos diarios en los hogares unipersonales formados por mujeres y 4 horas 38 minutos en los hogares de madres solas con algún hijo.

Atendiendo a la situación laboral, las mujeres ocupadas dedican 3 horas y 46 minutos diarios a las actividades de hogar y familia y 2 horas y 21 minutos los hombres. La diferencia es mucho mayor en el caso de inactividad (estudiantes, jubilados o pensionistas, labores del hogar), 4 horas y 49 minutos las mujeres y 2 horas y 25 minutos los hombres.

Por otra parte, los hombres ocupados dedican más tiempo al día a actividades de ocio que las mujeres ocupadas. La diferencia entre hombres y mujeres ocupados es ligeramente superior en el tiempo diario dedicado a medios de comunicación (2 horas y 20 minutos los hombres y 2 horas y 2 minutos las mujeres) y en el tiempo dedicado a aficiones e informática (1 hora y 33 minutos los hombres y 1 hora y 16 minutos las mujeres). La actividad de ocio a la que dedican más tiempo al día los hombres y mujeres ocupados es la de medios de comunicación. Los hombres ocupados como segunda actividad de ocio eligen deportes y actividades al aire libre (1 hora y 43 minutos) y como tercera actividad la vida social y diversión (1hora y 41 minutos). Las mujeres ocupadas también eligen como segunda actividad de ocio los deportes y actividades al aire libre (1 hora y 31 minutos) y como tercera actividad la vida social y diversión (1 hora y 29 minutos).

En todos los hogares los hombres dedican más tiempo al día a vida social y diversión, la diferencia más reducida en el tiempo dedicado por hombres y mujeres a vida social y diversión corresponde a los hogares unipersonales y la diferencia mayor corresponde a padre o madre sola, con algún hijo. Los hombres dedican más tiempo al día a deportes y actividades al aire libre que las mujeres en todos los tipos de hogar. La diferencia más reducida corresponde a los hogares de pareja con hijos y la mayor diferencia a otro tipo de hogar.

Todos estos datos ponen de manifiesto la persistencia de importantes brechas de género en el mercado laboral español, más allá de que el carácter evolutivo de los estudios referidos los lleva a destacar también, año tras año, las pequeñas diferencias en

positivo que se van produciendo. Pese a ellas, podemos llegar a conclusiones muy similares a las que hemos señalado en el ámbito europeo. Así:

-El descenso de la brecha de género en la tasa de empleo es meramente coyuntural –debido al aumento de la tasa masculina de desempleo- y en ningún caso estructural o derivado de alguna intervención normativa. Esta misma circunstancia explica los datos en relación con el nivel formativo. Tal como se desprende del estudio realizado por Llorente Heras y otros[326], la destrucción de empleo ha sido mucho más severa en el caso de los hombres, de forma que la tendencia es que, mientras que estos se han retirado en buena medida del mercado de trabajo, las mujeres han incrementado la intensidad de su participación laboral.

-Prueba de ello son los resultados contradictorios con cualquier visión excesivamente optimista de la evolución experimentada en los últimos años: si bien se ha producido un menor descenso en la tasa de empleo de las mujeres, se ha visto claramente incrementado, para ellas, el trabajo a tiempo parcial.

-En relación con el trabajo a tiempo parcial, es de destacar que las labores de cuidado ni siquiera se encuentran entre las manifestaciones de los trabajadores de género masculino como motivo por el que lo desempeñan de ese modo.

-Así, es abrumadoramente mayoritaria la presencia de las mujeres como trabajadoras a tiempo parcial por causa de cuidado de hijos (97,3 %) o dependientes (89,1 %), así como en el uso de excedencias. Por otra parte, la tasa de empleo disminuye, para las mujeres, mucho más a medida que tienen más hijos.

-En cuanto al tiempo dedicado al trabajo, las labores de cuidado y el ocio, los datos son concluyentes: en todos los casos se pone de manifiesto que la brecha de género en estos aspectos, y que la progresiva incorporación de las mujeres al ámbito público no es óbice para reconocer que continúan sometidas a profundas desigualdades. En palabras de Cruz Villalón: “es fácil percibir que el alcance de las reformas llevadas a cabo en este período no se corresponde, en modo alguno, con los resultados logrados. A

[326] LLORENTE HERAS, Raquel, IGLESIAS FERNANDEZ, Carlos, y DUEÑAS FERNANDEZ, Diego, «Mujer, mercado de trabajo y crisis económica.», en *Las mujeres en la gran recesión.*, 1ª, Feminismos (Madrid: Cátedra, 2015), pp. 51-86.

tal efecto, puede ser de común aceptación que la situación actual dista mucho de lo que pretendía ser la finalidad última de conciliación deseada con tales reformas"[327].

Malo Ocaña alerta, de hecho, contra el efecto de una visión superficial de las estadísticas, que "podría llevar a pensar que la recesión ha creado una ruptura hacia la igualación de resultados de hombres y mujeres en el mercado de trabajo y que sería hora de rebajar la intensidad de las políticas de igualdad o de relegarlas a un nivel de importancia progresivamente menor"[328]. Y es que el análisis de los datos muestra, en realidad, que los peores resultados masculinos han estado ligados a una mayor destrucción de empleo en sectores muy masculinizados, como la construcción, y con una mayor cantidad de bajas al tiempo que las altas descendían notablemente; a lo que debemos añadir, en palabras de Castaño, que esta situación "incorpora también nuevas facetas de la vulnerabilidad femenina en el mercado de trabajo, ya que se ha llevado a cabo a costa de su mayor concentración –respecto a los hombres- en empleos temporales, a tiempo parcial, en autoempleo –en muchos casos no remunerado en negocios familiares- y en empleo informal"[329].

En cualquier caso, y una vez expuesta la que hemos llamado fotografía estadística de la realidad socio-laboral en relación con el género, se hace necesario examinar en qué medida las sucesivas reformas laborales han tenido una incidencia importante sobre todo ello, y cuáles han sido sus efectos diferenciales sobre la situación de hombres y mujeres en este ámbito.

[327] CRUZ VILLALÓN, Jesús, «Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España», en *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado*. (Coord. Mella Méndez, Lourdes), 1ª (Madrid: Delta Publicaciones, 2015), pp. 5-26.

[328] MALO OCAÑA, Miguel Ángel, «Resultados laborales y políticas de mercado de trabajo: mujeres y varones durante la Gran Recesión.», en *Las mujeres en la gran recesión.*, 1ª, Feminismos (Madrid: Cátedra, 2015), pp. 169-200.

[329] CASTAÑO, Cecilia, «Introducción.», en *Las mujeres en la gran recesión.*, (Dir. Castaño, Cecilia), 1ª, Feminismos (Madrid: Cátedra, 2015), pp. 7-49.

2.2. La incidencia de las reformas legislativas adoptadas tras la "crisis del año 8"

A lo largo del presente apartado veremos cómo la crisis económica que arranca en el año 2008, y aún continúa, ha traído como consecuencia el incremento del desempleo y el empeoramiento generalizado de las condiciones de vida y laborales, con una mayor incidencia sobre aquellos sectores de la población más vulnerables. Particularmente está teniendo un impacto muy negativo en el avance de la igualdad real de oportunidades entre mujeres y hombres, y por tanto en el desarrollo y ejercicio práctico de los derechos de conciliación de los trabajadores/as.

Y es que los datos que hemos expuesto en el apartado precedente adquieren otro sentido sometidos a una lectura más profunda y desde una perspectiva de género. Así, desde diversos ámbitos del análisis, como la economía feminista, se alerta de que los efectos de la crisis sobre las mujeres no se reflejan únicamente en las tasas de desempleo, sino que es necesario tener en cuenta cómo afecta a los trabajos no remunerados realizados en el hogar, los trabajos del cuidado llevados a cabo mayoritariamente por las mujeres, ya que, entre otras cuestiones, dependen de la existencia de medios materiales que posibiliten un reparto igualitario de los usos del tiempo. Estudios como el realizado por Agenjo Calderón[330] nos explican esta afectación específica de la crisis sobre las mujeres. La autora se sirve de diferentes perspectivas, fundamentalmente la economía feminista de la conciliación (EFC) y la economía feminista de la ruptura (EFR), trabajos que desvelan aspectos que en la mayoría de análisis sobre la crisis no son tenidos en cuenta, aportando así luz sobre determinados efectos "invisibles" de la misma:

Por un lado, la EFC se sitúa en un plano más descriptivo, tratando de cuantificar los diferentes efectos para mujeres y hombres en el plano monetizado y destacando una parte importante del trabajo de las mujeres que permanece oculto en las estadísticas convencionales. En este análisis la esfera mercantil no pierde la centralidad, y proyecta una mirada sobre la economía en la que cobra importancia el impacto de la crisis sobre aspectos como el trabajo asalariado, la autonomía financiera de las mujeres, el nivel de

[330] AGENJO CALDERÓN, Astrid, «Lecturas de la crisis en clave feminista: una comparación de la literatura en torno a los efectos específicos sobre las mujeres», *Papeles de Europa*, n.º 23 (2011), pp. 70-100.

ingresos tras la pérdida de salario, la limitación del crédito, la disminución de remesas, etc. No obstante, también se presta una atención fundamental al impacto de la crisis sobre el ámbito doméstico. A partir de todas estas consideraciones, se llega a la conclusión de que el principal efecto de la crisis ha sido la intensificación de tiempos y trabajos no remunerados que principalmente asumen las mujeres en el seno de los hogares, es decir, un aumento del esfuerzo, del sacrificio y de las cargas de todo tipo que pesan sobre ellas y que dan lugar a una situación de mayor vulnerabilidad, en definitiva, un incremento en el tiempo de trabajo total de las mujeres.

La EFR opta por un análisis parcial y localizado, situando la raíz del problema de las mujeres en un nivel más profundo: el modelo de reparto de los cuidados, que la lleva a alertar del peligro que supone no sólo del contexto de la crisis global, sino el contexto de la crisis los cuidados en que nos encontramos, debido a factores como la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo formal, el envejecimiento de la población, la precarización de la vida que obliga a plegarse a los ritmos y horarios que imponen las empresas o el progresivo desmantelamiento del Estado del bienestar. Aunque, a tenor de dichas circunstancias, la necesidad de una redistribución social de los cuidados debería ser responsabilidad no sólo de los hogares, sino también una de las prioridades del Estado y de las empresas, esto no está siendo así. De ese modo se ha tendido a privatizar los cuidados jugando en este sentido las mujeres migrantes un papel muy relevante en lo que se conoce como ‘cadenas globales de cuidados’, que son el exponente, según la autora, de la exportación del problema. Así, la crisis de los cuidados sigue viviéndose de forma individualizada y no politizada, continuando siendo responsabilidad del ámbito privado/doméstico.

En lo que respecta a los efectos que la recesión económica ha tenido sobre las mujeres y que van a venir derivados de su participación activa en los cuidados, la EFR destaca la disminución de ingresos en el hogar que supondrá una intensificación del esfuerzo y el trabajo de las mujeres en éste para afrontar esta disminución de ingresos y así evitar que el sostenimiento de la familia se vea perjudicado; por otra parte, la reducción del gasto social en sectores como la educación o la sanidad, donde hay un mayor número de mujeres empleadas, repercutirá en sus sistemas de pensiones, o el aumento de las migraciones femeninas, así como el incremento de niveles de pobreza y disminución de calidad de vida particularmente en los hogares monoparentales femeninos.

La conclusión principal, por tanto, es el incremento del trabajo no remunerado

de la mujer y la consolidación de los roles clásicos de género. Un indicador importante del grado de involución de los derechos de las mujeres.

Desde nuestra perspectiva laboralista, podemos decir que en España el contexto de crisis social y económica iniciado en 2008 ha repercutido directamente en el marco de relaciones laborales, siendo una de sus consecuencias la acción legislativa "descontrolada" de los diferentes gobiernos en el poder que, a través de múltiples reformas, principalmente en el ámbito laboral, han ido adoptando soluciones de "urgencia" al creciente problema del desempleo, problema que por otra parte, en nuestra opinión, carece hasta el momento de un análisis en profundidad sobre su naturaleza temporal o estructural, ya que no hay que perder de vista la ausencia de alternativas empresariales productivas en nuestro país, una vez desinflada la burbuja inmobiliaria. En la mayoría de estas reformas, su exposición de motivos destaca la necesidad urgente de poner freno a la destrucción de empleo, así como incentivar al "mercado de trabajo", encontrándonos por tanto en un contexto en el que la prevalencia de estas razones de urgente necesidad junto con las circunstancias económicas de los últimos años, han servido para justificar una importantísima reforma de nuestro sistema de relaciones laborales, que lógicamente, tendrá un efecto directo en las materias que nos ocupan. Es oportuno recordar el proceso de desnaturalización a que viene siendo sometido el Derecho del Trabajo en cuanto rama o sector del ordenamiento jurídico, del que nos ocupábamos al comienzo del presente capítulo, e inevitable reconocer que el discurrir legislativo reciente de nuestro país no es sino ejemplo claro de ello.

Así, las modificaciones implementadas en la normativa laboral española se han caracterizando, tal y como señala Baylos Grau[331], principalmente por:

-Una alteración en la producción del derecho, que dada la frenética actividad normativa persigue legislar sin el Parlamento evitando el debate público.

-Una alteración en la fundamentación democrática y constitucional de la regulación del trabajo. Las sucesivas "reformas del mercado de trabajo", según el autor, han ido profundizando su oposición al principio de igualdad sustancial acentuando el desequilibrio entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo. "En consecuencia se han situado fuera del mandato constitucional a los poderes públicos para que vayan progresivamente eliminando los obstáculos que impidan o dificulten la consecución de

[331] BAYLOS GRAU, Antonio, «Crisis y cambios en la regulación del trabajo tras las reformas laborales en España», *Según Antonio Baylos*, 3 de julio de 2012, Disponible en: http://baylos.blogspot.com.es/2012/07/crisis-y-cambios-en-la-regulacion-del.html. Consultado el 3-3-2014.

la igualdad material. Son decisiones normativas que contradicen directamente el art. 9.2 CE. Por eso es también evidente que la norma laboral de la crisis no considera hoy necesario profundizar en la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, que se considera materia "auxiliar" o "inferior" a la reglamentación flexible de la relación laboral". En la misma línea, Baylos Grau destaca igualmente la exclusión de los mecanismos de participación democrática que acompañan a estos procesos regulatorios, como ejemplo la reforma del artículo 135 de la CE realizada en agosto de 2011.

-Una pérdida de la capacidad de interlocución de los sindicatos que no son reconocidos como interlocutores en el proceso de gobierno de la crisis, provocando con ello una crisis en la aplicación de los artículos 7 y 28 de nuestra Constitución e igualmente una pérdida de capacidad representativa en el ámbito de la empresa.

-Un proceso, acentuado en los últimos años de crisis, de devaluación de los derechos laborales y, sobre todo, una crisis de la garantía judicial de estos derechos.

-Un poder empresarial plenamente libre en la redeterminación de las condiciones de empleo y de trabajo, sobre la base de motivos escasamente precisados que se manifiesta no solamente en el reforzamiento de sus potestades de extinción del contrato, también en las facultades de modificación de las condiciones de trabajo. A su vez, el trabajo se mide tan sólo en términos económicos de volumen de empleo, pretendiéndose que sea un espacio habitado por sujetos cada vez con menos derechos políticos y sociales.

Todas estas modificaciones del Derecho del Trabajo, el Derecho de la Seguridad Social o el Derecho Procesal Laboral, operadas a través de la ingente acción normativa derivada de las políticas de empleo, han redundado, siguiendo a Rivas Vallejo[332], particularmente en perjuicio de las mujeres trabajadoras. Que la crisis está afectando en mayor manera a las mujeres ya lo hemos visto anteriormente, ahora nos interesa comprobar si las respuestas legales frente a la crisis, tal y como sostiene la autora, suponen también un menoscabo mayor para éstas. No debemos olvidar que el art. 42 de la LOI 3/2007 obliga al Gobierno a que las políticas de empleo contengan como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Para ello se debe mejorar la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres potenciando su

[332] RIVAS VALLEJO, Pilar, «Misoginias de la crisis y de las reformas laborales», en *XXIII Jornades Catalanes de Dret Social* (Reformas laborales y derechos fundamentales, Barcelona, 2012).

nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo. Es por esto que, aunque sin carácter exhaustivo, reseñaremos a continuación la normativa aprobada en los últimos años que afecta al ámbito laboral que nos ocupa y que, tanto de modo indirecto como de modo directo, afectarán a nuestra materia de estudio, esto es, la igualdad de género y por ende a los derechos de conciliación de los trabajadores/as.

-En cuanto a normas que afectarán directamente a los DCPL se han dictado las siguientes:

Ley 9/2009 de 6 de octubre de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida;

Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo que regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural;

Real Decreto-ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral de 10 de febrero, convalidado por la Ley 3/2012 de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral;

Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

-En cuanto a las normas que indirectamente afectarán a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y los DCPL se han dictado las siguientes:

a) Destinadas a reactivar el mercado de trabajo

Real Decreto-ley 2/2009 de 6 de marzo de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas;

Ley 27/2009 de 30 de diciembre de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas;

Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo;

Ley 35/2010 de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo;

Real Decreto-ley 10/2011 de 26 de agosto de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo;

Real Decreto-ley 20/2011 de 30 de diciembre de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.

b) Reguladoras del proceso laboral:

Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social, que a su vez ha sufrido modificaciones introducidas por el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012.

c) De reforma de la Seguridad Social:

Ley 27/2011 de 1 de agosto de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social;

Real Decreto-ley 20/2012 de 13 de julio de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Nos interesa por tanto profundizar en los efectos de la crisis sobre la normativa sobre igualdad de género y los propios DCPL, y a este respecto podemos decir que uno de los primeros efectos de la crisis sobre estos últimos que se ha hecho notar ha sido el aplazamiento sucesivo durante seis años consecutivos de la ampliación del permiso de paternidad a cuatro semanas prevista para el año 2011. Como ya vimos en el apartado dedicado al Derecho Europeo, el principio de corresponsabilidad auspiciado por las instituciones comunitarias[333] marca el inicio de una nueva etapa en el desarrollo de los DCPL. Aunque en España, la LCVFL 39/1999 ya introducía algunas referencias a este principio en su exposición de motivos, su consolidación no se produce hasta la LOI 3/2007, situándolo el art. 14.8 entre los principios orientadores de las actuaciones de los poderes públicos, en tanto que el art. 44 lo vincula con los DCPL. En este sentido, al objeto de impulsar la corresponsabilidad, la LOI 3/2007 introdujo por primera vez, un permiso personal e intransferible por paternidad, acogimiento o adopción de un hijo de trece días de duración. Del mismo modo, en su DT9[a][334], estableció la obligación de extender esta licencia hasta cuatro semanas de duración, como muy tarde, antes de que

[333] Recordemos la Resolución del Consejo de 29 de junio de 2000, sobre participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar.

[334] Disposición Transitoria novena. Ampliación de la suspensión del contrato de trabajo:
El Gobierno ampliará de forma progresiva y gradual, la duración de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad regulado en la disposición adicional décimo primera , apartado Once, y en la disposición adicional decimonovena , apartado Seis, de la presente Ley, hasta alcanzar el objetivo de 4 semanas de este permiso de paternidad a los 6 años de la entrada en vigor de la presente Ley.

la norma cumpliese seis años de vigencia. Por ello, la Ley 9/2009 de 6 de octubre de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, dando cumplimiento a ese mandato, establecía la ampliación del permiso de paternidad a cuatro semanas debiendo entrar en vigor a partir del 1 de enero de 2011.

Sin embargo, pese a la importancia que adquiere este permiso de paternidad personal e intransferible como política novedosa de cambio de roles para el avance de la igualdad efectiva de oportunidades entre mujeres y hombres, uno de los primeros efectos directos de la crisis ha sido el sucesivo aplazamiento[335] de su ampliación sin que se haya justificado debidamente por los sucesivos gobiernos en el poder, al margen de genéricas razones de carácter económico, sobre todo si, tal y como afirma Pazos Morán[336] comparamos la exigüidad de esta partida presupuestaria con otras partidas mucho mayores que se mantienen a pesar de ser ineficientes, regresivas y perjudiciales para la igualdad (como es el caso de la declaración conjunta en el IRPF). Además, hay que añadir que desde el punto de vista de los costes empresariales, el permiso de paternidad no causa tampoco ningún gasto adicional al estar bonificadas al 100% las cuotas de seguridad social de las contrataciones del personal interino para cubrir dichas bajas. Lo que sí supondría, indiscutiblemente, a medio y largo plazo sería un avance significativo en la responsabilización del cuidado por parte de los padres, a la vez que se equiparan de este modo los trabajadores de la empresa privada con los del sector público, que recordemos, en algunas Comunidades Autónomas disfrutan de este más amplio permiso de paternidad incluso con anterioridad a la LOI 3/2007. El sucesivo aplazamiento, ya automatizado y si mayor motivación, constituye toda una significativa toma de postura del legislador hacia esta importante cuestión.

Otros ejemplos que, si bien indirectamente, supondrán efectos perniciosos sobre las mujeres se encuentran en normas publicadas entre 2010 y 2011. Rivas Vallejo[337] destaca concretamente la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, donde una medida de

[335] La fecha de entrada en vigor de la ampliación del permiso de paternidad se ha ido prorrogando en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado desde 2011 hasta las recientes D.F. 10ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2015, donde se retrasa un año más (hasta el año 2016) y la Disposición Final 11 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016, que la difiere hasta el 1 de enero de 2017, completando así un total de seis aplazamientos.

[336] PAZOS MORÁN, María, «Permisos de paternidad: ¿cuotas masculinas o reparto equitativo de los cuidados entre hombres y mujeres?» Disponible en*: http://igualeseintransferibles.org/,* consultado el 20-08-2012.

[337] RIVAS VALLEJO, Pilar, «Misoginias de la crisis y de las reformas laborales». *Cit.*

acción positiva que sirve para facilitar la reincorporación de las mujeres al trabajo después de la maternidad se traduce en realidad en una modalidad de contratación con mayores beneficios empresariales. Concretamente, la ampliación de los supuestos del contrato de fomento de la contratación indefinida a ciertos colectivos de mujeres[338]. Dado que este contrato presenta una indemnización menor por despido -despido objetivo que en caso de ser declarado o reconocido improcedente pasa a ser de 33 días en vez de 45 días- ello supone que para las empresas tales medidas se convierten en meras estrategias de contratación basadas en unos menores costes de personal, máxime teniendo en cuenta que en estos colectivos se encuentran bonificados y que prácticamente con el importe de la bonificación a la seguridad social recibida se cubriría ya una parte importante del posible coste del despido, lo que a la postre implica una mayor precariedad para este colectivo de mujeres que podrán ser fácilmente sustituidas al mínimo coste. El segundo ejemplo se encuentra en la Ley 7/2011 de 1 de agosto, y es la incidencia en las pensiones de las mujeres, ya que tanto la ampliación de los periodos de carencia para acceder a las pensiones de jubilación como del propio cálculo de las bases reguladoras de éstas tienen un efecto indirecto: la necesidad de reunir un mayor número de cotizaciones resulta más difícil para quienes más perjudicados se encuentran por el desempleo, esto es, las mujeres. En cuanto al incremento de periodos tomados como base de cálculo, también va en detrimento de ellas, por cuanto la ampliación de los periodos de cálculo alcanza a etapas anteriores en la vida laboral donde la escala profesional y consiguientemente el nivel salarial fue más bajo y este fenómeno está claro que tiene una incidencia especial sobre el trabajo femenino. Concretamente, en nuestro país, más claro resulta que esto no hace sino profundizar en dicha brecha, al ampliar los parámetros temporales y con ello reflejar décadas anteriores de trabajo femenino marginal, considerados para efectuar el cálculo de las pensiones.

Con todo, no es hasta 2012 cuando se produce un fuerte retroceso normativo en el desarrollo de la igualdad de género y los DCPL. En el mes de febrero de dicho año, entró en vigor el Real Decreto-ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, el cual establece en su DF1ª una serie de modificaciones que afectan de manera muy importante a los DCPL y que supone, en palabras de

[338] Mujeres que se reincorporaran al trabajo en los dos años inmediatamente posteriores a la fecha del parto o de la adopción o acogimiento de menores, después de un periodo de inactividad laboral de cinco años, así como aquellas mujeres víctimas de la violencia de género o de la trata de seres humanos.

Ballester Pastor[339], una degradación de los mismos operada tanto directa como indirectamente a través de otra serie de reformas laborales que dificultarán a la postre el ejercicio de los derechos de conciliación.

Centrándonos en los DCPL, Ballester Pastor reprocha principalmente la ausencia en el texto legal de cualquier consideración del alcance constitucional de los derechos de conciliación, dimensión que podría haberse introducido tanto en el art. 4 ET, -derechos laborales básicos- como en la formulación de la flexibilidad interna. A juicio de esta autora, la reforma no ha tenido en cuenta el grave perjuicio que el incremento de la flexibilidad interna va a suponer en los sujetos con responsabilidades familiares -principalmente mujeres-, y tampoco avanza en el objetivo comunitario de normalización en la adaptación de jornada para facilitar la conciliación. Hay que decir en este sentido, que habría sido muy oportuno por parte del legislador, al igual que ha realizado la aclaración sobre lo que debe entenderse por jornada ordinaria, que hubiese realizado otras similar en lo que se refiere a la redacción del art. 34.8 ET, sometido como veremos a una intensa discusión. En fin, todo ello contrasta fuertemente, concluye la autora, con la cada vez mayor importancia que en el ámbito de la UE, según hemos reflejado en el capítulo precedente, ha ido adquiriendo la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Y buena prueba de ello es el escueto informe de impacto de género del Real Decreto-ley 3/2012[340], significativo ejemplo de la falta de interés del legislador por las cuestiones relacionadas con el género. El informe se limita a destacar la mayor tasa de temporalidad de las mujeres (26,02%) respecto a los hombres (24,05%) y la mayor tasa de paro femenino respecto al masculino (23.32% y 22.46%, según la EPA IV Tr 2011), previendo que la brecha de género se reducirá gracias a las medidas de acción positiva consistentes en mayores bonificaciones a las empresas que contraten mujeres y que suponen, en el caso de la contratación indefinida inicial, 8,33 € mensuales más de bonificación respecto de la contratación masculina cuando se trata de la contratación de mujeres menores de 30 años, y 16,66 € más de bonificación en mujeres mayores de 45 años; en el caso de la transformación de contratos en prácticas en indefinidos, 16,66 €,

[339] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades», *Revista de Derecho Social*, n.º 57 (marzo de 2012): pp. 99-114.

[340] Comprende las páginas 90 a 94 del documento de fecha de entrada 13-2-2012 nº 5096 y hora 19:21:30

y en el caso de la transformación de contratos en formación en indefinidos, 25 € respecto de la contratación masculina. Además, el informe alude genéricamente a las diversas modificaciones en materia de DCPL que introduce la norma, destacando la trasposición al ordenamiento jurídico español de la doctrina comunitaria en el *Asunto Roca-Álvarez* que prevé la titularidad indistinta de permiso de lactancia. De este modo, y presumiendo que tales beneficios sin duda harían que las empresas se decidiesen a contratar más mujeres, se llega a la sencilla conclusión de que el impacto previsto en materia de género es positivo, al mejorar tanto la empleabilidad como la ocupación de éstas. Teniendo en cuenta el importantísimo grado de afectación a la igualdad de género y los derechos de conciliación que introduce el RDL 3/2012, no deja de resultar llamativa la absoluta falta, cuando menos, de un cierto rigor formal en la adopción de la tramitación normativa en aras del cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 30/2003 de 13 de octubre, de medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

Y es que podemos resumir la repercusión que para los DCPL introduce el RDL 3/2012 en los siguientes extremos:

-En primer lugar, la modificación del art. 37.5 que introduce el RDL 3/2012 parece un intento de acabar con el debate acerca de que debe considerarse por 'jornada ordinaria' a los efectos de la posibilidad de distribuir la misma fuera de los parámetros diarios como eran las solicitudes de turnos fijos o las adaptaciones de jornada en parámetros superiores al diario [341]. Aquí el legislador introduce el adjetivo *diaria*, a continuación de jornada, y de ese modo acaba con el debate en unos términos evidentemente restrictivos para los DCPL y contrarios a su dimensión constitucional. No puede expresarlo mejor Ballester Pastor cuando afirma que "para el Gobierno, los derechos de conciliación constituyen una amenaza a la organización empresarial frente a la que debe actuarse sin miramientos. Lejos de garantizar el derecho a la presencia para garantizar en lo posible el mantenimiento de los trabajadores/as en la empresa, la norma actual promueve la ausencia por razones familiares (excedencia) y, en última instancia, el abandono voluntario (…) La adaptación de la jornada que debiera ser el

[341] Recordemos la importancia de dicho alcance ya que que en un caso en el que se discutía la posibilidad de adaptación de jornada con base en el art. 37.5, el TC en su sentencia 3/2007 establecía por primera vez la dimensión constitucional de los DCPL.

centro de las políticas de conciliación ha quedado desvirtuada con la única posibilidad extensiva que podía servir para compensar la "supuesta" falta de un derecho efectivo a la adaptación".[342]

-En relación al art. 37.6 ET se producen dos modificaciones: la ampliación de las obligaciones de preaviso, lo que con independencia de la problemática en el ejercicio del derecho del trabajador/a que la falta de dicho preaviso puede suponer es, para Ballester Pastor, "una muestra más de la desconfianza frente al ejercicio de los derechos de conciliación y de la voluntad del Gobierno por residenciar el coste del cuidado estricta y exclusivamente en el trabajador/a"[343]. A su vez, se establece la posibilidad de que los convenios colectivos puedan introducir criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas, lo que ciertamente implica un cambio fundamental en el alcance de estos derechos que, hasta la fecha, constituían un derecho absoluto y pleno del trabajador/a, quien era el único legitimado para la determinación del momento concreto de su disfrute. De este modo, para la autora, se produce una degradación de los DCPL que pueden ser alterados en beneficio de la empresa en convenio colectivo considerando esta reforma "la degradación del derecho de conciliación más intenso de los hasta ahora existentes en el ordenamiento español"[344].

-La modificación del art. 37.4 ET, que transpone la STJUE *Asunto Roca Álvarez*, aunque otorga una titularidad neutra al permiso de lactancia, estableciendo que el derecho procede también cuando se trata de adopción o acogimiento, precisa que sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen, por lo que en cierto modo se dificulta el reparto entre los dos progenitores, cuando el fomento de la corresponsabilidad debiera ser el objetivo prioritario sin implicar coste adicional alguno.

-La reforma del art. 38.3 ET, incorporando una consolidada doctrina comunitaria en cuanto al disfrute de vacaciones en fecha distinta, establece que cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o

[342] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades». *Cit.* pp. 110-111.

[343] Ibid. pp. 112.

[344] Ibid. pp. 113.

con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 y 48.bis del ET, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto pudiese acogerse, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural correspondiente. No obstante en el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador/a disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.

Se transpone de ese modo la jurisprudencia comunitaria, si bien resulta insuficiente por cuanto no refleja plenamente el derecho al disfrute diferido por coincidencia con el disfrute de un permiso parental (*Asunto Merino Gómez* o *Asunto Zentralbretriesbrat*), siendo ilícito el establecimiento de límites temporales a su ejercicio en el caso de permisos parentales de larga duración.

-La eliminación de las bonificaciones por reincorporación de la mujer después de la maternidad como medida de acción positiva establecida en la ley 43/2006[345]. Estas bonificaciones, creadas para facilitar la reincorporación de la mujer trabajadora tras la maternidad o la excedencia, suponían un incentivo efectivo para prevenir despidos cuando ya había terminado el tiempo de protección establecido en el art. 55.5. ET.

Para Ballester Pastor, su desaparición, junto con la disminución de los derechos vinculados a la reducción de jornada y el incremento de la flexibilidad interna, puede tener como efecto que en el momento de la reincorporación la trabajadora quede en una situación de especial vulnerabilidad.

-La facultad de realización de horas extras por parte de los trabajadores/as a tiempo parcial, entre otros perjuicios, queda configurado de este modo como la figura contractual más alejada de la conciliación de responsabilidades, pudiendo derivar incluso en un trabajo a tiempo completo con plena disposición horaria. Posteriormente,

[345] Artículo 4. Bonificaciones para el mantenimiento del empleo y la igualdad de oportunidades 2. Los contratos de trabajo de carácter indefinido de las mujeres trabajadoras que sean suspendidos por maternidad o por excedencia por cuidado de hijo darán derecho, cuando se produzca la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo en los dos años siguientes a la fecha del inicio del permiso de maternidad, siempre que esta incorporación sea a partir del 1 de julio de 2006, a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario por trabajador contratado, de 100 euros al mes (1.200 euros/año) durante los 4 años siguientes a la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo.
En el supuesto de que el contrato fuera de duración determinada o temporal, se tendrá derecho a esa misma bonificación si en el momento de la reincorporación el contrato se transforma en indefinido.

con la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2013, si bien se elimina de nuevo la posibilidad de realizar horas extras, todos los contratos a tiempo parcial indefinidos con una jornada ordinaria semanal de al menos diez horas en cómputo anual disponen de una bolsa de horas complementarias de un 15% de la jornada pactada, ampliable hasta el 30 % por convenio colectivo; dichas horas pueden ser ofrecidas por la empresa al trabajador/a sin falta de preaviso y sin que deban someterse a las reglas de horarios o distribución de jornada del régimen ordinario. Sobre sus efectos igualmente perjudiciales para las mujeres nos detendremos más adelante.

-La posibilidad de que, salvo pacto en contrario, la empresa distribuya unilateralmente y de manera irregular a lo largo del año el 5% de la jornada, porcentaje ampliado por la Ley 3/2012 de 6 de julio hasta el 10%, y que Ballester Pastor critica que no se haya planteado de manera respetuosa con los DCPL, ya que una formulación general que recordase la necesidad de que esta prerrogativa empresarial estuviera justificada, al menos en los casos de eventual confluencia de los DCPL, hubiera servido para legitimar eventuales oposiciones de trabajadores con responsabilidades familiares. Del mismo modo, la ya aludida falta de consideración de las dimensión constitucional de los DCPL puede ocasionar una falsa expectativa en el empresariado, que confiando en el derecho que le otorga la nueva redacción del art. 34.2 ET no tenga en cuenta que no le corresponde con carácter absoluto, sino que en su caso puede entrar en conflicto con el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades.

-La reformulación de las causas para la aplicación de medidas de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo, eliminando todo rasgo de elementos valorativos dirigidos a enjuiciar su proporcionalidad y adecuación por las mismas razones que las expuestas en el apartado anterior.

-La reforma del art. 40.5 ET, de acuerdo con la cual se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de trabajadores de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad. En los supuestos de "cargas familiares" Ballester Pastor critica que tenga que hacerse expresamente por convenio colectivo, olvidando nuevamente el legislador la dimensión de derecho fundamental que tiene el derecho a la conciliación, y que obliga a que se tenga en cuenta aunque no exista informe expreso al respecto en convenio.

-La modificación del art. 50.1 a) ET, en relación a la modificación sustancial en perjuicio de la dignidad del trabajador/a como causa de resolución contractual a

instancia del trabajador, al dificultarse que por esta vía pudiera solicitarse la rescisión del contrato por modificaciones de condiciones que atentaran al derecho a la conciliación. Se neutraliza la eventual existencia de una vulneración de un derecho fundamental, al exigir solamente que la actuación empresarial se haya producido de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 41 ET.

-Aspectos relacionados con la modificación del despido por causas objetivas: dado que es un hecho acreditable estadísticamente que son la mayoría de mujeres las que acompañan a hijos o mayores al médico o asisten en su cuidado, con toda probabilidad tendrán más ausencias computables de cara al despido por causas objetivas, una vez que desaparece el control de ausencias en relación con la totalidad de la plantilla. Por otro lado, las medidas contra el absentismo laboral, que permiten el despido por ausencias al trabajo, aún siendo justificadas, perjudicarán especialmente a la mujer que soporta actualmente el mayor peso en la conciliación de la vida laboral y familiar.

-Finalmente debemos mencionar la regulación del art. 139 de la Ley 36, 2011, de 10 de octubre, LRJS, que sigue impidiendo el acceso a recurso de suplicación a los DCPL, con la consiguiente dificultad de componer un cuerpo jurisprudencial que permita establecer unos criterios generales en torno a esta clase de conflictos, en lo que no puede sino entenderse como otra manifestación del lento proceso de desnaturalización del Derecho del Trabajo a que conduce este tipo de reformas. No cabe duda de que la fragmentación de los criterios judiciales en la primera instancia consigue un doble efecto: el inmediato, en la referida imposibilidad de creación de jurisprudencia; el mediato o indirecto, relacionado con la minusvaloración de una discusión jurídica constreñida a la decisión de instancia irrecurrible.

Pese a todo lo expuesto, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la posible inconstitucionalidad de la reforma laboral (RDL 3/2012) han convalidado cada uno de los extremos de la misma, en contraste con las numerosas voces que -tanto desde la doctrina científica como desde las diferentes secciones sindicales- la han criticado por atentar contra diferentes preceptos constitucionales, básicamente los arts. 14, 24.1, 35.1, 37.1 CE entre otros-.

En primer lugar, en el ATC 43/2014, de 12 de febrero, el Pleno del Tribunal Constitucional avala la constitucionalidad de dos aspectos de la reforma laboral incluidos en el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la

reforma del mercado laboral que habían sido cuestionados por el Juzgado de lo Social n.º 34 de Madrid: por una parte la validez global del RDL 3/2012, que podría vulnerar el art. 86.1 CE; en segundo lugar, la nueva regulación del despido improcedente, supuestamente vulneradora del art. 35.1 CE. El auto valida ambos aspectos considerando que ésta responde a una opción de política legislativa que, desde la estricta perspectiva constitucional, "no genera quiebra o lesión en los derechos constitucionales invocados". En primer lugar, manifiesta el Tribunal que con anterioridad ya había considerado correcto el uso por parte del Gobierno del RDL para operar la reforma laboral. En cuanto a la nueva regulación del despido improcedente y su posible vulneración del derecho al trabajo, señala que el art. 35. CE repudia el despido arbitrario, pero el alcance de su reparación compete al legislador ordinario. Por el contrario, para el Voto Particular, la reforma del art. 56.1 ET y el art. 110.1 LRJS lesionan el art. 35.1 CE, considerando que la reforma no reúne "las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad" que la Constitución exige para legislar por la vía del decreto-ley; entiende además que el RDL 3/2012 vulnera el artículo 86.1 de la CE, porque las medidas aprobadas afectan a los derechos que la Constitución reconoce en su Título I.

En segundo lugar, la STC 119/2014, de 16 de julio, desestima por amplia mayoría el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento de Navarra. Tres son los preceptos del RDL 3/2012 cuyo encaje en la CE ha sido cuestionado por los recurrentes: la introducción del periodo de prueba de un año en el contrato de emprendedores por el art. 4.3 RDL, que vulneraría el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), a la igualdad (art. 14 CE), a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE); la institución del arbitraje obligatorio, por el art. 14.1 RDL, en caso de desacuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores en los procedimientos de inaplicación de condiciones de trabajo, que lesionaría el derecho de negociación colectiva (art. 37.1 CE); y la prioridad de los convenios de empresa por el art. 14.3 RDL, que modifica el art. 84.2 ET, atribuyéndoles una prioridad aplicativa absoluta en caso de concurrencia entre convenios colectivos, sin posibilidad de pacto en contrario negociado en los ámbitos sectoriales o interprofesionales, la cual iría según los recurrentes contra los derechos de negociación colectiva (art. 37.1 CE) y de libertad sindical (art. 28.1 CE).

Para el TC, el periodo de prueba anual en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores no vulnera estos derechos, pues engarza con las políticas de pleno

empleo, permite comprobar la viabilidad económica del concreto puesto de trabajo y está sujeto a diversas restricciones.

En cuanto a la segunda cuestión, entiende que se ajusta a la CE la posibilidad excepcional de que una de las partes propicie una resolución vinculante sobre el descuelgue de convenio, pidiéndolo a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (o equivalente), pues la decisión es controlable judicialmente, se sujeta a requisitos varios y no hay un modelo constitucional cerrado de negociación colectiva. Rechaza así la vulneración del art. 37.1 CE por cuanto éste "no ha reservado a los sindicatos, en exclusiva, el derecho a la negociación colectiva" sino que ha optado por un "amplio reconocimiento" de su titularidad, sin excluir otros representantes sindicales y otros representantes de los trabajadores. Tampoco aprecia vulneración del art. 28.1 CE, en la medida en que el plus de eficacia otorgado a los pactos extraestatutarios en determinadas materias "no imposibilita a los sindicatos la negociación colectiva de eficacia general ni impide, por tanto, el ejercicio de una de sus funciones esenciales". Concluye pues que la prioridad del convenio de empresa en ciertas materias no vulnera preceptos constitucionales y obedece a finalidades legítimas, sin obviar la intervención sindical.

Finalmente, la STC de 22 de enero de 2015 aborda la constitucionalidad de las reformas en tres aspectos concretos: la modificación sustancial y unilateral de acuerdos colectivos introducida en el art. 41 ET, que atribuye al empresario/a la facultad de variar por su propia voluntad las condiciones de trabajo previstas en estos, y que según los recurrentes vulneraría los arts. 37.1 CE y 28.1 CE; las causas del despido colectivo en la nueva redacción del art. 51 ET, contraria al derecho a no ser despedido sin causa justa (art. 35.1 CE) y al derecho al control judicial efectivo sobre la causalidad del despido (art. 24.1 CE) -dado quel precepto cuestionado suprime la obligación del empresario de acreditar "la concurrencia de la causa extintiva" y de justificar "la razonabilidad del despido"-; y la exclusión por parte de la negociación colectiva de establecer cláusulas de jubilación forzosa introducida en la DA 10ª ET.

La Sentencia, en cuanto a la primera cuestión, rechaza la infracción de los citados preceptos constitucionales en la medida en que la limitación del derecho a la negociación colectiva persigue la finalidad de "procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción". Respecto de la segunda, rechaza que el precepto impugnado "haya consagrado un despido colectivo no causal (...) basado en un libérrimo arbitrio o discrecionalidad empresarial". Al contrario, afirma que, al

prescindir de las referencias a la prueba de la concurrencia de la causa de despido, y a la acreditación de la razonabilidad de la decisión extintiva, la ley "suprime espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma generados por unas previsiones legales, tan abiertas en su contenido como abstractas en sus objetivos, que en ocasiones podían llegar a constituir la exigencia de una prueba diabólica" a los empresarios/as. Por último, la exclusión de cláusulas de jubilación forzosa de la negociación colectiva no solo se dirige a garantizar el retiro voluntario del trabajador/a, sino que también es acorde con la actual situación de "crisis económica agravada por una elevada tasa de desempleo" pues "el objetivo de estimular la continuidad del trabajador en su puesto de trabajo sirve también para garantizar la protección de un interés general prevalente como es la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema de pensiones, en particular, y la viabilidad del Sistema Nacional de la Seguridad Social, en general, evitándose el incremento de los déficits". En consecuencia, no vulnera los arts. 14 y 37 CE.

Por el contrario el voto particular considera que la reforma del art. 41 ET viola la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos (art. 37.1 CE) y, por conexión, de la libertad sindical (art. 28.1 CE) al "introducir un nuevo régimen jurídico (...) de las modificaciones sustanciales de trabajo de carácter colectivo". Respecto de la nueva redacción del art. 51.1 ET, entiende que debe declararse su inconstitucionalidad por vulneración del art. 35.1 CE "al redefinir las causas que habilitan al empresario a adoptar medidas de despido colectivo y, por el juego de la remisión legal enunciada, las que le permiten igualmente acudir a decisiones extintivas de carácter objetivo (art. 50.c ET)".

Como se ha afirmado desde la central sindical de UGT, en referencia a la última sentencia del TC, "además de consolidar la ruptura del consenso con el que se fraguó la propia Constitución en relación con el sistema de relaciones laborales, viene a reafirmar la subordinación del derecho a la estabilidad en el empleo, del derecho al trabajo, del derecho a la negociación colectiva, y la libertad sindical, del derecho a la tutela judicial efectiva, y del derecho a la igualdad de los trabajadores y trabajadoras, a consideraciones de mera discrecionalidad política que nada tienen que ver con el derecho al trabajo que la Constitución garantiza". De hecho, "el desmantelamiento sistemático de nuestro modelo de negociación colectiva, lamentablemente, no ha sido corregido por el Tribunal Constitucional. Se quiere con ello legitimar que sea la voluntad unilateral del empresario la que pueda sustituir y dejar sin efecto los pactos y

acuerdos de empresa, se admite la preferencia incondicional del convenio de empresa para ser utilizado como vía de rebaja de los costes salariales sin exigir ninguna justificación ni problemas económicos a la empresa. Y se admite el autoritarismo en las relaciones laborales, al dar cobertura a la injerencia de los representantes del Gobierno en la Comisión Consultiva de Convenios para imponer una condiciones de trabajo con el sólo apoyo de las organizaciones empresariales, y sin apoyo sindical, lo que repugna a la propia idea de convenio colectivo, por cuanto no recoge la voluntad de los trabajadores expresada a través de sus legítimos representantes"[346].

Lo cierto es que, tal y como señala Baylos Grau, los tres fallos del TC han avalado la compatibilidad de la reforma laboral con la CE sobre la base "tanto de una interpretación extensiva de la libertad de empresa, como en atención al "interés constitucional prevalente" a la conservación de un nivel de empleo mediante la reconformación por la norma legal del alcance de los derechos ciudadanos de negociación colectiva y del derecho al trabajo" [347]. A lo que añade la desnaturalización del contenido esencial de los derechos fundamentales como contenido intangible por el legislador [348]. Frente a ello, el autor plantea una reforma de la reforma laboral a partir de la CE en un ejercicio de rediseño constitucional del "modelo social y económico", un cambio del marco legal que posibilite un nuevo encuadre democrático de las relaciones laborales. Así, deberían abordarse aspectos como:

-El refuerzo de los derechos laborales básicos que han resultado más dañados por el impacto en ellos de las prescripciones de la reforma laboral, como el derecho al trabajo.

-La cuestión del espacio de la empresa, "que no puede configurarse como un territorio inmune a la democracia (...) En última instancia, el propio art. 38 CE debería ser profundamente modificado, incorporando el estándar de la empresa socialmente responsable como la figura constitucionalmente prevalente de empresa, y colocando esta libertad en el contexto de una economía social de mercado sobre la que el poder

[346] Disponible en: http://www.ugt.es/SitePages/NoticiaDetalle.aspx?idElemento=875. Consultado el 10-1-2016.

[347] BAYLOS GRAU, Antonio, «Reformar la reforma laboral a partir de la Constitución», *Según Antonio Baylos*, 10 de marzo de 2015, Disponible en: http://baylos.blogspot.com.es/2015/03/reformar-la-reforma-laboral-partir-de.html. Consultado el 10-02-2016.

[348] BAYLOS GRAU, Antonio, «La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional español: auge y declive de la función de tutela», *Revista de Derecho Social* 69 (marzo de 2015): pp.17-30.

público y la autonomía colectiva han de establecer una actuación de encaminamiento y de redireccionamiento sobre la base de las repercusiones social y ciudadana del ejercicio del poder privado que se deduce de esta libertad"[349].

-El robustecimiento de las facultades de acción de los derechos colectivos ligados al sujeto sindical y el derecho de huelga "como clave de explicación de la integración dinámica de la perspectiva colectiva y sindical de la representación del trabajo mediante el desarrollo del conflicto como instrumento de regulación del estado de la situación de las trabajadoras y trabajadores"[350].

-La reformulación de la exigibilidad de los derechos sociales no sólo a nivel nacional, sino muy señaladamente a nivel municipal.

-El abordaje de la Seguridad Social y la precisión nueva del alcance de las prestaciones garantizadas.

-Por último, sería necesario abordar la posibilidad de reformular el modelo dual de representación vigente en España a fin de lograr un perfil más acabado de la representación sindical en la empresa y de las facilidades y garantías de los representantes de los trabajadores.

Según iremos viendo a lo largo del presente trabajo, nuestra tesis se enmarca en ese proceso de reforzamiento de los derechos fundamentales de los trabajadores/as, especialmente en lo que atañe al derecho a la conciliación de la vida personal y laboral, que puede suponer un límite de contención frente al incremento de las potestades de la empresa que ha introducido esta última reforma. En tal sentido, el aval que el TC le ha proporcionado tiene que ver, más que con el examen de una regulación concreta, con esa visión economicista que ha venido a privar al derecho del trabajo de alguno de sus elementos consustanciales de forma y fondo.

A todo lo expuesto podríamos añadir otras modificaciones legislativas que, en aparente mayor distancia con los DCPL, provocan asimismo una incidencia sobre su ejercicio que no puede obviarse: así ocurre con el Real Decreto 20/2012, de 14 de julio, y sus medidas de racionalización del sistema de dependencia (título III D.A. 7ª Prestaciones económicas reconocidas y no percibidas), o las de liberalización comercial

[349] BAYLOS GRAU, Antonio, «Reformar la reforma laboral a partir de la Constitución». *Cit.*

[350] Ibid.

y de fomento de la internacionalización empresarial (Título V, que afecta a cuestiones de relevancia para las condiciones de vida y de trabajo de las personas trabajadoras -piénsese por ejemplo en la liberalización de los horarios de trabajo y de los días festivos de apertura, con sus consecuencias sobre la ordenación de la jornada de trabajo-).

El Informe Sombra[351], presentado y defendido ante la ONU entre 2014 y 2015 por la Plataforma CEDAW España, en cumplimiento con la obligación de seguimiento y evaluación de la aplicación de la CEDAW, y realizado por más de 260 organizaciones civiles, sirve como significativo resumen de todo lo expuesto, al evidenciar que el Estado Español lejos de cumplir con la Convención, está llevando a cabo un progresivo desmantelamiento de las políticas de igualdad. El texto denuncia la falta de compromiso con la igualdad por parte del gobierno que ha recortado a la mitad las políticas y los organismos encargados de velar por ella. Concretamente en el ámbito laboral, el informe destaca que la discriminación de la mujer en el empleo y en los derechos económicos ha aumentado, incidiendo el deterioro del mercado de trabajo mucho mas en ellas, con una mayor participación en la economía informal, salarios más bajos y mayores lagunas a lo largo de su vida laboral. Es más, las medidas para fomentar el empleo en plena crisis económica han sido dirigidas principalmente a sectores masculinizados como la construcción, a pesar de que el porcentaje de desempleo femenino es mayor, habiéndose duplicado el desempleo femenino entre 2008 y 2013 del 13 al 27% y siendo el 72,5% de las personas con contrato a tiempo parcial mujeres.

El pasado 29 de julio de 2015 el Comité de expertos/as de la ONU emite informe de observaciones finales[352] donde se muestra contundente en relación a los retrocesos que en materia de igualdad de género se están enfrentando las mujeres en los últimos 5 años, realizando una importante crítica a las políticas de recortes desarrolladas en ese tiempo. Y si bien destaca también de manera positiva avances en la materia a través de una serie de estrategias y compromisos del Estado –PEIO-PIAF, que como hemos visto en el capítulo I no pueden calificarse, empero, como realmente efectivos-,

[351] Disponible en: http://www.rednosotrasenelmundo.org/IMG/pdf/InformeSombra_Actualizado_23Sep__2014.pdf Consultado el 10-01-2016.

[352] El Comité examinó los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España (CEDAW/C/ESP/7-8) en sus sesiones 1309 y 1310, celebradas el 8 de julio de 2015 (véanse CEDAW/C/SR.1309 y 1310). La lista de cuestiones y preguntas del Comité figura en el documento CEDAW/C/ESP/Q/7-8 y las respuestas de España figuran en el documento CEDAW/C/ESP/Q/7-8/Add.1.

incide en la falta de actuaciones ante ámbitos como la salud, empleo, educación o prevención de la violencia de género entre otros. En primer lugar manifiesta su preocupación porque se haya eliminado el Ministerio de Igualdad, y la posterior sustitución del Instituto de la Mujer por el Instituto de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades, que hacen que se "diluya el enfoque de género como un elemento de corte transversal". Concretamente, por lo que respecta al empleo, el Comité critica las medidas de austeridad aplicadas frente a la crisis económica que han afectado gravemente y de forma "desproporcionada" a las mujeres, especialmente a mujeres con discapacidad, mayores y trabajadoras domésticas. Así, entre los problemas actuales, apunta a los recortes y reducciones en la seguridad social y el cuidado de personas dependientes, reclamando la restauración de los presupuestos destinados a la Dependencia, la congelación de los salarios y la conversión de los empleos de tiempo completo en otros a tiempo parcial con horas extras. Destaca también la importante brecha salarial de género que persiste y se sitúa en un 17,8%, por encima de la media europea, la segregación vertical y horizontal en el mercado de trabajo o la gran concentración de mujeres en los empleos a tiempo parcial, con los consecuentes efectos adversos en su carrera y en la pensión**.** Por último reclama que se ratifique el Convenio 189 de la OIT sobre el trabajo decente para los trabajadores domésticos.

Lo cierto es que, tal como explica Guamán Hernández[353], tras cada modificación importante de la normativa laboral ha estado presente la necesidad de adaptarla a las exigencias de la situación económica. El objetivo fundamental del ordenamiento jurídico en reformas como la operada por la Ley 3/2012 ya no es la búsqueda de una transacción de intereses, la gestión del conflicto ni, desde luego, la corrección de una desigualdad de origen, aspectos todos ellos que se corresponden con el propósito tuitivo que, como hemos visto con anterioridad, hizo nacer la disciplina. La propia exposición de motivos afirma que con la norma se pretende "crear las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo y así generar la confianza necesaria para los mercados y los inversores", interés superior al que aparece supeditada no ya la función característica de la legislación laboral, sino incluso las propias técnicas y herramientas jurídicas con las que siempre se ha implementado. Esa supeditación se traduce en una precariedad normativa permanente, pues no es difícil augurar que a cada

[353] GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, «Crisis económica y crisis del Derecho del Trabajo: ¿hacia un antiguo modelo de relaciones de trabajo?», *Revista de Derecho Social*, n.º 59, (2012).

reforma “de calado” con la que supuestamente se pretenden articular cambios estructurales en el mercado laboral, de manera más o menos inmediata la sustituirá otra que, ahora sí, se calificará como definitiva, y ello a través del discutible recurso del Decreto-ley o, peor aún, el añadido vergonzante de alguna disposición final en una ley ómnibus, cuando no reguladora de alguna cuestión jurídica que poco o nada tiene que ver con dicha disposición.

No obstante, teniendo en cuenta que todo este cuestionamiento de fondo va con frecuencia vinculado a la consecución de unos objetivos concretos (disminución del paro, incremento de la empleabilidad de los trabajadores/as, etc.), se hace más necesario que nunca cotejar los grandes propósitos reformadores con sus resultados. Y así, estudios como el dirigido por Miguélez y Carrasquer en la Universidad Autónoma de Barcelona[354], referido a los años 2012, 2013 y 2014, llega a las siguientes conclusiones:

-El mercado laboral español destaca, entre otros de la Unión Europea, por sus peores resultados en términos de empleo, calidad del mismo y paro.

-España es uno de los países europeos en los que el empleo resulta más afectado por la crisis económica y financiera desatada en 2007/08, con unas tasas de paro que multiplican por 2,5 la tasa media de la UE-28 o multiplica por cinco la de Alemania.

-A las cifras de personas en paro habría que añadir los ausentes de las estadísticas del mercado laboral español, entre ellas las personas que dejan de buscar empleo por considerar que no tienen oportunidad de hallarlo, lo que afecta en especial a jóvenes y mujeres; y las cerca de dos millones de personas que entre 2011 y 2014 han decidido emigrar (autóctonos) o reemigrar o retornar a sus países de origen, en el caso de inmigrantes.

-Un colectivo muy importante de población afronta graves riesgos de inserción o de reinserción en el empleo, especialmente aunque no sólo jóvenes, también personas de edades más avanzadas, lo que en numerosas ocasiones va asociado a los riesgos de pobreza y exclusión social; unos riesgos que se han acentuado con los recortes en las políticas sociales, precisamente cuando éstas son más imprescindibles

-Mayoritariamente el empleo creado en términos netos se concentra en muy pocas actividades: el 12,5% sólo en servicios de comidas y bebidas. Si le añadimos administración pública y defensa, comercio al por menor y actividades de construcción,

[354] MIGUÉLEZ, Fausto y CARRASQUER OTO, Pilar, «Diagnóstico socio-económico sobre las políticas de empleo en España, 2012-2014», 2015. Disponible en: http://ddd.uab.cat/record/142865. Consultado el 17-7-2015.

se concluye que uno de cada tres nuevos empleos creados pertenece a esas actividades; lejos de una economía del conocimiento, en España pierde peso la industria y ocupan un creciente espacio los servicios privados habitualmente designados como poco cualificados. La propia Comisión Europea considera a España como uno de los países de la UE-28 con menor proporción de empleo en los servicios intensivos en conocimiento.

-El empleo precario afecta a uno de cada tres trabajadores; mucho más a jóvenes, mujeres, inmigrantes, con pocos estudios, en empleos no cualificados y ocupados sobre todo en agricultura, silvicultura y pesca, otros servicios, construcción, y comercio y hostelería

-Es de destacar la muy elevada rotación existente en el mercado laboral español: aproximadamente hasta dos millones de personas transitan cada trimestre entre el paro y el empleo o viceversa. Se trata, pues, de una flexibilidad laboral muy elevada que afecta especialmente a determinados colectivos, pues otros se hallan enquistados en el paro.

En lo que específicamente atañe a las mujeres, dentro del mismo estudio, Carrasquer Oto[355] pone el acento sobre los siguientes extremos:

-La ineficacia de las políticas de bonificación a la contratación: a pesar de que las mujeres constituyen unos de los principales objetos de dichas políticas, los resultados obtenidos son peores: se advierte una tendencia a incorporar menos mujeres y a seleccionar muy bien a las que participan en las distintas actuaciones, con objeto de cumplir con los requisitos de éxito en la empleabilidad que exige la participación en distintos programas de políticas activas de empleo. Ese es uno de los riesgos observados en el actual diseño de esas políticas que incide, sobre todo, en la mano de obra femenina menos cualificada y con responsabilidades familiares.

-La eclosión de un empleo a tiempo parcial femenino, joven y precario. Los contratos a tiempo parcial representan en torno al 30% de los contratos realizados durante los meses de enero de 2012, 2013, 2014 y 2015 y un 35% de los llevados a cabo durante los últimos tres años. Los contratos a mujeres representan el 60% de los contratos a tiempo parcial realizados durante los meses de muestra. De cada cien contratos realizados a mujeres durante 2014, sólo 4 de ellos son indefinidos a tiempo completo, casi 5 son indefinidos a tiempo

[355] Ibid.

parcial, mientras que la mayoría son bien de duración determinada a jornada completa (49) o a tiempo parcial (42,2).

-A la vista de ello, la autora considera que la transversalidad de género exigida por la LOI 3/2007 "se ha convertido en una cuestión de diseño formal de las políticas, con escasos resultados positivos"[356]. Abundando en ello, Castaño manifiesta que "existe un riesgo real de que el Estado deje de ser un agente promotor del empleo femenino y la igualdad de género y, por el contrario, sus políticas reviertan los avances de la igualdad que ha costado décadas alcanzar"[357].

Por otro lado, desde el punto de vista conceptual, estudios como el de Carrasco Bengoa[358], sobre tiempo de trabajo y género, completan y explican los resultados que se obtienen en las encuestas, especialmente en lo que tiene que ver con el impacto real que suponen para las mujeres esta clase de política de empleo. Las conclusiones a las que llega son las siguientes:

-La intensificación de la flexibilidad laboral, entendida como mayor poder empresarial para organizar el tiempo de trabajo diario y anual de los trabajadores/as, se traduce en una serie de "costes" o externalidades negativas que afectan seriamente a la calidad de vida de las personas y, en particular, de las mujeres.

-En segundo lugar, la estructura de la jornada laboral no es una cuestión ajena a las relaciones de género de nuestras sociedades. Hombres y mujeres tienden a especializarse en distintas formas de flexibilidad, que presentan condiciones e ingresos favorables a los primeros.

Además, existen algunas dificultades añadidas:

-La introducción de horarios "atípicos" (nocturnos, festivos, etc.), crea dificultades para realizar una vida social adecuada, particularmente para desarrollar actividades diferentes al trabajo mercantil que requieren el contacto con otras personas. La calidad de vida de las mujeres disminuye considerablemente cuando tienen empleos con jornadas largas o atípicas, particularmente las de bajos recursos, ya que difícilmente pueden mercantilizar parte de su trabajo familiar doméstico, lo cual impide disponer realmente de estrategias de "conciliación".

---

[356] Ibid

[357] CASTAÑO, Cecilia, «Introducción» *Cit.*

[358] CARRASCO BENGOA, Cristina (Dir.), «Tiempos, Trabajos y Flexibilidad: una cuestión de género», 2002. Disponible en: http://www.inmujer.migualdad.es/mujer/mujeres/estud_inves/2002/577.pdf. Consultado el 23-3-2014.

-Las dificultades de organización y planificación se incrementan notablemente cuando la jornada laboral se torna variable y la empresa tiene la capacidad de imponer cambios súbitos en su duración y configuración. En el caso de las mujeres, para quienes el rol de “cuidadoras” casi exclusivas de la vida humana no ha dejado de pesar como un referente y una imposición social, los problemas se agravan por cuanto la inadecuación entre la vida laboral mercantil y la vida cotidiana genera una enorme presión social y moral, que es fuente de una enorme ansiedad y malestar, o que exige un importante esfuerzo para tratar de compaginar las distintas facetas de su vida social.

-Para las mujeres, las necesidades de cuidados que presentan las personas a su cargo ocupan un papel central en su vida. De aquí que cualquier variación en la jornada, fundamentalmente si no es conocida con anterioridad, representa graves trastornos que exigen rediseño de las estrategias familiares, con lo que significa -además del esfuerzo y gasto de energías- en sufrimiento personal: sentimiento de culpabilidad por la desatención, estrés, sensación de agobio, etc.

-En cuanto a la organización y estructuración del tiempo, las distintas aproximaciones de análisis utilizadas –por ciclo vital, hogares con dependientes, estudio cualitativo- muestran que la organización del tiempo de las personas viene determinado por el trabajo de mercado, y "el tiempo que queda" después de realizar la actividad mercantil se distribuye en el resto de las actividades, incluido el cuidado de la vida, la atención a las personas dependientes, etc. Pero frente a esta situación, mujeres y hombres presentan comportamientos muy diferentes que, dadas las condiciones sociales existentes, se concretan en importantes desigualdades.

-La vida de los hombres claramente está determinada por su tiempo dedicado al trabajo de mercado, y "el tiempo que les queda" puede dedicarse al trabajo familiar doméstico u otras actividades. En cambio, para las mujeres la situación es mucho más complicada. El tiempo dedicado al trabajo de mercado también determina su organización diaria de tiempo, pero en situaciones críticas (momentos determinados del ciclo vital o presencia de dependientes), las mujeres aparecen reduciendo el trabajo de mercado y aumentando considerablemente el trabajo familiar doméstico.

Resulta altamente significativo que los problemas de fondo continúen siendo similares y parezcan inalterables pese al transcurso del tiempo, las sucesivas reformas y los innumerables congresos, libros programáticos y declaraciones de intenciones. Y es que los datos se empecinan en contradecir la bondad de las políticas de empleo que en

la práctica no hacen sino ahondar la importante “brecha de género” existente no sólo ya entre la posición de mujeres y hombres en el mercado laboral, sino, cuando nos referimos sólo a aquellas, entre los derechos que formalmente les atribuye el ordenamiento jurídico y la posibilidad efectiva de su materialización real. En este sentido es claro que “algo va mal” cuando toda la panoplia de derechos que hemos estudiado en el capítulo I de este trabajo se confronta con la situación que dibujan las estadísticas en el capítulo II, más allá del voluntarismo optimista que trata de ofrecer valoraciones positivas con la mínima variación de datos porcentuales. Y en lo que al derecho se refiere, podemos decir que, al igual que en el relato mitológico, lo que el parlamento comunitario o el poder constituyente ha tejido de día, el legislador laboral lleva años destejiéndolo minuciosamente de noche, reforma a reforma, en aras de un advenimiento, el del progreso económico y la mejora del empleo, que nunca termina por producirse.

Todo ello no es sino reflejo de una realidad más profunda, frente a las que las políticas de género no se han mostrado lo suficientemente eficaces. Nos referimos a la división sexual del trabajo, concepto que continúa lamentablemente vigente, y que tiene una relevancia fundamental en lo que atañe al tiempo de trabajo y, por ende, a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. A él nos referiremos en el siguiente apartado, como una necesaria y consecuente etapa en la trayectoria descendente que dibujamos desde la aludida capa superficial de la legislación formal a las distintas realidades, estadísticas y conceptuales, que se encuentran bajo ella.

2.3. La división sexual del trabajo como causa subyacente de la brecha de género en el mercado laboral

A) Un proceso en permanente reformulación

Una constante que se repite a lo largo de la historia es que en todas las sociedades existe un sistema por el que las personas realizan funciones diferentes, unas consideradas de competencia masculina y otras de competencia femenina. Bajo este modo peculiar de organización, los seres humanos son socializados para que desde su nacimiento, en función de su sexo biológico, aprendan y acepten como “normal” el

desempeño de una serie de tareas y funciones. Es lo que podemos denominar como división sexual del trabajo. A su vez, Astelarra Bonomi nos explica que a "la organización social que se deriva de la existencia de la división sexual del trabajo se le denomina sistema de género social"[359]. Dicho de otro modo, se trata de una serie de procesos que organizan la sociedad de forma que mujeres y hombres sean, actúen y se consideren diferentes, a la vez que determina qué áreas son competencia de un sexo y cuáles del otro. Este sistema garantiza así que en todas las sociedades se asignen roles diferentes a las mujeres y a los hombres, y que luego las personas se adecuen a los estereotipos vigentes. Mujeres y hombres, por tanto, tienen dedicaciones distintas, no ejercen el cuidado de sus seres dependientes de la misma forma, participan de manera diferente en la vida económica, y no comparten muchos de los espacios de la vida público-política. El origen histórico de este sistema tiene que ver con la organización social de la reproducción humana, siendo la familia su institución fundamental. Para Astelarra, su estructura se sustenta sobre tres niveles:

-la identidad personal: cada sociedad tiene su propuesta de modelos para los sexos;

-los roles sociales: cada sociedad asigna a los géneros unas actividades que le son propias, aunque con una constante concretada en que los roles de cuidado de las personas suelen ser femeninos y los de la guerra, masculinos;

-por último, los ámbitos sociales: cada sociedad asigna igualmente un valor de género a los espacios donde se desempeñan los distintos roles sociales.

El sistema de género social se ha distinguido siempre por la desigualdad de la situación de las mujeres respecto de los hombres. Esta desigualdad se ha venido expresando a lo largo de la historia bajo diferentes formas de opresión y es lo que en su día se definió por el feminismo como sistema "patriarcal", en el que los hombres tienen una situación de poder, superioridad y ventaja sobre las mujeres. Por tanto, como acertadamente manifiesta Cobo Bedia, la división sexual del trabajo vendría a ser "la columna vertebral del patriarcado". Una de las causas generales de esta desigualdad a lo largo de la historia es la posición dominante que los hombres ostentan en todos los ámbitos sociales en los que existen recursos, mientras que la escasa presencia de las mujeres en estos mismos ámbitos sociales está vinculada, en palabras de la autora, "a la

[359] ASTELARRA BONOMI, Judith, «Conciliación y cohesión social. Un análisis crítico de las políticas europeas», *Cit*.

existencia de una macroestructura que actúa como sistema hegemónico y que distribuye recursos asimétricamente entre mujeres y hombres. Este proceso de apropiación ilegítima de recursos se ha ido consolidando a lo largo de siglos a través de un sistema de dominio patriarcal que ha situado a las mujeres en una posición crónica de desventaja estructural"[360].

Wikander[361] ha estudiado la articulación de la división sexual del trabajo en el pasado siglo, elaborando todo un significativo relato de la constante reconstrucción de las estructuras jerárquicas entre sexos al compás de los avances tecnológicos y sociales que de alguna manera incidían en el mercado laboral. Esta perspectiva histórica presenta especial interés para apreciar, precisamente, cómo el mantenimiento de este *statu quo* –aun, como decimos, precisado de reinventarse una y otra vez- ha sido una constante en la historia contemporánea que encuentra prolongación en el momento presente.

Y ello pese a que, como afirma la autora, resulta mucho más difícil investigar el mercado laboral femenino que el masculino. Debemos partir de que, en épocas pasadas, las mujeres trabajaron junto con sus maridos en instalaciones artesanales propias y contribuyeron directamente al ingreso familiar sin que esto apareciera en las estadísticas. Realizaban trabajos secundarios menos apreciados que los de los hombres, vendían comidas y dulces hechos por ellas mismas, y acudían como temporeras a la siega del heno. Partiendo de esa realidad, es claro que cualquier estudio riguroso y preciso sobre el trabajo femenino encuentra grandes dificultades. Aun así, Wikander llega a la conclusión de que aquello que se considera "la tarea más auténtica de la mujer" ha sido juzgado de manera muy similar en toda Europa a lo largo de la historia. La construcción de la "feminidad" produjo en todas partes las mismas consecuencias, pues los modelos no se diferencian apenas. La "preservación de la feminidad" o la significación "natural" de la maternidad han sido los dogmas de acuerdo a los cuales se juzgaba el trabajo de las mujeres. Y con base en ellos se fue configurando esa distinción en roles y peso específico en el mundo laboral cuya capacidad de adaptación, a ojos del observador del siglo XXI, no puede resultar casual o inocente.

---

[360] COBO BEDIA, Rosa, «Globalización y nuevas servidumbres de las mujeres», en *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización.* (Eds. Amorós, Celia y De Miguel, Ana), 2ª, vol. 3º (Madrid: Minerva Ediciones, 2007), pp. 267-300.

[361] WIKANDER, Ulla, *De criada a empleada. Poder, sexo y división del trabajo (1789-1950)*, 1º (Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2016).

En otro estudio que podemos calificar de referencia, por su completud y profundidad, Nuño Gómez[362] señala a ese respecto que la emancipación del espacio público no fue neutral en términos de género, sino que fue precisamente posible gracias a la división sexual del trabajo y a una oportuna construcción de la identidad femenina, configurándose el espacio público como el propio de la cultura, la libertad y la creación, mientras que el privado constituiría "el reino de la necesidad". Esferas a las que la teoría del contractualismo clásico, como señalábamos en el capítulo I, presta su justificación intelectual: a través de la ficción del "pacto entre iguales" fundador de la sociedad, se consolidan aspectos como "la gestión gratuita de las responsabilidades de cuidado y la reclusión en el hogar de las mujeres", la cual opera a modo de "condición previa que permitía garantizar la autonomía del espacio público y del nuevo ciudadano"[363]. Sin embargo ese contrato social aparece apuntalado, subraya la autora, por un "contrato sexual" que básicamente implica, para las mujeres, la negación de su condición de sujetos de la razón, su capacidad de individualización y la construcción de una identidad cultural en la que son definidas como lo complementario, lo opuesto y lo subordinado.

Semejantes caracteres no quedarían desmentidos por el, a priori, esperanzador proceso revolucionario francés de 1891, que excluyó a las mujeres de los derechos de la ciudadanía, y al mismo siguió una reacción conservadora que ahondaría en la diferente posición de ambos sexos. En el transcurso del siglo XIX la división sexual del trabajo se fue consolidando en las tareas del campo o la producción láctea, especialmente cuando el desarrollo de las ciudades propició la comercialización de la producción campesina. Por otro lado, nos dice Wikander[364], las capas burguesas urbanas fueron disponiendo de cada vez más posibilidades financieras, que hacían superflua la colaboración de la mujer para mantener la existencia común. Mujeres que antes habían compartido con sus maridos el trabajo en el hogar, la granja o el taller, fueron liberadas para dedicarse exclusivamente a la casa y los hijos. Entre la burguesía se impuso la idea de que las mujeres eran económicamente dependientes, y los hombres económicamente independientes.

[362] NUÑO GÓMEZ, Laura, *El mito del varón sustentador. Orígenes y consecuencias de la división sexual del trabajo* (Barcelona: Icaria, 2010).

[363] Ibid., pp. 40.

[364] WIKANDER, Ulla, *De criada a empleada. Poder, sexo y división del trabajo (1789-1950). Cit.*

La industrialización intensificó la pérdida de competencias por parte de las mujeres. Las de la clase trabajadora quedaron reducidas a un papel secundario en el mercado laboral, donde se les asignaron los trabajos menos atractivos y peor pagados. Las de las capas medias y altas quedaron cada vez más desocupadas, impotentes y reducidas al mundo privado. Los hombres se organizaron cada vez más en su trabajo asalariado y ganaron mayor poder a través del derecho político al voto. Y es que, volviendo al prejuicio con el que se justifica en muchas ocasiones la división sexual, Wikander afirma que "en el discurso del darwinismo social, la mujer aparece determinada en sus habilidades y sus capacidades intelectuales por su cuerpo; sus campos de actuación "naturales" serían el matrimonio y la maternidad", de tal forma que se fue trazando una separación entre las esferas sexuales públicas y privadas. Las mujeres estaban en una u otra esfera, lo que a su vez determinaba su rango social, pero nunca en ambas. Las casadas formaban un grupo en sí mismas, el otro comprendía a las prostitutas y las que no tenían recursos o un pariente varón, o que trabajaban de criadas. Se ha estimado en más de 1.300.000 el número de muchachas de servicio que había en el Imperio alemán en 1895, profesión que no representaba propiamente un trabajo asalariado. La doncella dejaba su familia original para vivir en una nueva forma de existencia familiar radicalmente asignada al ámbito privado.

A comienzos del siglo veinte se produce un afianzamiento de la división sexual del trabajo, pese a que paradójicamente las mujeres conquistaron el derecho al voto y lograron un aumento de los derechos dentro del matrimonio. En el transcurso de la expansión que experimentó la educación, la presencia de las mujeres fue un fenómeno aceptado y extendido en los niveles inferiores del sector, mérito sobre todo del movimiento feminista. Pero cuanto más alto pretendían llegar en la jerarquía de la educación, más difícil les resultaba. En todas las ramas profesionales que exigían un cierto estudio se estableció una división laboral más o menos marcada por las diferencias de sexo, que contribuyo a desvalorar la posición laboral de la mujer y le quitó la oportunidad de disponer de todo el espectro de las posibilidades profesionales. Así, durante las primeras décadas del siglo XX se instauró una jerarquía estricta en los hospitales. Las doctoras no eran admitidas en ellos, sino que tenían que ejercer privadamente. El cuerpo médico era, por tanto, masculino. Asimismo, señala la autora, las transformaciones técnicas obligaron y facilitaron a menudo la reconstrucción de la división laboral según sexos: "Manejo, cuidado, utilización de una máquina o trabajo en ella: ya los conceptos relativos al trato con maquinas no son neutrales en cuanto al sexo,

y dependen del rango de la actividad y de la persona que la realiza. Cuando se asigna a mujeres el trabajo en una máquina, dicho trabajo pierde categoría y parece ser una actividad solamente corporal y fácil como especialidad. Por regla general, le estaba vedado a las mujeres familiarizarse con el funcionamiento de las máquinas, de manera que estaban obligadas a pedir consejo y ayuda a un hombre".

Por otro lado, las corrientes reformistas en la legislación laboral no hicieron sino apuntalar la división sexual del trabajo, a través de medidas como la prohibición del trabajo nocturno, el salario mínimo, la protección obligatoria a la maternidad y la reducción de la jornada laboral para las mujeres. Para Wikander, "la naturalidad con que mujeres y hombres fueron percibidos como seres diferentes y asignados a distintos campos de actividad muestra muy claramente que no se medían por el mismo rasero. La mujer era considerada sobre todo como ser sexuado, como madre en potencia, cuya vocación natural era la familia", de esa forma la fuerza laboral de la mujer fue constituida como "otra", separada del hombre, a través del mercado laboral y la política del Estado respecto de los sexos. De hecho, en el servicio público la división laboral según los sexos se articuló a través de la diferencia de sueldos y responsabilidades, contribuyendo a la segregación que se produjo en el mercado laboral de la economía privada.

En la sociedad moderna, pues, la división sexual del trabajo ha desarrollado una fuerte dicotomía entre el ámbito público/político -predominantemente masculino- y el privado/doméstico -lugar destinado a las mujeres-, reforzando los roles sociales a desempeñar en cada uno y acentuando de esta forma la separación entre ambos. Por otra parte, la familia, institución central del sistema de género, pierde las funciones económicas, sociales y políticas que tenía en la sociedad preindustrial, lo que supone que la participación social de las mujeres se restringe al ámbito de la familia nuclear y del hogar, convirtiéndose el trabajo doméstico y el papel de esposa y madre en su única actividad, trabajo que, como decimos, fue ignorado como fuente generadora de recursos.

En definitiva, Wikander[365] concluye que el concepto de "feminidad", y su manifestación en el mercado de trabajo, se fue construyendo a lo largo de los siglos XIX y XX en torno a tres factores:

[365] Ibid.

-una ideología derivada de la "tradición" creada hacia 1800 acerca de la división del trabajo en el hogar, así como de la "diferencia" de la mujer fundada en lo biológico,

-una legislación que asignaba a mujeres y hombres un lugar distinto en el mercado laboral,

-y una tecnología que hacía cada vez más fácil dividir en fases el trabajo, simplificarlas y declararlas entonces "femeninas" o "masculinas", sin que esta asignación estuviera fundada en la propia tecnología.

Y así, en palabras de Nuño Gómez, "pese al esfuerzo internacional observado durante el siglo XX para impulsar o promocionar la igualdad de género, la excelencia de las virtudes femeninas en el espacio privado siguió representando un poderoso freno, simbólico y material, para la participación de las mujeres en el espacio público"[366].

Esta forma de división sexual del trabajo, que aún hoy subsiste, se fundamenta en un modelo masculino que se conoce como *male breadwinner* o sustentador principal de la familia, y que se mantiene en la actualidad como mecanismo identitario para ambos géneros de manera estable, dado que prácticamente no ha evolucionado. El modelo femenino, empero, se caracteriza por tener asignada la realización de las tareas correspondientes al trabajo reproductivo, doméstico y de cuidado, tareas que, aun a riesgo de repetirnos, no se consideran generadoras de recursos económicos y que, por tanto, no equivalen a "empleo legítimo". Se trata más bien de lo que Astelarra Bonomi denomina como "servicios de voluntariado afectivo"[367]. Al contrario que el modelo *male breadwinner*, el modelo femenino ha evolucionado en las últimas décadas y se caracteriza porque se ha producido la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo "formal", considerándose como normal la asunción y aceptación en este modelo de la denominada "doble jornada", ya que esta introducción de la mujer en lo público no ha sido correspondida con la incorporación del hombre en lo privado, sin un cuestionamiento social frente a esta falta de corresponsabilidad entre géneros. Tal y como señala Carrasco Bengoa, "la sociedad continúa actuando como si se mantuviera el modelo de familia tradicional, es decir, con una mujer ama de casa a tiempo completo que realiza todas las tareas de cuidados necesarias. Y si esta mujer quiere incorporarse al mercado laboral, es su responsabilidad individual resolver previamente la

[366] NUÑO GÓMEZ, Laura, *El mito del varón sustentador. Orígenes y consecuencias de la división sexual del trabajo*, *Cit.* pp. 112.

[367] ASTELARRA BONOMI, Judith, «Conciliación y cohesión social. Un análisis crítico de las políticas europeas». *Cit.*

organización familiar"[368]. De modo que, cuando las mujeres se integran ahora en el mercado laboral –construido históricamente en la sociedad industrial bajo el sustento del modelo masculino *breadwinner*, trabajador con disponibilidad completa, y que responde actualmente al esquema de una sociedad postindustrial- sin tener resueltas las tareas reproductivas y de cuidado, se encuentran con que se han endurecido y precarizado las condiciones de trabajo. En consecuencia, el modelo social de distribución del tiempo de vida de las personas que vincula tiempo, recursos materiales y distribución de actividades, comprendiendo una serie de tareas sociales -trabajo productivo, reproductivo, proyectos colectivos de la sociedad, proyectos socioculturales y actividades lúdicas o de ocio-, resulta discriminatorio para las mujeres. Así pues, se desprende que la división sexual del trabajo no es una institución neutra, en la medida en que las mujeres, gravadas por lo que la economista feminista Palmer denomina el "impuesto reproductivo"[369] no acceden a la esfera pública con los mismos recursos y la misma movilidad que los hombres y ese mismo hecho les impide competir en igualdad de condiciones.

B) Los discursos legitimadores de la división sexual del trabajo. La doble presencia

Una conclusión general que podemos extraer de todo lo anteriormente expuesto es que la evolución del principio de igualdad de género ha ido permitiendo el acceso formal de las mujeres a los recursos públicos y políticos, pero aún hoy siguen existiendo muchas dificultades para que dichos recursos se materialicen. Y es que, como nos dice Cobo Bedia, "no pueden negarse los derechos civiles y políticos a las mujeres, porque las sociedades democráticas perderían legitimidad. Hoy no es posible pensar en una democracia legítima sin derechos formales para las mujeres. Sin embargo, en este momento histórico de férrea alianza entre los varones la apuesta masculina de fondo es que los derechos formales no se concreten en derechos materiales. Las élites patriarcales apuestan por que los derechos formales se garanticen, pero siempre y cuando los

[368] CARRASCO BENGOA, Cristina (Dir.), «Tiempos, Trabajos y Flexibilidad: una cuestión de género». *Cit.*

[369] PALMER, Ingrid, «Gender equity and economic ef ciency in adjustment of programmes», en *Women and Adjustment in the Third World,* (Eds. Afshar, Haleh and Dennis, Carolyne), (Basingstoke: Macmillan, 1992), pp. 69-83.

obstáculos para el ejercicio de esos derechos sean tantos que las mujeres desistan de ejercerlos porque su mismo ejercicio se convierte en una tarea heroica"[370]. A ello hemos aludido ya con anterioridad, cuando contrastábamos el complejo aparato jurídico de derechos al máximo nivel con el aparentemente menos pretencioso sistema normativo "ordinario", que es el que precisamente socava la eficacia y aplicabilidad real de aquéllos.

Como decimos, estos nuevos mecanismos soterrados de las sociedades democráticas para reproducir la desigualdad de género son lo que el feminismo, utilizando una metáfora, ha denominado "techo de cristal" para tratar de explicar precisamente las dificultades que existen en el tránsito entre los derechos formales y los derechos materiales. De este modo, las políticas de género para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, adoptadas para que las personas puedan compartir los dos espacios en igualdad de oportunidades, se han materializado principalmente como herramientas diseñadas para una mayor flexibilidad del mercado laboral y como forma de asegurar, sólo a las mujeres, su permanencia en el mismo a la vez que continúan sosteniendo todo el peso del trabajo reproductivo y doméstico, lo que además de no producir el efecto deseado, ha generado nuevas formas de desigualdad como la precarización de sus relaciones laborales; mayor temporalidad o parcialidad en el empleo y menores cotizaciones; la explotación de "otras" mujeres que, con menores posibilidades y en la mayoría de ocasiones sin derechos sociales reconocidos, deben encargarse ahora de esa "externalización privada" de tareas domésticas y de cuidado; o el desarrollo en las grandes empresas, principalmente, de políticas de conciliación sólo para determinado tipo de trabajadores/as.

Como parte de estos mecanismos a que nos referimos se encuentra la construcción de una serie de discursos relativos al trabajo, desde una perspectiva de género, que han logrado generalizarse, en la medida en que son constantemente elaborados desde una posición prevalente:

-Podemos empezar por decir que, en lo que a la conciliación se refiere, una de las afirmaciones que más se repite es aquella de la "reciente incorporación de la mujer al mundo del trabajo" en los últimos decenios. Según apuntábamos ya al reseñar los estudios de Nuño y Wikander, cabe cuestionar tal afirmación por cuanto parece dar por

[370] COBO BEDIA, Rosa, «Globalización y nuevas servidumbres de las mujeres». *Cit.*

buena la idea de que con anterioridad la mujer no trabajaba, y que las tareas domésticas y de cuidado que realizaba: primero, no son equiparables a "trabajo", y segundo, constituían su única ocupación. Tal y como reflexiona Pérez Fuentes, "cuando decimos que las mujeres se estaban incorporando al trabajo en este último tercio del siglo XX, a tenor de lo que nos dicen los censos de población, estábamos partiendo de la afirmación de la ociosidad generalizada o de una exclusiva dedicación al trabajo reproductivo de nuestras antepasadas. Pero basta con que nos acerquemos a las vidas de muchas de nuestras madres, abuelas o bisabuelas para intuir que las cosas no ocurrieron así para la mayoría de la población. Y contamos con una importante producción investigadora referida a los siglos XVIII-XX, a través de la cual se nos ha mostrado hasta qué punto el trabajo realizado por las mujeres, tanto el productivo como el reproductivo, siempre fue determinante para las economías familiares, ya se tratase de hogares dedicados a la agricultura, a las artesanías, al comercio o de hogares de población asalariada. La cuestión es ¿cuando y cómo puede haber ocurrido una tamaña tergiversación de la realidad?"[371]. Para entender las causas de la fuerte segregación de género que presenta el mercado laboral en nuestros días, esta historiadora, en la búsqueda sobre las raíces del problema, llega a la conclusión de que la industrialización supuso una transformación radical en la naturaleza del trabajo, en el significado del mismo y en las relaciones sociales que lo enmarcan, afectando de diferente manera a hombres y mujeres. El resultado es la construcción de un modelo de género fuertemente asimétrico en espacios, funciones y cultura del trabajo. A su vez, la concepción decimonónica del trabajo -remunerado y realizado fuera del hogar- acaba excluyendo de las contabilidades económicas y ocupacionales los trabajos reproductivos desarrollados en las unidades familiares. Por tanto, "siempre debemos de tener en cuenta que un factor clave para interpretar la histórica caída de las tasas de actividad femenina se encuentra en el campo de las mentalidades y no de las realidades, es decir en el nuevo paradigma de lo femenino y de lo masculino que acompaña a los procesos de industrialización y a la consolidación de las sociedades occidentales (…) El resultado es que a través de las estadísticas oficiales, la actividad universal de las mujeres preindustriales fue siendo sustituida por una también universal y mítica ausencia de la misma. Se trata de un juego

[371] PÉREZ-FUENTES HERNÁNDEZ, Pilar, «El trabajo de las mujeres: una mirada desde la historia» (LAN HARREMANAK/2: Departamento de Historia Contemporánea Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2000).

de prestidigitación, desde el cual, el trabajo productivo de las mujeres se ve como excepcional y esa perspectiva aparece naturalmente adquirida, estructurada e incorporada a las costumbres, a las miradas y a las disciplinas que se ocupan del trabajo"[372].

Investigaciones como ésta, o la de Wikander, ponen en cuestión el discurso del "reciente acceso al trabajo de la mujer", presente en numerosos textos jurídicos, y plantean, entre otras cosas, la necesidad de reformular las políticas de conciliación. Como ya señalamos anteriormente, la conciliación tiende a entenderse como la solución al "deseo" de las mujeres de entrar en el mercado laboral. Y mientras en el discurso de la conciliación el trabajo remunerado se interpreta como emancipador en sí mismo, otros problemas como la precariedad laboral, la división sexual del trabajo y la discriminación continúan ausentes.

-Por otra parte, se advierte en el discurso sobre el trabajo doméstico y de cuidado que continúa estando devaluado. Esto supone la aceptación implícita de una jerarquía entre el trabajo productivo en la esfera pública/política a un nivel superior, y el trabajo reproductivo en la esfera privada/doméstica a un nivel inferior. Lo cierto es que la mujer se ha incorporado progresivamente al mercado de trabajo "formal" o "reconocido" sin dejar de realizar el trabajo doméstico y de cuidado "informal" o "no reconocido", lo que evidentemente la ha colocado en desigualdad con respecto al hombre. Numerosas investigaciones así lo ponen de manifiesto. Baste señalar un estudio elaborado por el Colectivo IOE durante el periodo comprendido entre 1994 y 2005, que llega a la conclusión de que "el factor que mejor explica la posición subordinada de las mujeres en el mercado laboral es que todavía actualmente sean ellas quienes se ocupen del 75% de la carga de trabajo doméstico no remunerado. Y aunque la ausencia de series estadísticas sobre este particular impide conocer con precisión la evolución del reparto por sexos del trabajo doméstico, todos los indicios apuntan a que la incorporación de las mujeres en el mercado laboral no está siendo acompañada de una entrada equivalente de los hombres en las actividades del hogar, dando paso a nuevas formas de desigualdad de género en perjuicio de las mujeres. En especial, la "doble jornada" de muchas mujeres, en casa y fuera de casa, les expone a una situación

[372] Ibid.

de sobre-trabajo y estrés que perjudica su salud, física y psíquica, y da lugar a una mayor prevalencia femenina de enfermedades discapacitantes"[373].

Carrasquer Oto[374] ha estudiado el fenómeno de la llamada "doble presencia", entendida como la necesidad de responder a las demandas del trabajo asalariado y del doméstico-familiar de forma sincrónica, y a cuya extensión, afirma, obedece en realidad el despegue del empleo femenino en España. Este término académico se corresponde en realidad con una situación habitual en la vida cotidiana de las mujeres en las sociedades capitalistas occidentales, de forma que "la imagen de la mujer con esa doble adscripción productiva y reproductiva, se ha impuesto con rapidez y aparente facilidad, de manera que se ha reforzado la idea de la naturalidad del fenómeno de la doble presencia. Induce a pensar que esa experiencia femenina de combinar distintos tipos de trabajos y espacios e instituciones sociales a los que de forma intuitiva remite el concepto de doble presencia, también identifica otras realidades laborales y sociales de las mujeres, tanto en la actualidad como en el pasado".

Ya hemos visto, al estudiar la división sexual del trabajo, que esa "naturalidad" del reparto de distintos roles en el mundo laboral, y su prolongación en el ámbito doméstico, ha formado parte históricamente de las sociedades occidentales en un proceso continuo de reformulación. No es extraño, pues, que a estas alturas se perciba como "normal" en el sentido de perteneciente a alguna clase de esencialismo masculino/femenino que nos acompaña desde que nacemos, en la medida en que se trata de un conocimiento cultural transmitido de generación en generación. Carrasquer aprecia por tanto una doble dimensión en este concepto que lo conecta, por un lado, con un plano material (relativo al tiempo que hombres y mujeres dedican al trabajo doméstico y familiar y al empleo) y otro simbólico (relacionado con los imaginarios en torno al trabajo femenino, productivo o doméstico familiar). Ahora bien, más allá de su formulación teórica, existen numerosos estudios[375] que ponen de manifiesto la

[373] COLECTIVO IOÉ, «Hacia la igualdad de género en España: una década de avances y retrocesos (1994-2005)», 2007. Disponible en: http://www.colectivoioe.org/index.php/publicaciones_articulos/show/id/98. Consultado el 10-7-2011.

[374] CARRASQUER OTO, Pilar, «La doble presencia. El trabajo y el empleo femenino en las sociedades contemporáneas» Tesis doctoral (Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2009).

[375] CARRASQUER OTO, Pilar et al., «Doble presencia, trabajo doméstico-familiar y asalariado: espacios sociales y tiempo», *New Solutions* 20, n.º 4 (2010).

dura realidad de la doble presencia en España (amplias y/o irregulares jornadas laborales, abundancia de femenino atípico, valores y prácticas sociales asentadas en una cultura patriarcal), cuya extensión se ha producido sin que la división sexual del trabajo apenas se haya modificado. De este modo se constata que la frecuencia de la doble presencia se duplica en el caso de alargamiento de la jornada laboral (lo cual tiene especial relevancia en el mercado laboral español, donde alrededor del 50,4 % de los varones y el 43,8 % de la mujeres suelen alargar su jornada de trabajo); y asimismo se observa una asociación entre la jornada irregular y los turnos rotatorios y la doble presencia: las exigencias de trabajo doméstico-familiar, especialmente las de las tareas de cuidado, tienen delimitaciones temporales estrictas (horas de entrada y salida de colegios o de los centros para personas dependientes, horas de comidas, etc.), pese a ello, se tenga el horario que se tenga, con mayores o menores dificultases según si este es social o asocial, las personas asalariadas organizan la ejecución del trabajo doméstico familiar de forma que las demandas no sean sincrónicas con las del trabajo remunerado. El problema de las exigencias sincrónicas, la doble presencia, aparece cuando las prácticas empresariales cambian esa organización al variar la ordenación de jornada, aspecto que, según hemos visto anteriormente, ha sido notablemente potenciado por las recientes reformas laborales. Todo ello tiene como efecto la asociación entre otras exposiciones a riesgos psicosociales y la doble presencia: las elevadas exigencias cuantitativas, relacionadas con la cantidad de trabajo y el tiempo disponible para realizarlo, y las emocionales, relacionadas con las situaciones derivadas de las relaciones interpersonales, especialmente en ocupaciones en las que se presta servicios a las personas. Ambas, como es previsible, se relacionan a su vez con la pérdida de salud. En expresivas palabras de Torns, "las mujeres que viven en doble presencia y son conscientes de ello reconocen, además, que esta mayor carga total de trabajo tiene una lógica temporal sincrónica y cotidiana, distinta de la lógica diacrónica del trabajo-ocupación o empleo (…) esta lógica sincrónica es la causante de que el tiempo atrape a esas mujeres y de que su vida cotidiana se torne problemática"[376].

En conclusión, la doble presencia, como una de las máximas expresiones de la división sexual del trabajo, y de las más aceptadas/asumidas en el discurso social, se

[376] TORNS MARTÍ, Teresa, «Las políticas del tiempo: un reto para las políticas del Estado del Bienestar», *Trabajo. Revista de la Asociación Estatal de Centros Universitarios de Relaciones Laborales y Ciencias del Trabajo.* Universidad de Huelva nº 13 (2004).

relaciona no sólo con las características del trabajo familiar y doméstico fuertemente asociadas al género, sino también con las exigencias del alargamiento de la jornada, la rotación de turnos y el horario irregular. Por tanto, sostiene Carrasquer Oto[377], para reducir estas dificultades no sólo ha de actuarse en la división sexual del trabajo doméstico-familiar, sino también en la organización del tiempo de trabajo asalariado, consiguiendo una jornada compatible y que promueva la corresponsabilidad, además de incorporar la doble presencia al ámbito de las relaciones laborales, contemplándola como una exposición de los riesgos psicosociales en las empresas, con el objeto de identificarla, determinar sus causas y desarrollar medidas preventivas en origen que la eliminen o disminuyan.

En este sentido debemos subrayar cómo las políticas de conciliación han considerado positiva de por sí la creación de "empleo femenino", que muchas veces se asocia al fomento del trabajo flexible, así como al trabajo a tiempo parcial o a fórmulas de teletrabajo. No obstante, mientras se representa la flexibilización del trabajo como la solución al problema de la conciliación, a los hombres no se les anima a adoptar esas fórmulas de trabajo flexible, por lo que el mismo se entiende más bien como trabajo femenino. De nuevo aparece el discurso de acuerdo con el cual los hombres trabajadores no tienen nada que conciliar. Esto nos lleva de nuevo a la relación existente entre tiempo y trabajo. Desde el mundo laboral se han llevado a cabo diferentes iniciativas bajo la idea de flexibilización de los procesos de producción. En un somero repaso de las políticas laborales centradas en el tiempo de trabajo –sobre ello nos detendremos más adelante- podemos observar cómo las modalidades de contratación a tiempo parcial se introducen en principio para promover la incorporación de la mujer al mercado laboral y así facilitar una mayor presencia en el ámbito público.

Entretanto, el contrato a tiempo parcial se ha acabado imponiendo como una forma de facilitar las exigencias de flexibilidad del mundo productivo, principalmente el ligado al sector servicios, para cubrir horarios irregulares o fines de semana, tratándose de una modalidad de contratación mayoritariamente femenina. De acuerdo con Borràs, Torns y Moreno "el tiempo parcial resulta, así, la mejor manera de mantener la división sexual del trabajo a la hora de realizar el reparto de la carga total laboral. De ahí nace la argumentación que sustenta la corrección política de la

[377] CARRASQUER OTO, Pilar et al., «Doble presencia, trabajo doméstico-familiar y asalariado: espacios sociales y tiempo». *Cit.*

conciliación, puesto que, si son las mujeres las que utilizan este tipo de empleos, parece lógico y correcto que ellas sean las únicas que tienen que conciliar, con lo que se cierra así el círculo que convierte la conciliación en una cuestión que afecta exclusivamente a las mujeres"[378]. En consecuencia, políticas de conciliación como las excedencias y reducciones de jornada laboral persisten vinculadas a la idea de facilitar a la mujer el trabajo y el cuidado y por tanto sus planteamientos continúan anclados en los modelos tradicionales hetero-patriarcales y de la división sexual del trabajo (debemos recordar en este sentido que en nuestro ordenamiento los permisos parentales se articulan básicamente en torno a esas dos figuras).

-Otro aspecto relevante del discurso sobre el trabajo por cuenta ajena es la capacidad omnímoda en las relaciones laborales del poder de dirección empresarial, lo que nos sitúa en el contexto más amplio del papel y consideración del trabajo en los sistemas productivos contemporáneos. Como nos dice Trillo Párraga, "desde un punto de vista estrictamente material, el valor del trabajo es incuestionable aunque cabe matizar que no resulta un valor en sí mismo, sino que a través suyo se produce valor. Dicho de otro modo, el trabajo es el eje vertebrador de las relaciones sociales en los sistemas de producción capitalista y con él los elementos típicos que lo llenan de contenido"[379]. En nuestro caso, nos interesa resaltar el conflicto estructural entre capital y trabajo expresado en la tensión que genera el tiempo de trabajo en las partes de la relación laboral, aspecto al que dedicaremos el último apartado de este capítulo. Baste por el momento con apuntar, como subraya el autor, la necesidad de contextualizar el discurso del trabajo y del tiempo de trabajo en unas relaciones de poder privado que en ocasiones generan tensiones democráticas por causa de su afectación a determinados derechos fundamentales de los trabajadores/as, frente a la renovada "naturalidad" con que en las sociedades contemporáneas se explica la ordenación del tiempo de trabajo en términos puramente económicos, de productividad o rendimiento personal, y encaminados a un único fin de rentabilidad empresarial cuyos términos y condiciones aparecen definidos, sin discusión, por ese poder legitimado desde las más diversas instancias jurídico-políticas y sociales.

[378] BORRÀS VICENT, TORNS Teresa, y MORENO Sara, «Las políticas de conciliación: políticas laborales versus políticas de tiempo», *PAPERS Revista de Sociologia* nº 83 (2007), pp. 83–96.

[379] TRILLO PÁRRAGA, Francisco José, *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*, 1ª (Valladolid: Lex Nova, S.A., 2010), pp. 292.

A lo largo del presente apartado hemos visto cómo la realidad de los datos estadísticos continúan poniendo sobre la mesa las profundas desigualdades existentes en el mercado de trabajo entre hombres y mujeres; pero no sólo eso, sino que, para las últimas, la mera llevanza de una dedicación laboral conlleva un doble sacrificio relacionado con la necesidad de compatibilizarlo con unas tareas de cuidado pertenecientes al ámbito privado que se le adjudican como "naturalmente" propias. Esa adjudicación se produce a través de una normativa que, a veces en aras de un bien superior relacionado con la estabilidad económica, y en otras encaminada a potenciar el empleo femenino, terminan sembrando la cotidianidad de obstáculos para el desarrollo profesional en condiciones de igualdad entre ambos sexos. Ello, además, se encuentra amparado por lo que hemos dado en llamar "el discurso", un ideario colectivo profundamente arraigado en la tradición histórica y sostenido a través, precisamente, de esa inacción de carácter público que se manifiesta en unas reformas legislativas hostiles sobre todo para las mujeres, aun cuando en apariencia son bienintencionadas y neutras. Se produce así un círculo cerrado perfecto: las dificultades que comportan, de forma directa o indirecta, las medidas adoptadas por los sucesivos gobiernos consiguen apuntalar ese ideario al que nos referimos. Lo "natural", lo "normal", es en realidad lo único a lo que mujeres y hombres pueden acceder en el marco jurídico-laboral actual, y de ese modo la pretensión de suscitar profundas transformaciones sociales en torno a la igualdad de género se antoja muy complicada.

Desde diversos ámbitos académicos, sin embargo, se han formulado una serie de propuestas para atacar la raíz del problema: y es que en lo que concretamente atañe a los DCPL, apenas se han tenido en cuenta aspectos tales como las políticas del tiempo. De la verdadera trascendencia de éstas daremos cuenta en el siguiente apartado de este trabajo, para finalmente confrontarlas con una dificultad objetiva que encuentra su aplicación en el contexto actual: el conflicto que ello supone con los amplios poderes de autoorganización empresarial existentes en el ordenamiento jurídico español, y las vías que el mismo ofrece para solucionarlo.

2.4. El tiempo de trabajo. Usos y tratamiento normativo

Una vez analizada la división sexual del trabajo como causa subyacente de la brecha de género, cabe preguntarse sobre la forma de afrontar políticas realmente

eficaces para los problemas ligados a la relación entre el trabajo y el tiempo, y su repercusión en la igualdad entre mujeres y hombres. Para ello debemos comenzar por reflexionar sobre el propio concepto del tiempo, en relación con la actividad laboral, y su articulación a través de una serie de imposiciones horarias que no siempre responden a criterios productivos, sino que vienen amparadas en diferentes inercias estructurales.

A) El tiempo y el bienestar cotidiano. La racionalización de horarios

Los estudios de Torns Martí son una referencia ineludible para la comprensión de lo que podríamos denominar "el sistema tiempo" en las sociedades configuradas en torno a un Estado de Bienestar. En ellas el factor tiempo, nos dice la autora[380], se organiza social e individualmente según la dicotomía jornada laboral-tiempo libre, de tal forma que no se considera que exista espacio para otro trabajo, el doméstico-familiar, pero tampoco para el cívico-comunitario. Esta visión del tiempo monetizada (como algo evaluable económicamente, o incluso como un recurso o bien escaso condicionado por los medios materiales subsistencia) provoca que el aparentemente improductivo –así, el de las tareas de cuidado- no "entre en la ecuación" y sea fuente constante de malestar. Partiendo de que no tener tiempo está generalmente bien considerado –por entenderse equivalente a tener mucho trabajo-, el análisis relativo al mismo se ciñe exclusivamente a los aspectos de la ocupación o el empleo[381]. Sin embargo es evidente, como ya hemos visto, que el tiempo de trabajo remunerado no es el único que existe en la sociedad, aunque sea el único que merece reconocimiento. Ello conduce al menosprecio del trabajo doméstico y/o de cuidado, que como Torns Martí expresivamente describe "a día de hoy, se puede afirmar no tiene quien le quiera, pero con el que la mayoría de la población, particularmente los hombres, obtiene un bienestar cotidiano que la mayoría de mujeres proporcionan en su entorno familiar. Ya que ellas son las que procuran directamente ese bienestar, o bien encargan buena parte de ese trabajo a otras mujeres. En ese caso, principalmente mujeres inmigradas, que trabajan en unas condiciones de subordinación cercanas a la esclavitud, pues la jornada laboral

[380] TORNS MARTÍ, Teresa, «Las políticas del tiempo: un reto para las políticas del Estado del Bienestar». *Cit.*

[381] "Uno de los principales problemas para desarrollar o reclamar políticas del tiempo es que las actuales políticas del Estado del Bienestar, donde todavía subsisten, continúan teniendo el mundo de lo público y, en particular, el mundo laboral como eje único y vertebrador del resto. La mayoría de estas políticas tienen, además, un carácter universal, pretendidamente neutro." Ibid.

suele ser extensa, el salario escaso y el reconocimiento social nulo"[382]. Todo ello redunda, en palabras de Meda, en un sentimiento de injusticia que va creciendo en la mayoría de las mujeres, y una inmensa pérdida de bienestar social: "pérdida debida a las inversiones hechas por las mujeres para adquirir un alto nivel de educación y de las que no recogen los frutos; pérdida de bienestar individual para estas mujeres estresadas y angustiadas; pérdida para la sociedad que podría beneficiarse de sus competencias, de sus talentos, de su utilidad, de sus salarios, de su creatividad y de sus ideas para transformar la sociedad"[383].

Sin embargo, al igual que hemos hecho al hablar de la división sexual del trabajo, es procedente preguntarse sobre los motivos de fondo que sostienen los lugares comunes en torno al tiempo y si, en definitiva, existe la posibilidad de modificar los hábitos que desarrollamos cotidianamente a ese respecto, y en su caso, qué consecuencias traería el cambio. Lo cual nos lleva a una cuestión de creciente importancia en el debate público en los últimos tiempos, especialmente cuando se habla del tema objeto del presente trabajo, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral: se trata de la racionalización de los horarios de trabajo, que presenta un interés creciente manifestado en los numerosos Congresos e Informes desarrollados principalmente a través de organizaciones como la Comisión Nacional para la Racionalización de los Horarios en España[384]. Interés que sin embargo no se ha traducido de manera solvente en reformas normativas o intervenciones del Poder Público a través de cualesquiera herramientas y ámbitos territoriales. Año tras año se formulan nuevas reflexiones y propuestas, y año tras año el *statu quo*, al igual que ocurre con la división sexual del trabajo, encuentra la forma de mantenerse inalterable en lo sustancial, reformulándose.

No obstante los datos nos dicen que esa exigencia de razonabilidad en los horarios resulta perentoria en nuestro país, cuyo régimen es de "prácticamente

[382] TORNS MARTÍ, Teresa, «Tiempo, trabajo y bienestar cotidiano», *Pasos a la Izquierda* 3 (2016), Disponible en: http://pasosalaizquierda.com/. Consultado el 01-06-2014.

[383] MEDA, Dominique, *El tiempo de las mujeres. Conciliación entre la vida familiar y profesional de hombres y mujeres* (Madrid: Narcea Ediciones, 2002).

[384] Disponible en: http://www.horariosenespana.com/. Consultado el 01-02-2014.

imposible comparación con el generalizado en los países de nuestro entorno"[385]. Estudios como el de Montañés Bernal[386] ponen sobre la mesa datos elocuentes:

-La media de horas trabajadas por semana en España (incluido el tiempo extra) resulta sólo ligeramente superior a la media europea, y es que la diferencia entre la jornada laboral "española" y la jornada laboral "europea" no es tanto la duración de la misma sino, sobre todo, cómo se distribuye a lo largo del día. Mientras el horario europeo se distribuye de forma continuada, en España la jornada es partida, dejando para comer un largo lapso de tiempo. Como resultado, aunque los horarios de inicio de trabajo son similares, en España se acaba mucho más tarde la jornada laboral, descansándose mucho menos. En algunas empresas esta situación ha ido cambiando en los últimos años, dando paso a otras opciones como son las jornadas con distribución irregular a lo largo del año, horarios flexibles de entrada y salida, la posibilidad de transformar jornadas a tiempo completo en jornadas a tiempo parcial y viceversa en ciclos vitales concretos o el disfrute de los descansos en períodos que permiten coincidir con vacaciones escolares o períodos no lectivos de los hijos. Éstas son algunas de las alternativas más comunes.

-Son, en general, los países de Europa del Este los que tienen menores niveles de productividad, tanto por trabajador como por hora trabajada. Aunque en todos ellos ha crecido la productividad entre los años 2000 y 2008, siguen en niveles muy por debajo del resto, entre un 30% y un 50% de la media europea. El nivel más bajo corresponde a Bulgaria, que apenas supera el 30% de la media en productividad por hora. El nivel de productividad más alto corresponde a Luxemburgo con un 175% y 165% por trabajador y por hora, respectivamente, seguido de Noruega con 168% y 163%. España ocupa la decimocuarta posición en ambas medidas, en niveles similares a los de Grecia o Italia. Comparando la productividad de los países, puede verse que la de Noruega (la mayor) es un 34% más elevada que la de España. Más del 50 % de los trabajadores de los Países Bajos y los países escandinavos tienen la opción de adaptar su horario de trabajo (hasta ciertos límites) a sus necesidades particulares. En cambio,

[385] CRUZ VILLALÓN, Jesús, «Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España». *Cit.*

[386] MONTAÑÉS BERNAL, Antonio, «Tipos de jornada y productividad» (Zaragoza: Consejo Económico y Social de Aragón, 2011).
Disponible en:
http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/ConsejoEconomicoSocialAragon/Areas/Publicaciones/PRODUCTIVIDAD_2.pdf. Consultado el 16-11-2015.

menos del 25 % de los trabajadores de los países del sur y del este de Europa disfrutan de esta posibilidad (19,4% en España).

-En torno al 54% de los empleos en España se caracterizan por una distribución de la jornada laboral partida, que está asociada a mayor duración de la jornada laboral. La duración media nacional de los empleos a tiempo completo con jornada continua se sitúa en las 38,10 horas semanales mientras que con jornada partida alcanza las 42,52 horas.

-Los empleados sujetos a horarios laborales que objetivamente pueden tener dificultades en la conciliación de la vida laboral con la vida familiar y/o personal reciben como contrapartida un mayor salario hora. Así, la jornada laboral distribuida de forma partida afecta positivamente al salario hora en el sector servicios y en la construcción; trabajar de noche o por turnos también tiene una recompensa en términos económicos. Esto es indicativo de que en el mercado laboral español el modelo tradicional prima sobre el modelo flexible. La divergencia con el modelo flexible europeo aparece también en relación a la jornada laboral parcial, modalidad de contratación que afecta de forma negativa a los niveles de salario hora en los sectores industria y servicios, indistintamente si la jornada laboral parcial ha sido una opción libremente escogida o no. Es decir, la jornada parcial aparece como un indicador de trabajos de poca calidad.

Se deduce de estos datos que nuestro país continúa cultivando la llamada "cultura del presentismo", en la que la permanencia en el centro de trabajo es vista como manifestación de compromiso con la tarea, de productividad y de asunción, en definitiva, de una exigencia colectiva naturalmente aceptada. "Un régimen horario", en palabras de Cruz Villalón, "que sobre todo está concebido en clave de alargamiento al máximo posible de los tiempos de disponibilidad para las obligaciones laborales"[387]. Frente a ello, la racionalización de horarios trata de operar en un doble frente, según analiza Montañés Bernal:

-Por un lado, se utiliza como herramienta de recursos humanos a través de la cual se trata de articular una organización empresarial en la que se favorezca la implicación del trabajador con la empresa y la creación de un clima de cooperación, hechos que eliminan pérdidas de tiempo debido a la disminución de los tiempos de

[387] CRUZ VILLALÓN, Jesús, «Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España». *Cit.*

control y supervisión, a la par que mejoran la organización de la empresa. Como consecuencia, la productividad de la empresa se incrementa no sólo debido a la mejora del rendimiento del trabajador, sino también por la externalidad positiva que genera una mejor gestión organizativa. Los datos nos dicen, por otro lado, que aquellos países con mayor participación de los trabajadores en la toma de decisiones, prácticas más flexibles de trabajo, son también los que exhiben mayores incrementos en la productividad.

-Por otro, como medida para lograr un equilibrio entre el tiempo de trabajo y el tiempo dedicado a la familia, lo que redunda asimismo de forma positiva en la productividad individual, ya que reduce la fatiga y los errores de ejecución del trabajo derivados de largas jornadas laborales, disminuye el estrés y ayuda a lograr una actitud más positiva hacia el trabajo. Como resultado, el número de accidentes laborales y el grado de absentismo laboral y presencial son menores.

Realmente pocas cuestiones de índole laboral parecen suscitar mayor consenso que la necesidad de abordar el proceso de racionalización de los horarios españoles, y pocas asimismo se encuentran teóricamente avaladas por tal cantidad de informes y estudios, de los que la prensa diaria se hace eco con profusión y en un sentido indudablemente positivo[388], desde los documentos anuales vinculados a los congresos de la aludida Comisión Nacional a los análisis elaborados por distintas entidades públicas o privadas[389]. Paradójicamente, empero, la situación se mantiene idéntica para la generalidad de la ciudadanía, a salvo puntuales experiencias[390] en grandes empresas que no hacen sino corroborar la eficacia de estas medidas y su directa repercusión sobre la productividad de la organización y el bienestar de los trabajadores/as. Tenemos que volver a remitirnos al problema del reparto de roles público/privado, y en el ámbito laboral, para preguntarnos si lo que a menudo se publicita como una lenta evolución en

[388] Pueden verse algunos ejemplos recientes en los siguientes enlaces:
https://www.procuradordelcomun.org/archivos/jornadasapartados/1_1434968214.pdf.
http://www.magazinedigital.com/historias/reportajes/diferencia-esta-en-horario
http://elpais.com/elpais/2016/04/25/actualidad/1461573711_452919.html
http://www.elmundo.es/opinion/2016/04/07/57054c81e2704e9b678b462b.html

[389] Ejemplos de ello son:
http://www.ugt-pv.es/2013/1309/rhugt.pdf
http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/BOCG-10-D-330.PDF
http://www.ieseinsight.com/doc.aspx?id=00534&idioma=1

[390] Una de las más relevantes ha sido la puesta en práctica por la empresa Iberdrola de una "Política de conciliación de la vida personal y laboral e igualdad de oportunidades" que incluye, entre otras, medidas de flexibilidad horaria y jornada continuada:
Disponible en: https://www.iberdrola.es/webibd/gc/prod/es/doc/responsabilidad_conciliacion.pdf;
http://www.iese.edu/es/files_html/5_36376.pdf. Consultado el 15-04-2016.

el sentido más razonable y beneficioso –celebración de congresos, formulación de propuestas, adopción de protocolos o códigos de buenas prácticas- no deja de ser un mero placebo para una enfermedad de largo recorrido y alcance estructural.

La solución, en cualquier caso, debe pasar necesariamente por la intervención del poder público a través de políticas del tiempo. Este tipo de actuaciones nacen, nos recuerda Torns Martí[391], en las sociedades del bienestar, en la década de los 80 del siglo XX, impulsadas por el feminismo que resurge tras los movimientos sociales de 1968. A través de ellas se plantean cuestiones como la oportunidad de considerar nuevos escenarios en la ciudad o la vida cotidiana, más allá del mercado de trabajo y la familia; la posibilidad de contemplar el bienestar cotidiano como uno de los principales retos que tiene planteado el futuro Estado del Bienestar, y, por último y como consecuencia de lo anterior, la necesidad de revisar qué se entiende por derechos y deberes de ciudadanía, en un futuro donde el modelo social europeo, construido tras la Segunda Gran Guerra, parece haber entrado en una existencia azarosa sometida a reiteradas propuestas de liberalización, desregulación o encomienda en manos del empresariado de numerosos aspectos de la relación laboral que tienen repercusión en la disponibilidad de ese recurso llamado tiempo que claramente aparece supeditado a un proceso de recuperación económica que amenaza con ser eterno. Las políticas del tiempo se encuentran, en ese sentido, con una dificultad añadida que Torns Martí explica: las pautas de tiempo continuo que caracterizan a las tareas de cuidados resultan opuestas a los ritmos, intensidad y duración de los tiempos de trabajo; el tiempo implicado en las tareas de cuidados, en especial el de las personas dependientes, no se puede acumular, reducir o someter a la misma lógica lineal y acumulativa que preside el tiempo mercantil o del trabajo remunerado. “Una lógica temporal esta última que goza de los mayores prestigios y que se rige por la racionalidad económica propia de las sociedades del bienestar. Prestigio que no sólo marca una diferencia entre ambas lógicas temporales, convirtiéndolas en difícilmente compatibles, sino que establece una jerarquía entre los tiempos, los trabajos y los sujetos. Ya que no se debe olvidar que, en esas sociedades, no todos los tiempos y los trabajos son iguales y que existe una clara jerarquía ejercida por la lógica del tiempo de trabajo remunerado, léase jornada laboral, por encima de cualquier otros tiempos o trabajos. Y esa jerarquía afecta de manera clara

[391] TORNS MARTÍ, Teresa, «Las políticas del tiempo y el bienestar cotidiano». En XXIX Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo. Vitoria-Gasteiz: 2014. Disponible en: https://www.procuradordelcomun.org/archivos/jornadasapartados/1_1434968214.pdf. Consultado el 13-2-2015.

a los tiempos, sujetos, colectivos y tareas que aparecen como subordinados o residuales en esa jerarquización"[392].

De ahí que las políticas del tiempo corran el riesgo de resultar ineficaces en la medida en que no cuestionen, en primer lugar, esa marcada jerarquía conceptual entre la dedicación a una y otras tareas. Propósito que en último término ha de contribuir a un cambio de mentalidad en la ciudadanía que se hace imprescindible para desatar el nudo paradójico en que se encuentra: por un lado, como hemos visto, el tiempo de presencia laboral continúa estando sobrevalorado –la abundancia de horas se entiende como manifestación de responsabilidad y compromiso- y por otro, la inmensa mayoría de los trabajadores/as preferirían gozar de jornadas intensivas o más flexibles[393]. Y es que, en palabras de Torns, "la interiorización de un modelo de vida basado en el tiempo de trabajo provoca resistencias culturales, incluso, cuando las soluciones aportan mejoras. Estas resistencias se hacen evidentes cuando la población trabajadora no acepta o percibe como tiempo muerto, tiempo vacío o pérdida de tiempo, el resultado de acciones bien resueltas técnicamente (…) El rechazo de la reducción de la jornada laboral sincrónica y cotidiana es la otra cara de la moneda. Sólo las mujeres que tienen que asumir el cuidado de personas dependientes parecen estar de acuerdo"[394]. Por ello la autora realiza una suerte de llamada al realismo y plantea que el punto de partida han de ser las políticas de tiempo de trabajo remunerado, lo cual no es incompatible con el cuestionamiento de jerarquías referido. Y es que no puede obviarse "la importancia que el tiempo de trabajo remunerado tiene para fijar el poder dentro del mundo laboral y para, a su vez, establecer y marcar las pautas de organización social del tiempo de la sociedad. Ya que si en anteriores crisis -años ochenta- surgieron voces a favor del reparto del trabajo, en la actualidad, son diversos los debates y actuaciones que tratan de situar el tiempo de trabajo como centro de las actuaciones destinadas, de una u otra manera, a la redistribución de la riqueza y bienestar". En este sentido presenta gran relevancia el debate político que ha tenido lugar en las últimas décadas en la UE

[392] Ibid.

[393] Así lo indica, entre otras, la encuesta realizada por la Organización de Consumidores y Usuarios en 2014. Disponible en: http://www.eleconomista.es/empleo/noticias/5697317/04/14/Los-trabajadores-espanoles-prefieren-la-jornada-intensiva-de-ocho-de-la-manana-a-cuatro-de-la-tarde.html. Consultado el 13-2-2015.

[394] TORNS MARTÍ, Teresa y MIGUÉLEZ, Fausto, «Tiempo de trabajo: balance de acciones en la Unión Europea» (Barcelona: Consell Econòmic i Social de Barcelona, 2006), Disponible en: http://www.bcn.cat/cesb/pdf/quaderns/08TempsCat.pdf. Consultado el 13-2-2015.

orientado a mantener y defender la limitación de la jornada laboral. Un límite que para Torns Martí se asimila, casi un siglo después, al alcanzado por las primeras luchas obreras por conseguir un primera limitación en la temprana sociedad industrial, y que en la actualidad se ve sometido a la tensión de una regulación flexibilizadora que corre el riesgo de propiciar un claro desequilibrio entre las distintas posiciones implicadas en la relación laboral. Cuestión a la que dedicamos la siguiente sección de este trabajo.

B) El tiempo de trabajo en la Directiva 2003/88/CE de la Unión Europea. La propuesta de reforma

Podemos señalar como primer hito a este respecto la Directiva 93/104/CEE, de 23 de noviembre, sobre ordenación del tiempo de trabajo. En ella se fijan las normas mínimas europeas sobre la jornada semanal, trabajos nocturnos, descansos diarios o vacaciones. No obstante, el arranque de las políticas del tiempo de trabajo en Europa se sitúa en el marco de la Estrategia Europea de Empleo acordada en 1997 tras el Consejo Extraordinario de Luxemburgo. En este encontramos la primera referencia específica al tiempo de trabajo, junto con un capítulo sobre la conciliación de la vida familiar y laboral. Sin embargo es la Directiva 2003/88/CE, aprobada durante el Consejo Europeo de Bruselas, la que constituye referencia esencial en lo que atañe a la regulación del tiempo de trabajo[395]. Los principales objetivos de la misma fueron:

- paliar las consecuencias negativas que el tiempo de trabajo tiene sobre la salud y la seguridad en el empleo;
- buscar vías para encontrar un equilibrio entre la seguridad y la salud de los trabajadores/as y la ordenación flexible de los tiempos de trabajo.

La idea rectora de la Directiva es la de establecer un tiempo de descanso adecuado que garantice las condiciones de salud y seguridad en el trabajo mediante periodos de descanso lo suficientemente largos y continuos para evitar que los trabajadores/as, por cansancio o por ritmos de trabajo irregulares, se autolesionen, o lesionen a sus compañeros, o a terceras personas. Para conseguirlo, los trabajadores/as

[395] En el artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE se define al tiempo de trabajo como «todo período durante el cual el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales». Y el período de descanso, por exclusión, se define como todo período que no sea tiempo de trabajo.

de los Estados miembros deben disfrutar de periodos de descanso diario, semanal y anual, mínimos. Los objetivos generales de la Directiva son:

-Duración máxima del tiempo de trabajo: 48 horas semanales, incluidas las horas extras.

-Tiempo de descanso mínimo: 11 horas por día y un período mínimo de descanso interrumpido de 24 horas cada siete días de trabajo.

-Limita el trabajo a 8 horas diarias para los trabajadores/as del turno de noche.

-En los casos en que la duración del trabajo diurno sea superior a 6 horas, los trabajadores/as tienen derecho a una pausa.

-Garantizar un periodo de, como mínimo, 4 semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.

En 2004 la Comisión presentó una propuesta de revisión de la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en la que se incluían nuevos elementos como el trabajo en régimen de guardias y el tiempo de trabajo semanal flexible. Parlamento, Comisión y Consejo no llegaron a un acuerdo sobre la cuestión y tampoco los interlocutores sociales, -a consecuencia de importantes discrepancias en relación con el tratamiento del tiempo de guardia como tiempo de trabajo-. Por consiguiente, corresponde ahora a la Comisión presentar una nueva propuesta.

La inicialmente formulada resulta del máximo interés y ha venido acompañada de una significativa polémica, por cuanto en ella se refleja la importancia de la regulación del tiempo de trabajo flexible para el poder económico y, simultáneamente, la importancia del mismo como clave para la libertad de la persona que trabaja.

De acuerdo con Torns y Miguélez[396], estas propuestas retoman, en esencia, los cambios que ya en 2006 la propia Comisión trató de incorporar a esta importante normativa europea. Parten de la premisa de que tanto el sector privado como el público necesitan de manera urgente una regulación más flexible del tiempo de trabajo con los objetivos, en unos casos, de alcanzar mayores cotas de competitividad empresarial y, en otros, de mejorar los servicios públicos de atención continuada de 24 horas (sanitario y bomberos, fundamentalmente). De este modo, para los autores, la Comisión Europea se

[396] TORNS MARTÍ, Teresa y MIGUÉLEZ, Fausto, «Tiempo de trabajo: balance de acciones en la Unión Europea». *Cit.*

presenta como la garante de las demandas de las patronales europeas en la materia, canalizando las "necesidades" de dichas patronales y presentándolas como exigencias ineludibles que, en cualquier caso, no tienen por qué afectar la adecuada protección de la seguridad y salud de los trabajadores/as.

Las reformas que plantea la Comisión Europea se concretan en los siguientes aspectos fundamentalmente, según explica Ferradans Camarés[397]:

-Mantenimiento de la cláusula *opt-out*. El *opt-out* se configura como la posibilidad de los Estados miembros de inaplicar el límite máximo de 48 horas de trabajo semanal establecido en el artículo 6.b) de la Directiva 2003/88. El artículo 18 de la Directiva recoge la opción de los Estados miembros —siempre que salvaguarden la seguridad y la salud de los trabajadores/as— de no aplicar el artículo 6, a condición de que se adopten las medidas necesarias para garantizar que:

a) ningún empresario solicite a un trabajador/a que trabaje más de 48 horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en el punto 2 del artículo 16, salvo que haya obtenido el consentimiento del trabajador/a para efectuar dicho trabajo;

b) ningún trabajador/a pueda sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento a realizar dicho trabajo;

c) el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores/as que efectúen un trabajo de este tipo;

d) los registros se pongan a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir, por razones de seguridad y/o salud de los trabajadores/as, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal;

e) el empresario facilite a las autoridades competentes, a petición de éstas, información sobre el consentimiento dado por los trabajadores/as para desarrollar un trabajo que exceda de 48 horas en el período de referencia indicado. Por lo tanto, en virtud de este artículo, un Estado miembro puede prever en su legislación nacional la opción de que un trabajador/a trabaje, como media, más de 48 horas semanales, siempre que se respeten las condiciones establecidas en los distintos guiones de este precepto. Estas son, fundamentalmente, la obtención del acuerdo individual del trabajador/a y la obligación de llevar registros.

[397] FERADANS CAMARÉS, Carmen, «La controvertida reforma de la Directiva sobre la Ordenación del tiempo de trabajo», *Temas Laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 86 (2006), pp. 97-132.

Tal como señala Enjuto Jareño[398], son varias las razones que se apuntan por parte de los distintos interlocutores que promueven la eliminación de la cláusula de *opt-out*: "por un lado, razones basadas propiamente en la seguridad y salud de los trabajadores, y es que difícilmente puede fomentarse una cultura de prevención de riesgos laborales si se incrementa la duración de la jornada laboral, aumentándose con ello el cansancio físico y psíquico de los trabajadores y, con ello, el riesgo de acaecimiento de accidentes laborales. Por otro lado, existen también argumentos para dudar de la real y efectiva libertad del trabajador a la hora de consentir la realización de un exceso de horas de trabajo. Y ello porque el trabajador puede sentirse en cierto modo presionado a la firma por el deseo de conseguir un puesto de trabajo o por el miedo a perder su puesto actual.

Además, se alega que si la tendencia actual en el ámbito laboral se dirige hacia la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en nada favorece esa meta el mantenimiento de una situación en la que los trabajadores podrían trabajar un número de horas a todas luces excesivo e incompatible con una vida personal y familiar adecuada".

-No considerar como tiempo de trabajo los tiempos de guardia con presencia en el centro de trabajo pero "inactivos"; en palabras de Trillo Párraga, la Propuesta Modificada lleva a cabo en este aspecto una revisión del concepto de tiempo de trabajo que impugna la labor del Tribunal de Justicia en la delimitación de lo que debe entenderse por tiempo de trabajo. De este modo, "la introducción del concepto de período inactivo de atención continuada, es decir, el tiempo en el que el trabajador se encuentra en el lugar de trabajo, a disposición del empresario pero sin prestar servicio repercute en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia negando la consideración de tiempo de trabajo a aquellos espacios temporales donde el trabajador cumple con, al menos, dos de los tres requisitos enunciados en el art. 2 de la D 2003/88/CE (Sentencia SIMAP y sucesivas). Es decir, afecta sensiblemente a los derechos de los trabajadores ya que estos lapsos de tiempo no serán computados como tiempo de trabajo a efectos salariales, cómputo de la jornada máxima, ni en relación con los descansos diarios y semanales. En definitiva, existe una equiparación entre el régimen jurídico de las

[398] ENJUTO JAREÑO, Diego, «La modificación de la Directiva 2003/88/CE: problemática en torno a la cláusula "opt-out", al período de referencia para el cómputo de la jornada ordinaria y al concepto de "tiempo de trabajo efectivo», *IUSLabor*, n.º 3 (2005).

guardias de atención continuada y las localizadas, lo cual puede tener repercusiones negativas en la calidad del servicio público de la sanidad"[399].

-Permitir un período de referencia del cómputo de la jornada de trabajo de más de 12 meses. En la Propuesta figura que el período de referencia normal se mantiene en cuatro meses. Sin embargo, los Estados miembros, y no sólo la negociación colectiva, podrán ampliar este período a un año. Correlativamente, se suprime la posibilidad dispuesta en los apartados 1 y 3 del artículo, así como la prevista en los párrafos primero y tercero del artículo 19 y en el apartado 2 del artículo 20 de la Directiva, de introducir ciertas excepciones al período de referencia de cuatro meses, puesto que se entiende que si la legislación nacional puede llegar a fijar un período de referencia de un año, ya no es necesario prever una excepción que permita ampliar dicho período a seis meses. Con la nueva previsión se pretende simplificar el régimen existente, adaptarlo mejor a las necesidades de empresas y trabajadores/as y crear posibilidades para nuevos modelos de ordenación del tiempo de trabajo. La novedad esencial de esta revisión es la admisibilidad de que los períodos de referencia puedan ser extendidos hasta doce meses no sólo por acuerdo entre los interlocutores sociales, sino por la actividad legislativa o reglamentaria del Estado, siempre y cuando se aduzcan razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo y se respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores/as.

-Una individualización de las relaciones laborales con el objetivo de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, términos que no podemos sino considerar antitéticos. Trillo Párraga denuncia que el modelo que presenta la Propuesta a este respecto es "de carácter individualista a la par que voluntarista, ya que no se conectan los objetivos de la norma a un tratamiento colectivo del tiempo de trabajo y los derechos de conciliación aparecen configurados como una liberalidad del empresario"[400]. De hecho, una de las medidas más importantes que plantea para promover el acceso de las mujeres al empleo es el alargamiento de la jornada de trabajo hasta las 60 horas semanales en un período de referencia de 3 meses, y hasta 65 horas semanales en el ámbito de la Sanidad en atención continuada, y a continuación añade como instrumentos prácticos para hacer efectiva la conciliación de la vida familiar y

[399] TRILLO PÁRRAGA, Francisco J., «Reforma del tiempo de Trabajo en la Unión Europea», 2008, Disponible en: http://lopezbulla.blogspot.com.es/2008/06/reforma-del-tiempo-de-trabajo-en-la.html. Consultado el 11-3-2015.

[400] Ibid

laboral, la obligación de empresarios de informar a los trabajadores sobre cualquier cambio en la organización del tiempo de trabajo y la obligación igualmente de empresarios de *tener en consideración* las peticiones de los trabajadores para cambiar horario y ritmos de trabajo (medidas ambas que quedan por detrás de lo que ya recoge la LOI 3/2007 en España, como veremos).

A la vista del contenido de esta propuesta, podemos decir que la misma constituye un reflejo inequívoco de la subordinación del Derecho del Trabajo a unos propósitos genéricos de carácter económico que se presentan como directamente conectados con la normativa aprobada-. Y si ya, siguiendo a Recio y otros[401], la Directiva respondía al mismo espíritu que la Estrategia Europea de Empleo, es decir, la búsqueda de soluciones para la creación de empleo, en el marco del principio de productividad y competitividad promovidos desde otras directivas de la UE, es claro que en los últimos tiempos se intenta dar una vuelta de tuerca más a la regulación del tiempo de trabajo en la UE en ese mismo sentido de supeditación económica. Todo ello vuelve a conectarnos con el proceso de desnaturalización y desconstitucionalización del Derecho del Trabajo con el que iniciábamos el presente capítulo. No cabe duda de que la extensión de las facultades del empresariado, junto con el desapoderamiento de la negociación colectiva y la atomización de la relación laboral en el sujeto individual conllevan un grave desequilibrio de fuerzas entre ambas partes. Y ese desequilibrio, en lo que al factor tiempo se refiere, repercute notablemente en la vida personal y familiar de los trabajadores/as.

C) El tiempo de trabajo en la LOI 3/2007

Por lo que respecta al ordenamiento jurídico español, desde la reforma laboral de 1994, la negociación colectiva y el contrato individual disponen lo referente a la ordenación del tiempo de trabajo. Es a partir de esta reforma cuando comienza a cambiar el modelo tradicional de jornada laboral iniciando una tendencia cada vez mayor hacia la flexibilización del tiempo de trabajo, con el objetivo de la igualdad entre mujeres y hombres en el horizonte, al menos de manera programática. En este sentido, y por indicación de la normativa comunitaria, la LOI 3/2007 en su art. 22, sobre acciones

[401] RECIO, Carolina et al., «La regulación del tiempo de trabajo en la Unión Europea», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, n.º 108 (2009), pp. 77-88.

de planificación equitativa de los tiempos, ha establecido que: "Con el fin de avanzar hacia un reparto equitativo de los tiempos entre mujeres y hombres, las corporaciones locales podrán establecer Planes Municipales de organización del tiempo de la ciudad. Sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, el Estado podrá prestar asistencia técnica para la elaboración de estos planes"[402]. Este artículo ha de interpretarse en relación con el art. 14.8 que establece como uno de los criterios generales de actuación de los poderes públicos "el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia". Para Valcárcel, pese a que la iniciativa propuesta por la LOI 3/2007 podría ser muy buena, "se ha errado en su formulación, no sólo porque se trata de acciones potestativas y no imperativas para las corporaciones locales, sino también por una excesiva parquedad de su redacción"[403]. A la misma conclusión llega García Campá al analizar los términos empleados en la redacción del artículo afirmando que "este precepto podría considerarse de naturaleza programática, puesto que enuncia una política pública para la igualdad, la planificación equitativa de los tiempos, cuya puesta en práctica dependerá de criterios de oportunidad política"[404]. Del mismo modo señala este autor su falta de efectividad al no haberse variado el contenido de la Ley de Bases de Régimen Local así, como la vaguedad en su redacción al no haberse delimitado los municipios a los que va dirigida la habilitación. A ello debemos añadir la afectación que ha supuesto la aprobación de la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que ha suprimido el artículo 28 de la LBRL[405], conforme al cual "los municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras administraciones públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente". Dicho precepto fundamentaba la

[402] El contenido del art. 22 surgió de la enmienda núm. 137 del Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds en la que se proponía la adición de un nuevo título IV bis compuesto por seis artículos dedicados al reparto entre los tiempos de trabajo, cuidado, formación y ocio.

[403] VALCÁRCEL, Ana María de la Encarnación, «La perspectiva de género en las políticas públicas», en *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, (Dir. Sala Franco, Tomás) 1ª (Madrid: La Ley grupo Wolters Kluwer, 2008).

[404] GARCÍA CAMPÁ, Santiago, «Comentario al artículo 22. Acciones de planificación equitativa de los tiempos», en *Comentarios a la Ley de Igualdad*, (Dir. García Ninet, José Ignacio), 1ª (Valencia: CISS, 2007), pp. 259-262.

[405] Supresión avalada por la STC 41/2016 de 3 Mar. 2016, Rec. 1792/2014.

promoción de actividades y servicios públicos a cargo de las Entidades Locales para cuestiones tales como la igualdad de género, y su supresión se enmarca, en general, en el menoscabo de la Autonomía Local que ha traído consigo la norma, junto con su supeditación a la sostenibilidad financiera. Con independencia de la habilitación competencial que por otras Administraciones superiores prevé dicha Ley –incluidas fórmulas de delegación-, lo cierto es que la encomienda que realiza la LOI 3/2007 tiene actualmente como destinatarias a unas Entidades Locales debilitadas en cuanto a sus atribuciones.

En cualquier caso, y centrándonos en el contenido de la misma, para Valcárcel "la experiencia europea nos muestra que los usos de los tiempos se centran en políticas que tratan de conciliar la vida profesional de la mujer con su vida personal (…) La igualdad no es un tema que solo afecte a las mujeres" [406]. Por esta razón, para poder alcanzar la igualdad que propugna la LOI, las medidas de conciliación deben ir orientadas a ambos sexos. No cabe hablar de medidas de conciliación para la mujer, sino de medidas conducentes a mejorar la calidad de vida de ambos colectivos, que sólo se conseguirán ampliando el número de servicios municipales orientados a estos fines. Por todo ello encontramos muy acertada la afirmación de Carrasco Bengoa, que no habla de conciliar, sino de reorganizar: "no se trata del tiempo de las mujeres sino del tiempo de las personas, porque el tiempo de las personas debe poderse armonizar con la implicación de todos los agentes sociales al ser un elemento básico de bienestar cotidiano y de cohesión social y porque debe fomentarse la paridad y la igualdad de oportunidades, dejando de considerar la gestión del tiempo como un problema exclusivo de la mujer"[407].

En este sentido, afirma García Campá que, "lo que se persigue es un reparto más equitativo de los tiempos entre las mujeres y los hombres en las diversas facetas de la vida social, que pueden ser sintetizadas en tres grandes grupos: vida profesional, vida familiar y vida personal. Bajo esa perspectiva, el art. 22 LOI formula un instrumento que, al igual que los derechos de conciliación reconocidos en el art. 44 LOI, contribuye a la igualdad efectiva de mujeres y hombres mediante una distribución más equitativa entre ambos sexos del tiempo dedicado a la vida profesional (empleo), familiar (labores

[406] VALCÁRCEL, Ana María de la Encarnación, «La perspectiva de género en las políticas públicas». *Cit.*

[407] CARRASCO BENGOA, Cristina (Dir.), «Tiempos, Trabajos y Flexibilidad: una cuestión de género». *Cit.*

domésticas, atención a la familia, tareas de "cuidado") y personal (tiempo de ocio y tiempo de participación ciudadana)"[408]. Este autor realiza además una crítica a la organización de las cuestiones relativas al tiempo, con atención principal al de trabajo, en lo que sería la dicotomía jornada laboral-tiempo libre, quedando el resto de usos del tiempo relegado a un espacio insignificante, y cuya traslación legal se materializa en la mera introducción de medidas de conciliación de la vida profesional, personal y laboral, sin tener en cuenta otras medidas destinadas a posibilitar usos del tiempo distintos a los comprendidos en esa dicotomía. El art. 22 LOI 3/2007, al tomar en consideración la dimensión temporal en el espacio urbano, la incorpora en relación con otras políticas distintas a las de conciliación. De este modo, García Campá distingue entre dos tipos de políticas del tiempo en la LOI 3/2007: las políticas del tiempo de trabajo que incluyen las previsiones efectuadas en los arts. 44, 46.2 y 56 a 60, y las políticas del tiempo de la ciudad que serían las contempladas en los arts. 22, 30.4 y 31 LOI.

En cuanto a las medidas concretas relacionadas con la ordenación del tiempo de trabajo que se establecen en la LOI 3/2007, éstas deben contemplarse en conjunto con otras que aparecen en la norma y que tienen cierta conexión, y además deben ser analizadas desde esa intencionalidad evidente de contribuir a profundizar en los cambios sociales que cuestionan la tradicional división sexista de los roles y el fomento de la corresponsabilidad. Las medidas son las siguientes:

-El derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo (Disposición Adicional Undécima tres de la LOI 3/2007 que reforma el art. 34 del ET, añadiéndole un nuevo apartado, el 8º). A nuestro juicio, se trata de la medida con mayor potencialidad para facilitar la conciliación de la vida personal, familiar, y laboral desde una perspectiva más amplia que la meramente familiar, y que posibilita además compatibilizar varios aspectos del tiempo de vida de las personas sin tener que prescindir de una parte del salario. En concordancia con su potencialidad, se trata sin duda de la medida relacionada con la ordenación del tiempo de trabajo adoptada por el legislador más controvertida a causa de las reticencias y dudas que en su aplicación ya se han presentado. Sobre ella abundaremos en profundidad en el capítulo III.

-La ampliación del permiso retribuido por enfermedad de familiares (Disposición Adicional undécima, cuatro).

[408] GARCÍA CAMPÁ, Santiago, «Comentario al artículo 22. Acciones de planificación equitativa de los tiempos»., *Cit.*

-La nueva regulación del permiso por lactancia (Disposición adicional undécima cinco, primera parte).

-La nueva regulación de la reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares (Disposición Adicional undécima, cinco, segunda parte).

-La nueva regulación de las vacaciones anuales (Disposición adicional undécima, seis).

-La solución de los desacuerdos en materia de tiempo de trabajo, en temas relacionados con la conciliación (Disposición adicional, undécima, veinte) al que dedicaremos también un apartado.

Todo ello supone, en palabras de Garrigues Giménez[409], además de la integración de nuevos instrumentos conciliadores, una auténtica revisión de determinados mecanismos clásicos previstos por la normativa laboral (permisos y excedencias dirigidas a satisfacer necesidades familiares), y que inciden sobre el tiempo de trabajo –en tanto factor esencial para posibilitar el propósito conciliador–, flexibilizándolo. De este modo, se trata de "depurar los puntos débiles que tales medidas han venido presentando, paliar sus carencias o insuficiencias, e insertar en ellas la perspectiva de género, posibilitando, así, un recurso "neutro" a las mismas y equilibrando el –casi secular– uso exclusivamente femenino de tales mecanismos". Y es que, como señala Valcárcel, el objetivo de las políticas sobre los usos del tiempo debe ser "conseguir que los proyectos de cambio de los tiempos en las ciudades sirvan a toda su población, hombres y mujeres, para dar a todos la posibilidad de corresponsabilizarse en todas las áreas que la sociedad y las personas que la forman necesitan para poder seguir funcionando y al mismo tiempo para acabar con la situación de desequilibrio que se da actualmente puesto que a pesar de que las mujeres se han incorporado al mundo laboral, siguen asumiendo casi en exclusiva la responsabilidad del trabajo doméstico y del trabajo de atención a mayores y niños"[410].

De ahí que, en realidad, el objetivo último de una transformación social en la utilización del tiempo que redunde en favor de la igualdad entre mujeres y hombres deba perseguirse no sólo a través de puntuales reformas legislativas de carácter laboral,

[409] GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo, "Vida personal, laboral y familiar y tiempo de trabajo: mecanismos flexibilizadores "clásicos" en la ley orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres", *Asparkía. Investigación Feminista*, n.º 20 (2009), pp. 59-79.

[410] VALCÁRCEL, Ana María de la Encarnación, «La perspectiva de género en las políticas públicas». *Cit.*

sino de una política del tiempo de carácter integral que, partiendo de una reflexión intelectual acerca de su fundamento y propósito, aborde diferentes acciones no sólo en el ámbito de las relaciones laborales, sino en otros como la intervención urbana, la educación, los usos horarios relacionados con el ocio, etc. Y, si nos detenemos concretamente en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, una regulación que, centrándose en permisos y demás recursos y herramientas de ausencia del trabajo, olvide esa perspectiva integral de las políticas del tiempo, puede estar condenada a la consolidación de roles sociales, a feminizar el cuidado y, en definitiva, a obtener unos resultados justamente contrarios a los pretendidos. Sobre esto reflexionaremos en la siguiente sección.

2.5. Propuestas doctrinales en torno a los derechos de conciliación y las políticas del tiempo

Comencemos por, digámoslo así, poner sobre la mesa los peligros que conllevan determinadas políticas relacionadas con la conciliación, lo que nos da la medida de la importancia que tiene su adecuada implementación tras un proceso de análisis, que en muchas ocasiones es sustituido por la inercia normativa. La autorizada voz de Torns Martí[411] resume alguno de ellos del siguiente modo con fundamento en los Informes de Eurofound[412], agencia tripartita de la Unión Europea que facilita conocimientos para colaborar al desarrollo de las políticas sociales y relacionadas con el trabajo:

-Las estrategias de flexibilidad en el mercado laboral europeo conducen a segregar por clase, género y etnia la población ocupada.

-Para la población no cualificada, los turnos rotatorios masculinos y el tiempo parcial femenino subrayan las diferencias entre hombres y mujeres, ya sean personas autóctonas o inmigradas.

[411] TORNS MARTÍ, Teresa, «Del porqué la conciliación de la vida laboral y familiar no acaba de ser una buena solución», Observatorio: Mujer, Trabajo y Sociedad. Centro de Estudios, Investigación e Historia de Mujeres. Fundación 1o de Mayo, nº 5 (2011).

[412] Disponible en: http://www.eurofound.europa.eu/es. Consultado el 4-3-2015.

-La hegemonía del tiempo del trabajo asalariado es el factor de mayor peso en la construcción de la identidad social de las personas. En los veintisiete países analizados esa hegemonía e identidad está atravesada claramente por factores de género.

-En realidad persiste una división sexual del trabajo que constituye la gran cuestión de fondo sin resolver. Sería conveniente investigar porqué en sociedades como la española se tolera socialmente el absentismo masculino de las tareas de crianza de los hijos o del cuidado de personas mayores. Absentismo que permanece a pesar del reciente aumento del paro masculino y a pesar de los cambios cada vez más notorios entre algunos padres jóvenes y hombres mayores. En este sentido, y como vimos en el apartado dedicado a analizar el derecho comparado, sigue existiendo un numeroso grupo de países, Italia, España, Grecia, Portugal, donde el Estado de Bienestar se sustenta en la familia como nucleo de la economía, con el consiguiente desequilibro tanto en las relaciones público/privado como en las propias relaciones de género.

-La conciliación, que nació como estrategia europea para aumentar la tasa de actividad de las mujeres madres, en realidad tiene que ver con un problema que afecta no sólo a las mujeres madre sino al mercado de trabajo, a las políticas de bienestar y, en definitiva, a la vida de hombres y mujeres, tengan o no familia y estén o no ocupados.

Y es que, como ya apuntamos en el capítulo I, una de las grandes demandas del movimiento feminista de los setenta y ochenta fue la redistribución de los roles entre los ámbitos público y privado del sistema sexo/género como forma de eliminar la jerarquía y desigualdad entre ambos, señalándose ya que eran necesarios cambios estructurales de la organización social a fin de que se pudiesen compartir roles y espacios, teniendo como horizonte la igualdad efectiva de género. Sin embargo, las políticas de conciliación, que como políticas de igualdad deben diseñarse y desarrollarse con la actuación conjunta de otras estrategias como las acciones positivas o los cambios estructurales, han prescindido de ellas, y es que no han tenido como objetivo reorganizar la sociedad “sino sólo permitir que las “personas” pudieran combinar las actividades públicas y privadas. Pero si las únicas “personas” responsables son las mujeres, terminan, en la práctica, convirtiéndose en políticas para la doble presencia femenina. Por ello, es necesario terminar con esa dicotomía, para lo cual se debe ir a un modelo universal de cuidador(a)/trabajador(a), trabajador(a)/cuidador(a). Esto requiere

el compromiso de proveer tiempo para el cuidado y los servicios asociados a él, que sean de calidad, accesibles y asumibles"[413]. Siguiendo a Astelarra Bonomi, es necesario redefinir la división sexual del trabajo a partir de un nuevo pacto social donde se reformule la cohesión social desde la perspectiva de género, relacionando la desigualdad con las necesidades sociales generales[414]. Para ello propone, al igual que se hizo con el modelo del Estado de Bienestar Europeo y las políticas sociales[415], desarrollar tres ejes centrales:

-Un primer eje sería el de la política económica, que no debe tomar en cuenta únicamente al empleo remunerado, sino que debe asimismo incorporar el trabajo no pagado. Este trabajo debe ser visibilizado, como nos dice Lousada Arochena, en un doble sentido: "calculando el aporte global del trabajo femenino al producto económico del país –visibilización macroeconómica-, y generando derechos laborales y sociales a favor de quienes realicen esos trabajos no remunerados –visibilización microeconómica-"[416] .

-Un segundo eje que comprenda la redistribución no sólo de recursos materiales, sino de tiempos y actividades, y que es una de las principales demandas feministas: la de compartir también las actividades domésticas, no sólo las del mercado de trabajo y la política.

-Por último, un tercer eje supondría redefinir la política social ampliando el concepto de "bienestar" para incorporar los servicios de cuidado asociados al bienestar cotidiano de las personas, de manera que el cuidado deje de ser un "no trabajo" y sea reconocido como un derecho que todas las personas tienen y que debe ser garantizado por el Estado.

Aunque algunas de estas propuestas realizadas por Astelarra se han acometido, en parte, durante los últimos años en medidas adoptadas por diferentes leyes, como la

[413] ASTELARRA BONOMI, Judith, «Conciliación y cohesión social. Un análisis crítico de las políticas europeas».. *Cit.*, pp. 164.

[414] Ibid. pp. 165.

[415] Para Astelarra, el nuevo modelo del Estado de Bienestar Europeo, donde a través de políticas sociales se abordaron las desigualdades económicas que se producían en el mercado para garantizar derechos sociales para todos, no resolvió la discriminación de género, sino que de alguna medida la consolidó puesto que los derechos los detentaba el *breadwinner*; las mujeres los tenían como miembros de la familia, lo que de alguna manera vino a reafirmar la división sexual del trabajo. *Cit.*, pp.165.

[416] LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «El tiempo en las leyes con perspectiva de género», *Revista de Derecho Social*, n.º 49 (marzo de 2010), pp. 94.

LOI 3/2007, o la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, , nuevamente la apariencia formal deja paso a una difícil materialización:

-En cuanto al avance en política económica, si bien el reconocimiento macroeconómico del trabajo femenino reclamado por los movimientos feministas se ratificó en la IV Conferencia Mundial de las Mujeres de Beijing (1995), al aprobarse la ampliación de los sistemas nacionales de contabilidad con una cuenta satélite del trabajo no remunerado, como señala Lousada Arochena, "nada se ha avanzado en ningún país (…) en la modificación de los sistemas nacionales de contabilidad". A su vez "aunque la LOIEMH se refiere a "potenciar (…) el valor del trabajo de las mujeres, incluido el doméstico" como una finalidad a considerar en la integración de la igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística de actuación de los Poderes Públicos –art. 14.2- más allá de esa generalidad, la LOIEMH no realiza ninguna especificación concreta en orden a la elaboración de una cuenta satélite del trabajador no remunerado, (…) y aún menos en orden a la modificación del sistema nacional de contabilidad para su complemento mediante una cuenta satélite del trabajo no remunerado" [417].

-En lo que se refiere al reconocimiento microeconómico del trabajo femenino, señala el autor, la LOI 3/2007 realiza alguna aportación en el ámbito rural donde la escasa valoración del trabajo femenino es más acusada –art. 30-, pero poco más[418].

-El avance en política social articulado por la Ley de Dependencia 39/2006 ha sido, quizá, el más significativo y que podemos calificar de muy positivo, si bien ha encontrado en algunas Comunidades Autónomas verdaderas dificultades para su puesta en marcha efectiva y, en la actualidad, debido a los recortes sociales, se teme incluso por su derogación. No obstante, como contrapartida, ha ratificado la feminización del cuidado, puesto que la mayoría de personas que trabajan son mujeres.

-En cuanto a los progresos en corresponsabilidad y conciliación, aunque en teoría han supuesto que en 2011 los hombres podrían disfrutar de un permiso individual

[417] Ibid. p.95.

[418] A este respecto afirma Lousada Arochena que "las más de las veces, el reconocimiento de derechos profesionales a mujeres se ha quedado en promesas. Baste recordar la Disposición Adicional 1ª de la Ley 24/1997, de 15 de julio, que obligaba al Gobierno a presentar, en un plazo de 8 meses, ante el Congreso de los Diputados 'un estudio técnico y económico sobre el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que contemple la posible inclusión en su campo de aplicación, de quienes trabajen al cuidado de su propio hogar y no estén amparados por otras prestaciones contributivas'. ¿Se hizo algo al respecto o durmió el sueño de los justos?". *Cit.* pp. 96.

e intransferible de paternidad de cuatro semanas, es claro que incluso esto no supone *per se* la asunción de sus obligaciones familiares y domésticas. A su vez, las nuevas medidas para compatibilizar trabajo y vida personal y familiar -en la línea de las políticas europeas, que han evolucionado desde la concepción de la conciliación vinculada con las cargas familiares hacia otra, más amplia, conectada con la dignidad y el desarrollo personal del trabajador/a-, como veremos en los capítulos III y IV, están minadas de obstáculos en su camino. Todo ello, insistimos, no va acompañado de verdaderos cambios estructurales que ayuden a deconstruir los fuertes roles y estereotipos que ha venido consolidando el sistema de género social y al que los medios de comunicación amparan y fortalecen. En palabras de Nuño Gómez "el reto de allanar esta senda pasa, necesariamente, por equilibrar las condiciones de hombres y mujeres en el tránsito hacia la tribuna. Hoy por hoy, para las mujeres ese camino sigue estando lleno de obstáculos que han de sortear con una pesada "mochila", cargada de estereotipos y responsabilidades del cuidado. Por el contrario, los que se autoproclaman legítimos transeúntes de la senda campan a sus anchas, ligeros de equipaje. Por ello, la igualdad de género en el empleo ha de pasar, necesariamente, por redistribuir el peso de la mochila entre mujeres y hombres. Pero la solución no reside sólo en la corresponsabilización del trabajo doméstico para universalizar un modelo de trabajador o trabajadora que se caracterice por una total disponibilidad laboral incompatible con sus responsabilidades del cuidado. Porque entonces ¿Quién portará la mochila? ¿Qué haremos con su contenido? El reto debe acompañarse, por una parte, de una revisión de la contradicción sistémica inherente a los principios de organización del trabajo doméstico, y, asalariado, y por otra, de una oferta pública de servicios del cuidado amplia y accesible, que merme el impacto de las responsabilidades del cuidado en la empleabilidad y en la promoción profesional de las personas trabajadoras, sean mujeres o varones. En última instancia, el reto ha de pasar por abordar una reforma que permanece incompleta: la división sexual del trabajo en el espacio privado y la supuesta autonomía del espacio público"[419].

Y es que, para Nuño Gómez[420], una solución coherente requerirá de estrategias múltiples que aborden completamente la dimensión social del problema. Así:

[419] NUÑO GÓMEZ, Laura, «El empleo femenino en España y en la Unión Europea», *Revista de Investigaciones Feministas* n.º 1 (2009), pp. 205-232.

[420] NUÑO GÓMEZ, Laura, *El mito del varón sustentador. Orígenes y consecuencias de la división sexual del trabajo*. *Cit.*

-Partiendo de que los horarios de trabajo responden a un acuerdo social, se hace preciso reformularlos de forma viable, bajo el principio de que no se trata de trabajar menos, sino de trabajar mejor (el cumplimiento de objetivos como variable a considerar frente al presentismo).

-Asimismo es necesario establecer cómputos efectivos de horas trabajadas (y a ser posible en términos semanales), y promover medidas como el fomento de la jornada continuada o reducida.

-El teletrabajo requiere de un marco jurídico específico que lo regule adecuadamente para evitar sus numerosos riesgos: feminización, aislamiento doméstico, discriminación salarial, dificultades para acceder a los puestos de responsabilidad, etc.

En todo caso, estas herramientas aisladamente pueden no sólo quedarse en papel mojado, sino acabar resultando contraproducentes en la medida en que no vayan acompañadas de otras estrategias como las medidas de acción positiva para promocionar la presencia femenina en el mercado laboral, la existencia de permisos de paternidad individualizados, retribuidos e intransferibles, la corresponsabilización en las tareas de cuidado, etc.

En la misma línea, y en lo que concretamente afecta al tiempo de trabajo, Carrasco Bengoa[421] defiende la necesidad de introducir la perspectiva de género tomando en consideración algunas cuestiones. Así, una primera, es la de tener en cuenta el trabajo de las personas a lo largo de su ciclo vital, de forma que podría articularse un sistema de tiempo flexible a través de los llamados "bancos de horas". De acuerdo a ello, los trabajadores/as accederían en determinados momentos a una especie de crédito de tiempo a devolver según negociación o regulación conjunta con la empresa –propuesta difícil de articular, debemos decir, por la propia inestabilidad estructural del empleo en nuestro país-. Otra posibilidad sería la de fomentar una semana más reducida de tiempo de trabajo, pero con distribución equitativa entre mujeres y hombres; y que podría ser particularmente minorada en situaciones específicas del ciclo vital o en las edades cercanas a la jubilación. En ningún caso, la reducción en el tiempo de trabajo deberá entenderse como jornada a tiempo parcial, que ha sido hasta ahora una forma de empleo femenino que ha reforzado los roles de género tradicionales. De cualquier modo, la autora llega a la misma conclusión que Nuño Gómez: todo este conjunto de

[421] CARRASCO BENGOA, Cristina (Dir.), «Tiempos, Trabajos y Flexibilidad: una cuestión de género». *Cit.*

políticas tendría que incorporar acciones que de alguna manera corresponsabilicen a los hombres en el trabajo familiar doméstico, para, de este modo, intentar un cambio profundo de relaciones entre ambos sexos.

Para Torns Martí[422], los problemas ligados a la relación del trabajo y el tiempo deben pensarse no sólo en el entorno laboral, sino también en el de la vida cotidiana; y desarrollarse a través de políticas públicas orientadas, principalmente, en torno a tres ejes:

-lograr la redistribución de la carga total de trabajo (empleo y trabajo doméstico-familiar y también trabajo cívico) entre todas las personas no dependientes.

-promover el cambio de la organización temporal socialmente vigente, en el ámbito laboral (jornada laboral), en la ciudad (políticas de tiempo y ciudad) y en el conjunto de la sociedad.

-impulsar el cambio de las pautas socio-culturales que amparan el modelo *male breadwinner*.

Estos grandes planteamientos de fondo, para la autora, deben además situarse en un horizonte presidido por el tiempo de vida y un objetivo a corto plazo evaluable en términos de bienestar cotidiano. Velar para no aumentar las desigualdades sociales por razón de clase, género y etnia, debe completar esas expectativas por utópicas que parezcan. En definitiva, defiende que:

-Es preferible pensar en políticas de tiempo que en políticas de conciliación, y comenzar por el tiempo "hegemónico". Esto supone negociar de manera colectiva la jornada laboral diaria, atendiendo a la variabilidad de las necesidades de las personas (de toda la población activa y no sólo la de las mujeres) a lo largo de su ciclo de vida.

-Es preciso formular propuestas urgentes para organizar socialmente el cuidado de las personas dependientes, a través de la demanda de servicios públicos, sin depositar toda la responsabilidad sobre la familia que, en último término, supone hacerlo sobre las mujeres.

-En este sentido, se hace necesaria una mayor profesionalización y revalorización de las tareas relativas a los cuidados cotidianos.

[422] TORNS MARTÍ, Teresa, «De la imposible conciliación a los permanentes malos arreglos», *Cuadernos de Relaciones Laborales* 1, n.º 23 (2005), pp. 15-33.

-Por otro lado, el aumento de servicios públicos requiere suficiente dotación presupuestaria. En una mirada realista a la cuestión, Torns Martí defiende que su garantía requiere de una lucha firme contra el fraude fiscal.

Estas acciones ayudarían a que la Estrategia Europea de la "flexiseguridad" pudiese articularse en el mercado laboral español en torno a un verdadero reequilibrio de los poderes del empresariado y los trabajadores/as dentro de la relación laboral. "La clave", señala Espejo Megías, "está en cómo orientar las políticas de conciliación en España para que éstas tengan en cuenta la regulación de los tiempos de trabajo como instrumento de política social y de empleo que favorezca la "seguridad real" de los trabajadores y las trabajadoras (flexiseguridad) para facilitar la conciliación de hombres y mujeres y, por tanto, la integración de la mujer en el mercado laboral en condiciones de 'igualdad real y efectiva'"[423].

Como vemos, todas estas autoras sostienen la conveniencia de abordar el problema desde múltiples perspectivas, cuyo centro no obstante viene ocupado por la necesidad de promover un cambio de la organización temporal socialmente vigente que afecte a la jornada laboral, no en la línea de las medidas que restan poder adquisitivo como los contratos a tiempo parcial, o que apartan a las personas del trabajo como las reducciones o excedencias, las cuales inciden en la asociación conciliación-mujer-familia; sino más bien en la del nuevo derecho introducido por la LOI 3/2007, el art. 34.8 ET, que establece el derecho de los trabajadores/as a adaptar, sin necesidad de reducción, la duración y distribución de su jornada para facilitar así la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. En el estudio de este precepto profundizaremos más adelante, habida cuenta de sus amplias posibilidades y, a su vez, la discutible técnica con que ha sido redactado, que de alguna manera ha propiciado interpretaciones jurídicas que no son sino reflejo de atávicas resistencias.

Por otra parte, la senda hacia la que apuntan las propuestas que venimos refiriendo conducen, en último término, la reformulación del pacto social con perspectiva de género, superando aquel que "acompañó las bases del actual Estado del Bienestar, convirtiendo a los hombres en cabeza de familia, y por lo tanto, en el

[423] ESPEJO MEGÍAS, Patricia, «La reforma de los derechos de conciliación en España en un escenario de flexiseguridad y el advenimiento de un nuevo Plan estratégico de igualdad de oportunidades», en *Conciliación de la vida familiar y laboral y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado*, (Coord. Mella Méndez, Lourdes), 1ª (Madrid: Delta Publicaciones, 2015), pp. 97-108.

principal proveedor de ingresos del núcleo familiar y a las mujeres, en amas de casa, cuidadoras del hogar-familia. Aquel contrato no se ajustó nunca a la realidad de una sociedad donde las mujeres siempre trabajaron, incluso más que los hombres, a pesar de que no fuera así reconocido, pero fue la base de las políticas para redistribuir la riqueza y el bienestar. El tiempo y el trabajo dedicados a los cuidados de las personas y del hogar-familia quedaron excluidos y las políticas de conciliación, por sí solas, no parece que puedan solucionar la cuestión. Pues como ya se ha dicho la jerarquía y los prestigios entre los tiempos y los trabajos existen y es necesarios encontrar nuevos consensos"[424]. Los cuales habrán de incluir necesariamente la materia educativa entre sus principales términos y objetivos, en la medida en que el potencial transformador de la educación la configura como una de las herramientas fundamentales de cambio social. Un pacto de Estado en ese sentido -con tanta frecuencia pregonado en las declaraciones públicas de los responsables políticos, pero en apariencia irrealizable- se hace por tanto necesario, y con fundamento en unos propósitos lo suficientemente concretos. Sin embargo consideramos que toda esta reformulación de base a la que nos referimos ha de articularse a través de la modificación de nuestra norma suprema, cuestión que abordaremos en profundidad en el capítulo IV, lo que si bien tampoco es garantía de su aplicación inmediatamente efectiva, lo sería al menos en cuanto a una mayor obligatoriedad en su cumplimiento y compromiso por los poderes públicos, los operadores jurídicos, los agentes sociales y en general, toda la ciudadanía.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que cualquier política de conciliación de la vida personal, familiar y laboral más o menos innovadora que persiga eliminar la brecha de género en todo su amplio alcance, favoreciendo la igualdad de mujeres y hombres en el mercado de trabajo, tropieza tal como hemos apuntado ya, con un ordenamiento jurídico que ha concedido a una de las partes de la relación laboral, el empresariado, unos poderes de dirección que en numerosos aspectos bloquean e inutilizan las iniciativas políticas en ese sentido. Es necesario, pues, abordar el estudio de los límites de ese poder, y la forma en que ha de ser aplicado cuando se confronta con determinados derechos de los trabajadores/as, en el contexto de la ordenación del tiempo de trabajo. Aspectos que analizamos en el siguiente apartado.

[424] TORNS MARTÍ, Teresa, «Las políticas del tiempo y el bienestar cotidiano». *Cit.*

3. LA ¿INEVITABLE? TENSION EN LA TITULARIDAD POR EL DERECHO DE ORDENACION DE LA JORNADA LABORAL

3.1. La adopción de la estrategia europea de flexiseguridad en el ordenamiento jurídico español. Su sentido unidireccional

A lo largo del apartado precedente hemos visto cómo las reformas legislativas adoptadas en los últimos tiempos han contribuido a apuntalar la brecha de género en numerosos indicadores relacionados con el empleo y el tiempo de trabajo y de vida personal, en su más amplio sentido. Bien es cierto que muchas de ellas se han preocupado por mostrar, digámoslo así, una "cara amable", esto es, la de enmarcar sus propósitos en la consecución de beneficios para toda la ciudadanía, sin descuidar a ninguno de los operadores que intervienen en el mercado de productos y servicios. Parecería que esto responde a la configuración de ese "nuevo Derecho del Trabajo" que analizábamos al comienzo del presente capítulo, una normativa que, sin poder desentenderse de los objetivos de política económica general, atienda al mantenimiento de la condición ciudadana de los trabajadores/as de toda condición y en todo contexto.

Semejantes principios han encontrado acomodo en la estrategia de la denominada *flexisecurity*, surgida en el contexto de la política de empleo de la UE, y que se caracteriza por establecer una directrices para los Estados miembros en torno a las reformas del mercado de trabajo, por un lado, y de los servicios sociales, por otro, de tal forma que pueda complementarse una mayor flexibilidad en el primero con una intervención llamémosle paliativa a través de la política social que evite situaciones de marginalización y extrema desigualdad, proporcionado un mínimo de seguridad. La flexibilidad, en definitiva, tiene que ver con la capacidad del empresario/a para organizar y en su caso modificar las condiciones de trabajo (jornada, movilidad funcional y geográfica, sistemas de promoción y evaluación del rendimiento, estructura salarial, etc.); la seguridad, fundamentalmente con la permanencia en el mercado de trabajo a través de la potenciación de la *empleabilidad* del trabajador/a, junto con la provisión de servicios sociales que en último término la faciliten. Este modelo tiene su

origen en los países nórdicos y se incorpora al ámbito comunitario, tal como nos explican Leonardi, Martín y otros[425], en el Libro Blanco "Crecimiento, competitividad y empleo", de 1993; un año más tarde se menciona en la Cumbre de Essen, con posterioridad en la Cumbre de Ámsterdam de 1997 y, ese mismo año, en el Libro Verde, "Cooperación para una nueva organización del trabajo", que sugería expresamente mantener un equilibrio entre flexibilidad y seguridad. Es en la Cumbre de Lisboa (2000) cuando aparece como un aspecto de la Estrategia Europea de Empleo, hasta el punto de que, cuatro años después, el Informe de Wim Kok (European Commission, 2004) concluía que "el reto para el mercado de trabajo consiste en encontrar un equilibrio justo entre la flexibilidad y la seguridad". Estos autores ponen de manifiesto la verdadera "fascinación" que para las autoridades europeas produce un modelo como el danés, que de alguna forma puede considerarse paradigmático a estos efectos: la legislación danesa tiene un bajo nivel de protección del empleo, permitiendo a los empresarios el despido de trabajadores/as sólo con un breve tiempo de preaviso (tres días en muchos casos); en contrapartida, cuenta con un sistema de protección del desempleo alto, que cubre el 90% del salario del desempleado durante un año y puede prorrogar el seguro de desempleo hasta cuatro años, un sistema de formación que ofrece muchas oportunidades para la mano de obra desempleada, además de otras medidas de protección social, en el marco de un estado de bienestar fuerte y una economía con una fuerte orientación exportadora. En este modelo, señalan Leonardi y otros[426], ha visto la UE una suerte de cuadratura del círculo o combinación perfecta de tres elementos: 1) un mercado laboral flexible numéricamente, que facilita la transición de entrada, salida y reincorporación al mercado laboral; 2) el apoyo a la transición a una actividad laboral distinta a través de importantes programas de formación y reciclaje profesional, como parte de las políticas activas de empleo; y 3) un sistema de solidaridad plasmado en una generosa provisión pública de pensiones de protección contra el desempleo.

De este modo la flexiguridad constituye un principio fundamental de la Estrategia Europea de Empleo, y se articula a través del Método Abierto de

[425] LEONARDI, Laura et al., «¿Es exportable la flexiguridad? Un estudio comparado de Italia y España», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n.º 29 (2011).

[426] Ibid.

Coordinación, como mecanismo de gobernanza multinivel: frente a las herramientas tradicionales de regulación, como las Directivas, la UE debe limitarse a fijar una serie de objetivos políticos y a proveer una serie de buenas prácticas que sirvan para orientar las políticas de los respectivos países, de forma que estos disponen de un amplio margen de autonomía para escoger los mecanismos idóneos con los que adoptar dicha estrategia. Ojeda Avilés y Gutiérrez Pérez[427], al analizar la comunicación de la Comisión Europea de 26 de junio de 2007 "Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad", destacan una serie de puntos que constituyen el ideario que alienta esta estrategia, a la manera de ejes de actuación:

-Disposiciones contractuales flexibles y fiables, partiendo de la base de que una legislación laboral protectora para el trabajador/a, especialmente en lo que se refiere a la indemnización por despido, redunda en perjuicio de la creación de empleo y segmenta el mercado laboral (al perjudicar especialmente a los grupos que encuentran mayores dificultades de acceso al mismo)

-Estrategias globales de aprendizaje permanente, con el fin, como decíamos, de incrementar la empleabilidad de los trabajadores/as.

-Políticas laborales activas y eficaces, que faciliten la transición entre un empleo y otro.

-Sistemas de seguridad social modernos, en aspectos como la protección social y la conciliación.

Todo ello articulado a través de un sistema de diálogo e interlocución social que permita desarrollar estos mecanismos con vocación de permanencia y evolución constante, de acuerdo con las cambiantes necesidades de la coyuntura económica. Se trata, como vemos, de un proceso que no podemos desligar de la pretensión de refundar la propia disciplina jurídico-laboral: el Derecho del Trabajo se orientaría a la creación de empleo, y no a la protección del mismo; y se trataría, en todo caso, de un derecho de mínimos, incrementándose por tanto la capacidad negocial de las partes intervinientes en el contrato; esto último quiere decir que el sujeto individual sería el protagonista de este nuevo escenario, frente a la prevalencia de la negociación colectiva propia de otros tiempos.

[427] OJEDA AVILES, Antonio y GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel, «La flexiseguridad como paradigma de las políticas de empleo en Europa: Revisión crítica», *Themis Revista Jurídica de Igualdad de Género*, n.º 65 (2014).

Ahora bien, tal como indica Espejo Megías[428], la traslación de este sistema inspirado en la regulación de los países nórdicos al contexto laboral de otros Estados miembros no puede hacerse obviando las particularidades económicas, sociales y culturales de éstos. En nuestro caso, cabe afirmar que el legislador español olvida con frecuencia uno de los dos contenidos que conforman el término *flexisecurity*, en la medida en que atribuye el primero de ellos, de forma desproporcionada, a una de las partes de la relación laboral. Así lo manifiesta Espejo Megías, para quien "en España hablar de flexiseguridad es incorrecto puesto que la inserción del modelo tipo en nuestro país no cumple con la segunda parte del término, esto es, seguridad"[429]. Así lo hemos visto, por ejemplo, en las reformas operadas por la Ley 3/2012, de 10 de febrero, la cual puede describirse como un ejemplo paradigmático de esa estrategia, en su traslación al ordenamiento español.

Molina Navarrete[430] llama a repensar el enfoque de la flexiseguridad partiendo de su alcance y significado: se trata de una herramienta o "valor jurídico" que no debería entenderse sólo al servicio del empleador/a –con fundamento en la razón económica y la necesidad de atender a los vaivenes e incertidumbres del mercado de bienes y servicios-, sino también del trabajador/a, para atender sus "responsabilidades familiares" –lo cual podemos igualmente extender a las circunstancias personales, de acuerdo con la configuración de la conciliación tras la LOI 3/2007-. De este modo, el concepto "flexiseguridad" poseería una función reequilibradora de los poderes coincidentes en la relación laboral al poseer un sentido bidireccional que compatibilizase la productividad empresarial con las necesidades vitales, vinculadas al factor tiempo, de los trabajadores/as. Se precisaría para ello un cambio de perspectiva en torno a la idea misma de productividad, apostando por la cualitativa y sostenida a medio y largo plazo por la vía de la acomodación entre ambos intereses. El autor señala a ese respecto que "existe hoy un difundido convencimiento, tanto en la doctrina

[428] ESPEJO MEGÍAS, Patricia, «La reforma de los derechos de conciliación en España en un escenario de flexiseguridad y el advenimiento de un nuevo Plan estratégico de igualdad de oportunidades». *Cit.*

[429] Ibid.

[430] MOLINA NAVARRETE, Cristobal, «Flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar: a propósito de la nueva regulación del empleo parcial», Documentación Laboral. Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, n.º 100 (2014), pp. 13-36.

económica como en la jurídica, así como incluso en un significativo sector empresarial"[431] que prima la idea de la "armonización" frente a la del "conflicto".

Y sin embargo debemos insistir en que el legislador, en las sucesivas reformas laborales que hemos analizado, apuesta por ampliar notablemente las capacidades del empleador/a y limitar, por el contrario, la de los trabajadores/as. Medidas como la generalización de la jornada irregular, la desregulación –normativa- del tiempo de trabajo y descanso, la eliminación de buena parte de los sobrecostes de los tiempos distintos a los normales o usuales, la flexibilización del trabajo a tiempo parcial, el incremento de los poderes jurídicos de negociación individual en detrimento de la colectiva, junto con otras decisiones colaterales –así, la liberalización de horarios comerciales- redundan, afirma Molina Navarrete, en una práctica imposibilidad de conciliar. Cruz Villalón subraya a este respecto que "cuando el ordenamiento establece los procedimientos legales para atender cada uno de los dos enfoques (flexibilidad y conciliación), lo viene a hacer por separado, como si se tratasen de espacios estancos"[432]. Es evidente, empero, que cualquier medida que incremente la potestad empresarial en aspectos como la ordenación del tiempo de trabajo se encuentra directamente relacionada con las expectativas de los trabajadores/as para conciliar su vida personal y familiar y las exigencias laborales.

Todo ello define los términos antagónicos en que se plantea el debate a cargo de buena parte de la doctrina jurídico-económica y los agentes sociales, por un lado, y las organizaciones empresariales, por otro: reconocimiento de derechos y garantías de autodeterminación temporal para los trabajadores/as frente a mayor disponibilidad directa para el empresariado. Lahera Forteza[433] resume las distintas fórmulas que recoge el ET para dar respuesta a las necesidades de flexibilidad:

-Desde el punto de vista empresarial: el incentivo a la jornada irregular en función de la producción (art. 34.2 ET), la compensación entre descansos y horas extraordinarias (art. 35 ET), la posibilidad de descansos semanales concentrados (art. 37.1 ET), la ordenación de las vacaciones con factores empresariales (art. 38 ET) o el

[431] Ibid.

[432] CRUZ VILLALÓN, Jesús, «Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España». *Cit.*

[433] LAHERA FORTEZA, Jesús, «Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar», *Documentación Laboral. Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* I, n.º 100 (2014), pp. 37-52.

trabajo a tiempo parcial con horas complementarias disponibles del trabajador (art. 12.5 ET) o las modificaciones de horarios, turnos y jornadas conforme a los procedimientos legalmente previstos (arts. 41, 47 y 82.3 ET).

-Desde el punto vista de las necesidades personales de los trabajadores/as: el derecho de adaptación y distribución del tiempo de trabajo para hacer efectiva la conciliación laboral, familiar y personal (art. 34.8 ET), las ampliadas, tras el Decreto-ley 16/2013, reducciones de jornada diaria por cuidado de hijo menor de 12 años o familiar con concreción horaria (arts. 37.6 y 7 ET), la reducción acumulable por lactancia (art. 37.4 ET), por cuidado de hijo gravemente enfermo (37.5 ET), la incorporación del factor violencia de género a los derechos de conciliación familiar (art. 37.8 ET), la renuncia a horas complementarias del tiempo parcial por cuidado de hijo o familiar (art. 12.5.g ET) o las clásicas medidas consistentes en permisos retribuidos (37.3 ET), suspensiones del contrato (45.d ET) y excedencias (46.3 ET).

Ahora bien, como nos recuerda Molina Navarrete, "reconocer y afianzar las titularidades de los derechos individuales, los principios que los rigen en su ejercicio y el método para llevar a cabo la conciliación de intereses constitucionalmente protegidos, así como la preferencia cuando colisionan, que es lo habitual, no asegura ni la previsibilidad del resultado -riesgo de inseguridad jurídica- ni las mejores prácticas para realizar el necesario equilibrio"[434]. Y es que la ley, fundamentalmente, residencia la referida "armonización" de intereses en tres tipos de mecanismos: los acuerdos individuales –improbables por la fuerte oposición de intereses-, la negociación colectiva –debilitada en estos tiempos, como hemos visto, y con notables carencias aun cuando se produce- o una eventual novación unilateral a favor de la conciliación de la vida persona y familiar con la laboral. Ejemplos de lo primero son el art. 34.8 ET, que analizaremos en profundidad más adelante, la nueva regulación del contrato a tiempo parcial (art. 12.4.a ET, con remisión al convenio para la determinación de aspectos como el "tiempo de trabajo ordinario" o el horario); ejemplos de lo segundo es el art. 37.5 ET, que por su singularidad no supone en sí un cambio sustancial en el sistema. El autor, en definitiva, considera que el legislador no ha establecido verdaderos incentivos para que "esos poderes de negociación, colectiva e individual, sean reales, serios y efectivos". Sólo a través de su refuerzo se haría efectivo el cambio de modelo de

[434] MOLINA NAVARRETE, Cristobal, «Flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar: a propósito de la nueva regulación del empleo parcial». *Cit.*

conciliación que preconiza la LOI 3/2007, fundamentado en primar la adaptación de la jornada, frente a la reducción, y potenciar los poderes de negociación de empresa y trabajadores/as sobre los de novación. Poderes que llevan aparejado un deber –el de negociar- cuyo contenido, según veremos, dista de haberse definido de una forma rigurosa tanto legal como jurisprudencialmente. En tal sentido Lahera Forteza destaca que la necesidad de articular el diálogo entre ambas partes de la relación laboral es estrictamente pragmática y realista, por cuanto su ausencia "disminuye la productividad, aumenta el absentismo y hace descender la motivación del trabajador"[435]. Sin embargo coincide con Molina Navarrete en que el legislador ha incentivado las jornadas reducidas, a las que califica de sobreprotegidas y perpetuadoras de roles tradicionales, junto con el trabajo a tiempo parcial, que igualmente termina concentrándose en las mujeres. Velasco Portero, en la misma línea, manifiesta que las facilidades para la reducción de jornada contrastan con la mayor discrecionalidad empresarial para la flexibilidad horaria, pero la solución "no debe pasar por hacer menos atractiva la reducción, sino por la extensión a los otros derechos de las garantías de las que disfruta éste, así como por el fomento de su ejercicio por parte de los varones"[436].

Tal como ya hemos apuntado, la normativa nos ofrece ejemplos significativos del fracaso del legislador (o de su éxito, dependiendo de la voluntad de fondo que queramos atribuirle) en la articulación de medidas de flexibilidad de supuesto carácter bidireccional, que a través del reequilibrio de poderes dentro de la relación laboral se esforzasen en compatibilizar la productividad empresarial con la conciliación:

-Uno de ellos es, sin duda, la regulación del trabajo a tiempo parcial, considerado al mismo tiempo -para Cruz Villalón[437]-, y al menos en principio, tanto una modalidad facilitadora de la conciliación cuanto una fórmula empresarial que atienda a específicas necesidades de flexibilidad. La realidad de las cosas, empero, asevera que se ha acabado convirtiendo más en lo segundo que en lo primero. Tal como explica

[435] LAHERA FORTEZA, Jesús, «Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar». *Cit.*

[436] VELASCO PORTERO, Mª Teresa, «Conciliación y flexiseguridad en el ejercicio de los derechos de reducción de la jornada», *Documentación Laboral. Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* I, n.º 100, 2014, pp. 53-70.

[437] CRUZ VILLALÓN, Jesús, «Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España». *Cit.*

Fernández Orrico[438], el Real Decreto-ley 16/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, modifica el art. 12 ET para suprimir la realización de horas extraordinarias (a salvo los supuestos del 35.5 ET), en cierto modo sustituidas por las complementarias, dotadas de mayor flexibilidad en la medida en que pueden realizarse por el trabajador/a siempre que las acepte voluntariamente, incluso aunque no hayan estado pactadas de manera previa. De este modo, para el autor, "no dejan de ser horas extraordinarias con otra denominación"[439]. Todos los contratos a tiempo parcial indefinidos con una jornada ordinaria semanal de al menos diez horas en cómputo anual disponen de una bolsa de horas complementaria de un 15% de la jornada pactada, ampliable hasta el 30 % por convenio colectivo. El empresario/a puede ofrecer al trabajador/a la realización de horas complementarias "no pactadas" con anterioridad en cualquier momento, sin necesidad de preaviso y sin que deban someterse a las reglas de horarios o distribución de jornada del régimen ordinario –si bien la suma de horas complementarias y ordinarias ha de respetar la normativa sobre descansos y jornada máxima-. De este modo, destaca Martínez Yáñez, el trabajador/a no puede conocer de antemano "ni el momento en que va a recibir una oferta empresarial de trabajo complementario, ni el momento de ejecución de esa prestación laboral. El tiempo de no trabajo, en el que ha de tener lugar la atención de las responsabilidades familiares, se tiñe así de una incertidumbre muy poco compatible con una vida familiar y laboral armonizada" [440].

Ni la posibilidad de que el trabajador/a rechace la oferta ni la de pactar la realización de otro tipo de horas complementarias[441] -pacto que sólo admite renuncia por aquel transcurrido un año desde su suscripción y a través de una serie de causas tasadas[442]- consiguen paliar el desequilibrio que para ambas partes supone esta

[438] FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier, «Comentarios a las medidas de mejora en la empleabilidad y estabilidad de los trabajadores, contenidas en el RDL 16/2013, de 20 de diciembre de 2013», *Relaciones Laborales*, n.º 2, Sección Legislación, tomo 1, Editorial La Ley (Febrero 2014).

[439] Ibid.

[440] MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María, «Flexibilidad del trabajo a tiempo parcial y conciliación de la vida familiar y laboral.», en *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado*, (Coord. Mella Méndez, Lourdes), 1ª (Madrid: Delta Publicaciones, 2015), pp. 165-82.

[441] Con determinación de la cuantía exacta de las horas complementarias a disposición del empresario –hasta un 30% de la jornada ordinaria, o un 60% si lo admite el convenio-, y solicitud de éste con tres días de antelación.

[442] Art. 15.5.e) ET en relación con el 37.6 del mismo cuerpo legal: cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida, o de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida; cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo

regulación. En un contexto de elevada tasa de paro y crisis económica, es razonable pensar que la voluntad de los trabajadores/as juega un papel secundario en la aceptación de ofertas y acuerdos. Ello redunda en una "intensa disponibilidad e inseguridad respecto a su jornada, horario y salario, que repercute negativamente en la atención de responsabilidades familiares" [443]. A lo que debemos añadir que, en la medida en que los DCPL reconocidos en el ordenamiento español lo son mayoritariamente de ausencia –reducciones de jornada, permisos, excedencias-, presentan un incentivo mucho menor para el trabajador/a a tiempo parcial, al que por ende no se le computan las horas complementarias a que nos hemos referido a efectos de una eventual reducción, ya que ésta ha de realizarse dentro del horario de la jornada ordinaria; por el contrario, adoptada la reducción, provoca de inmediato la necesidad de modificar el pacto de horas complementarias, para reducirlas. En definitiva, parece claro que los trabajadores/as a tiempo parcial no encajan dentro del prototipo –contrato indefinido y jornada completa- para el que parecen haberse concebido los mecanismos conciliatorios por vía de reducción de jornada, privilegiados de por sí frente a los de adaptación del tiempo de trabajo.

De este modo podemos concluir que en la regulación del contrato a tiempo parcial implementada mediante el Real Decreto-ley 16/2013, de 2 de agosto, se ha atendido de manera única, y prácticamente excluyente, a las necesidades empresariales de flexibilidad, sin que ésta opere asimismo a favor de los trabajadores/as a modo que contrapeso capaz de hacer posible la compatibilización de su vida personal y familiar con la laboral. Algo que ya aparecía explícitamente en su Exposición de Motivos[444], que

---

afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años.

[443] MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María, «Flexibilidad del trabajo a tiempo parcial y conciliación de la vida familiar y laboral» *Cit.*

[444] Exposición de Motivos: "Como es bien sabido, el trabajo a tiempo parcial es un mecanismo que otorga al empresario flexibilidad en el tiempo de trabajo, a la par que posibilita al trabajador conciliar la vida laboral y personal y compatibilizar trabajo y formación. A pesar de ello y aun cuando su utilización ha experimentado ligeros incrementos en los últimos tiempos, el porcentaje medio de trabajadores a tiempo parcial en España se sitúa muy por debajo de la media de los países de la Unión Europea.
Esta menor utilización del contrato a tiempo parcial cabe imputarse, en buena medida, al menor atractivo de esta modalidad contractual tanto para los trabajadores como para las empresas. Desde el punto de vista de los trabajadores, el trabajo a tiempo parcial ha significado históricamente una menor protección social, pues el menor tiempo de trabajo se ha traducido en carreras de cotización que no permitían a menudo el acceso a prestaciones y pensiones de Seguridad Social. Desde la perspectiva empresarial, el régimen laboral del contrato a tiempo parcial no ha incorporado los suficientes elementos de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo. Además, desde el punto de vista de la cotización empresarial, el trabajo a tiempo parcial ha estado en cierta medida penalizado".

llamativamente alude a un doble objetivo –"flexibilidad y control" por parte del empresariado- que no es precisamente el que exige la Estrategia de Empleo 2012-2014, como bien destaca Martínez Yáñez[445]: "reforzar el trabajo a tiempo parcial y la flexibilidad interna en las empresas", pero de tal forma que "las medidas de refuerzo del trabajo a tiempo parcial no recaigan mayoritariamente sobre las mujeres"[446]. Sin embargo, en palabras de Cabeza Pereiro, con esta reforma "se incentiva una tendencia contraria a la empleabilidad de las personas con cargas familiares, en una línea diametralmente opuesta a la propugnada en toda la retórica de la Estrategia Europea de Empleo", suponiendo finalmente que "con el tratamiento peyorativo hacia los trabajadores a tiempo parcial en materia de capacidad de adaptación del tiempo de trabajo a sus necesidades de conciliación, con toda seguridad se pueden producir muchas discriminaciones indirectas por razón de sexo"[447].

-Otro ejemplo de lo que decimos lo encontramos en las fórmulas de teletrabajo, cuya reciente configuración legal a través, de nuevo, de la reforma operada por la Ley 3/2012, de 10 de febrero -que cita como propósito de esta modalidad la de favorecer la flexibilidad empresarial junto con la optimización de la relación entre tiempo de trabajo y vida personal-, se encuentra en el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores, precepto que ha merecido algunos reproches significativos. Mella Méndez[448] señala que su parquedad deja sin regular aspectos clave tanto del teletrabajo (instrumento de trabajo, ejercicio de control y poder de dirección del empresariado, privacidad del trabajador/a) cuanto del tradicional trabajo a domicilio (clase y cantidad, materias primas entregadas, tarifas acordadas, entrega y recepción del producto acabado, control de la actividad). Hasta tal punto es así que continúa careciendo nuestro ordenamiento de una verdadera regulación, en la medida en que de sus tres elementos constitutivos (locativo, instrumental y organizativo) sólo se menciona el primero de ellos, amén de subrayar el hecho de que no existe ningún criterio sobre las adaptaciones que deberían realizarse

---

[445] MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María, «Flexibilidad del trabajo a tiempo parcial y conciliación de la vida familiar y laboral» *Cit.*

[446] Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014.

[447] CABEZA PEREIRO, Jaime, «Tiempo de trabajo, racionalización de horarios y conciliación en España», en *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado*, (Coord. Mella Méndez, Lourdes), 1ª (Madrid: Delta Publicaciones, 2015), pp. 111-125.

[448] MELLA MENDEZ, Lourdes, «El nuevo trabajo a distancia en España.», en *Conciliación de la vida familiar y laboral y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado*, (Coord. Mella Méndez, Lourdes), 1ª (Madrid: Delta Publicaciones, 2015), pp. 483-497.

para configurar el teletrabajo parcial (modificaciones sobrevenidas de jornada, salario y asunción de gastos por parte del empresario).

Semejantes omisiones son relevantes, ya que en último término la articulación de este recurso organizativo exige del acuerdo entre trabajador/a y empresario/a o de su determinación en negociación colectiva, y en tal sentido podemos reiterar lo dicho en torno a las muy diferentes posiciones entre las partes implicadas en la relación laboral, máxime en el presente contexto de crisis económica, así como a las limitaciones de la negociación colectiva cuando se trata de recoger aspectos relacionados con la conciliación. A ello debemos añadir que esta "desregulación" del teletrabajo –sin duda la modalidad, de las dos incluidas en el art. 13 ET, llamada a tener mayor presencia en el futuro- supone no tomar en cuenta los riesgos psicosociales propios del mismo, especialmente evidentes a poco que apliquemos la perspectiva de género: baste plantear la distinción entre la situación de un trabajador masculino altamente cualificado, cuya labor conlleve un componente creativo, y que se encuentra libre de responsabilidades de cuidado, con la de una trabajadora que deba compatibilizar el trabajo con esa clase de labores, por tener que ocuparse de un bebé o un dependiente. Estos dos ejemplos, que no por tópicos dejan de responder a realidades sociales, sobre todo en lo que atañe a la doble jornada de las mujeres, ponen de manifiesto el peligro que esta modalidad puede traer consigo: horarios interminables, ausencia de separación o distinción entre vida personal y tareas profesionales, disponibilidad permanente, aislamiento, estrés y su novedosa variedad tecnológica (la dependencia de los instrumentos precisos para desarrollar el teletrabajo, o "tecnoestrés"[449]), a los que Cervilla Garzón añade "la disminución de las posibilidades de promoción profesional del trabajador, por ser un 'desconocido' en cuanto a su actitud personal en el trabajo (factor que no es poco determinante en la consideración profesional de un trabajador), la bajada de los niveles de motivación e, incluso, la conversión del teletrabajo en una forma de empleo precario por ausencia de control sobre el desenvolvimiento de la relación laboral"[450].

No es difícil, por tanto, llegar a una conclusión similar a la que se desprende de la regulación del trabajo a tiempo parcial al que antes nos hemos referido: estas medidas, presentadas como ejemplo de compatibilización entre las necesidades de

[449] Ibid.

[450] CERVILLA GARZÓN, Mª José, «El fomento de la conciliación de la vida familiar y laboral a través del teletrabajo parcial, ¿opción u obligacion?», en *Conciliación de la vida familiar y laboral y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado*, 1ª (Madrid: Delta Publicaciones, 2015), pp. 521-538.

flexibilidad por parte de la empresa, y las de conciliar la vida personal, laboral y familiar por parte de los trabajadores/as, esconden en su conformación normativa una voluntad escasa de reequilibrar poderes dentro de la relación laboral. O más bien al contrario: la de reafirmar la potestad empresarial en tiempos de crisis, donde de por sí la autonomía del trabajador/a se encuentra ya disminuida. La *flexisecurity* se muestra, de ese modo, como un modelo eficaz en determinados contextos sociales, económicos y organizativos, pero que al ser importado, sin más, a otros muy diferentes acaba convirtiéndose en una herramienta al servicio exclusivo de la productividad, debiendo criticar en este sentido el silencio de la UE, que con su formulación abierta, y el amplio margen de autonomía con que cuentan los Estados miembros para asumir tales estrategias, acaba consintiendo que se adopten legislaciones que no hacen sino violentar el sentido originario del término flexiseguridad.

Y es que el conflicto entre los poderes de dirección empresarial y las necesidades de conciliación de los trabajadores/as cuenta con unos rasgos muy marcados, a favor de los primeros, en nuestro ordenamiento jurídico, particularmente en el escenario de crisis que vivimos. Y es así hasta el punto de que resulte necesario, como veremos a continuación, plantearse el modo en que estos derechos puedan ser ejercitados de una forma eficaz, dentro de la relación laboral, con las "reglas del juego" existentes en este momento.

3.2. La libertad de empresa. La "naturalidad" y amplitud de la potestad empresarial. La presencia de derechos fundamentales como límite.

En efecto, los DCPL que constituyen el objeto de este trabajo han de enmarcarse necesariamente en la relación empresa/trabajador/a y su diversa capacidad decisoria. Una cabal caracterización de la misma, tal como se define en el ordenamiento jurídico español, aparece recogida en este texto de Alonso Olea: "El poder de dirección se atribuye al empresario porque naturalmente lo exige el contrato de trabajo para el desarrollo ordenado de sus prestaciones, y porque naturalmente lo exige la empresa como institución para el cumplimiento de las actividades -producción de bienes y servicios para un mercado- que le son propias. Por uno y otro título el empresario es el definidor -dentro del marco doble, e igualmente amplio, de la empresa y del contrato de

trabajo- de las obligaciones del trabajador a su servicio; tal es su derecho y, mirando las relaciones jurídico laborales desde perspectiva más amplia que la que presta cada una de ellas en particular, su deber; que se corresponde, dicho sea de paso, con un deber primario o inicial de obediencia por parte del trabajador, a quien frecuentemente se ha amonestado por la jurisprudencia que "en modo alguno puede erigirse en definidor de sus obligaciones", debiendo, por el contrario obedecer las órdenes empresariales, sin perjuicio de su derecho a impugnarlas si las considera abusivas o lesivas"[451]. De este modo, el titular de la organización empresarial, dispone de una serie de potestades para configurar el contenido de la prestación laboral con amparo en la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE[452].

La libertad de empresa, como un derecho o libertad constitucionalmente garantizado, forma parte de lo que ha sido denominado "Constitución económica". La incorporación de España a la UE, además, ha encontrado en ésta un refuerzo importante a ese respecto. La libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, enmarcadas en un sistema de libre competencia real y efectivo, constituyen elementos sustanciales de la organización económica que la CE reconoce. El marco obligado de la libertad de empresa se determina, en primer lugar, en función de "la economía de mercado". De acuerdo con la STC 208/1999, de 11 de noviembre, debe entenderse ésta como la defensa de la competencia que constituye un presupuesto y un límite de aquella libertad, evitando las prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, y no como una restricción de la libertad económica. En segundo lugar, la libertad de empresa se relaciona con la necesaria unidad de la economía nacional y la exigencia de que exista un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de coordinación de la planificación general de la actividad económica (STC 96/1984, de 19 de octubre).

---

[451] ALONSO OLEA, Manuel, «El poder de dirección del empresario (prólogo)», en *El poder de dirección del empresario* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1965), pp. 106.

[452] Art. 38 CE: "la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación". Este precepto está incluido en la sección segunda, capítulo segundo, Título I de la Ley Fundamental, por lo que no se encuentra afecto ni por la reserva de Ley Orgánica ni por la protección a través del recurso de amparo. Su sistema de garantía y tutela es el siguiente: todos los poderes públicos deben respetar la libertad de empresa (art. 53.1, inciso primero, CE); el ejercicio del derecho sólo puede limitarse por medio de una Ley que respete, en todo caso, el contenido esencial de ese derecho (art. 53.1, inciso segundo, CE) y cualquier violación legal del derecho puede combatirse mediante el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 53.1, inciso segundo, in fine , y art. 161 CE).

No obstante, se ha planteado la cuestión de si la CE en su art. 38 reconoce a la ciudadanía un derecho subjetivo o si se trata de una mera garantía institucional. Así, el TC ha afirmado -STC 46/1983, de 27 de mayo- que pese a no gozar de la protección del recurso de amparo, al encontrarse fuera de la sección primera, "el art. 38 de la CE es un derecho fundamental". Esta dimensión subjetiva conlleva el reconocimiento al empresariado de una libertad de decisión para crear empresas que puedan actuar en el mercado; establecer sus propios objetivos; dirigir y planificar su actividad, según los recursos y las condiciones del propio mercado y, en fin, para la gestión de la organización y del personal[453]. Por el contrario, para las SSTC 83/1984, de 24 de julio, y 225/1993, de 8 de julio, el art. 38 CE contiene tan sólo una garantía de instituto, "predomina, como es patente, el carácter de garantía institucional".

Así, de acuerdo con Sempere Navarro, "el artículo 38 CE otorga un derecho subjetivo frente al Estado para que éste dicte normas que hagan posible la creación, modificación y eliminación de la empresa en cuanto instituto jurídico. El derecho subjetivo se refiere tanto a la vigencia de esas normas, como a que tengan un determinado contenido"[454]. Por su parte, Álvarez Conde y Tur Ausina[455] consideran que, pese a que nuestra CE no reconoce un modelo económico concreto, lo cierto es que parece responder a las coordenadas del sistema capitalista; aun así el significado general del derecho a la libertad de empresa viene determinado por su doble consideración de derecho subjetivo y de principio general de la ordenación económica. Al presentar nuestro Estado caracteres de una economía dirigida o controlada -a la que en principio parece responder al menos en sus planteamientos generales la Constitución, a tenor de lo establecido en los arts. 130 y 131.1-, el problema de fondo subyacente es cómo articular la compatibilidad entre el derecho a la libertad de empresa y el intervencionismo del Estado en el sector económico -que llega, en nuestros días, a convertirlo en el primer empresario del país[456].

[453] Así, entre otras, las SSTC 208/1993, de 28 de junio , y 225/1993, de 8 de julio.

[454] SEMPERE NAVARRO, Antonio V., «Libertad de empresa y limitaciones a la subcontratación constructiva», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 19/2006 parte Tribuna (2006).

[455] ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario, *Derecho Constitucional*, (Madrid: Tecnos, 2015). pp. 460.

[456] Ibid. pp.460.

Algunos autores conciben la libertad de empresa como un auténtico derecho fundamental, destacando su importancia -"fundamentalidad"- para el sistema en su conjunto. Así, Cidoncha, afirma que la libertad de empresa es un derecho fundamental como los demás, nuestra norma fundamental "ha constitucionalizado un sistema económico determinado -el capitalismo de mercado-"[457]. Por ello entiende que "el orden económico constitucional está escorado hacia la libertad de empresa y hacia el mercado"[458]. Este autor destaca las tres condiciones sobre las que se apoya el concepto de "economía de mercado": "propiedad privada, libre iniciativa económica privada, y mercado"[459], lo que se identifica con el capitalismo de mercado, "el único marco constitucional posible"[460] a la vista de la Constitución misma. Por lo que respecta a su contenido esencial, lo identifica con la libertad de iniciar actividades empresariales y no ser obligado a ello, derecho a sostener en libertad la actividad empresarial (autonomía de planificación y organización, libertad de contratación y derecho al beneficio), y libertad de cesar en la actividad empresarial, y no ser obligado a continuar. Como excepciones constitucionalmente previstas a la regla del respeto a ese contenido esencial se refiere el autor a la intervención de empresas, la reserva de recursos o servicios esenciales, y la planificación.

García Victoria llega a la misma conclusión, si bien aborda el estudio de la libertad de empresa partiendo de la base de que "el mercado y el Estado son realidades complementarias y no antagónicas" y de que "al mercado no le vale cualquier forma política, sino que necesita al Estado constitucional". El autor llama la atención sobre la necesidad de integrar siempre en el análisis de esta libertad la dimensión comunitaria, pues se trata de resaltar "la relación bidireccional entre el Derecho Europeo y el Derecho Constitucional"[461]. Para este autor, la "libertad de empresa posee un sólido fundamento constitucional" que "pertenece al grupo de derechos y libertades reconocidos de manera constante a lo largo del Constitucionalismo", además de tener "una fuerte apariencia de "fundamentalidad", debiendo relativizarse el hecho de que no

[457] CIDONCHA, Antonio, *La libertad de empresa* (Madrid: Civitas, 2006). pp.26.

[458] Ibid. pp. 49

[459] Ibid. pp. 67

[460] Ibid. pp. 72

[461] GARCÍA VICTORIA, Ignacio, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008). pp. 1-12.

se encuentre dentro de los derechos de la sección primera de modo que "asume la propuesta de especular sobre este derecho desde la teoría general de los derechos fundamentales". La libertad de empresa es "un importante instrumento respecto al libre desarrollo de la personalidad", "una pieza clave para el crecimiento económico y el bienestar colectivo", dotada de utilidad social, "incompatible con la arbitrariedad de la actuación de los poderes públicos y la inseguridad jurídica", y relacionada intensamente con la igualdad. Se trata de una libertad que "establece un mandato dirigido a los poderes públicos para eliminar las trabas que impiden el libre desenvolvimiento de la iniciativa privada", y de una libertad relativa, "un derecho que dista mucho de ser absoluto y que ha de ser modulado atendiendo a otros valores y principios", porque "no existe una contradicción esencial entre la libertad de empresa y la intervención pública". El mismo desarrolla una vida paralela con el derecho de propiedad, con el que está "íntimamente entrelazado", y es "un derecho complejo y en continua evolución, lo que anuncia que el análisis de su eficacia jurídica exigirá tener en cuenta diversas variables y que su grado de intangibilidad no será uniforme"[462]. Rubio Llorente reconoce también la dificultad de definir su contenido esencial asociándolo a la igualdad: "la libertad de empresa conlleva así, asociada con la unidad del mercado, una particular aplicación del principio de igualdad, la necesidad de que todas las empresas disfruten del mismo grado de libertad en razón de la clase a la que pertenecen. No que todas las empresas tengan el mismo grado de libertad, pero sí que ésta sea igual para todas las que se dedican al mismo género de actividad, de manera que todas ellas sean jurídicamente iguales en el mercado"[463]. Por ello, ante la dificultad de fijar un contenido esencial para la libertad de empresa cierta doctrina se acoge a la concepción relativa a la hora de definirlo, identificándolo con aquella parte del derecho que permanece una vez que ha operado una limitación justificada o legítima, de acuerdo con Alexy; de este modo, las restricciones que son acordes con el principio de proporcionalidad no vulneran la garantía del contenido esencial[464]. De igual modo, Viera Álvarez apuesta por definir el contenido esencial de la libertad de empresa como un derecho de textura abierta, porque

[462] Ibid. pp. 97-109.

[463] RUBIO LLORENTE, Francisco, «La libertad de empresa en la Constitución», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, (AA.VV.), (Madrid: Civitas, 1996). pp. 445.

[464] ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014). pp. 259.

debe compaginar la apertura económica con el hecho que España se constituye en un Estado social, cláusula que respalda la idea de que el contenido de las libertades económicas viene delimitado por la función social de estos derechos, lo que supone límites y deberes de carácter positivo. Así lo ha afirmado STC 37/1987, de 26 de marzo de 1987, (FJ 5º), en un caso en que se relacionan derecho de propiedad y libertad de empresa. Si la libertad de empresa es un derecho fundamental como cualquier otro, la ponderación que deben realizar los intérpretes exige el cumplimiento de todos y cada uno de los pasos que supone el principio de proporcionalidad. Siendo el mercado el marco para el desarrollo de la iniciativa privada, el contenido esencial de la libertad de empresa será el resultado de la ponderación de las medidas restrictivas, que deben cumplir las exigencias del principio de proporcionalidad: necesidad, adecuación, proporcionalidad y, como señala Alexy, que el fin perseguido deba ser digno de la limitación del derecho fundamental por tratarse de intereses que tienen el mismo rango abstracto[465].

Por otro lado, no hay que perder de vista que la libertad de empresa, como cualquier otro derecho constitucional, encuentra límites en su ejercicio; así, la propia CE establece algunas disposiciones como son las relativas a la iniciativa económica del Estado o las facultades de planificación de la economía general[466]. Como recuerda Viera Álvarez, esas facultades son expresión concreta de la materialización en España de un Estado social cuya fuerza se transmite a lo largo de la Constitución, "siendo un freno a los excesos liberales que anhelan colonizar todos los espacios del mundo de la vida". De ahí que "el interés general, en conexión con los fundamentos sociales en los que se basa la CE permite la protección de derechos sociales que pueden ser afectados por un ejercicio desmedido de la libertad de empresa". De esta forma, la cláusula del Estado social junto con los derechos sociales debe ser un freno a "las corrientes que postulan la

[465] VIERA ÁLVAREZ, Christian, «La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 21 (I de 2010), pp.207.

[466] En el art. 128.2 CE, "se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica" que va a legitimar la acción pública para intervenir en la economía, pudiendo actuar incluso como competidor de la iniciativa privada. Ahora bien, no toda intervención estatal va a ser legítima, será necesario encontrar una justificación a la decisión de intervenir en la vida económica y esa podría estar dada por el interés general que pregona el art. 103.1 CE.
Por otra parte, el art. 131 CE dice: "el Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución". De este modo, la fórmula que establece el art. 38 CE, respecto de la obligación de protección que los Poderes públicos deben realizar de la libertad de empresa y la defensa de la productividad, debe ser interpretada con especial referencia a este artículo, no pudiendo entenderse como un "instrumento operativo general del Estado" sino, por el contrario, como una programación de desarrollo regional elaborada por las Comunidades Autónomas y coordinada por el Estado (STC 29/1986, de 20 de febrero).

entrega a la iniciativa privada de todas las esferas de la realidad. Porque derechos fundamentales no sólo son los de primera generación, sino que también gozan de estatuto sustantivo los derechos sociales, que con el paso de los años han pasado de meras expectativas a derechos en forma, compartiendo la visión de Alexy en el sentido de que constituyen mandatos de optimización"[467].

En el concreto ámbito de las relaciones laborales, la libertad de empresa se materializa en una serie de poderes y facultades empresariales para la dirección de la organización productiva, y que se delimitan por la existencia de una relación jurídica en la que el trabajador/a, se somete voluntariamente a la esfera organizativa y directiva del empresario/a (art. 1.1 ET), y en virtud de ello se compromete a "cumplir las órdenes e instrucciones del empresario/a en el ejercicio regular de sus facultades directivas", y se obliga a "realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue" (arts. 5.c) y 20.1 ET). El contenido básico del poder de dirección empresarial consiste en la posibilidad de dar órdenes e instrucciones sobre la forma de realizar el trabajo por el trabajador/a. Las manifestaciones concretas de esas facultades básicamente son: decisiones relativas a la organización productiva; ordenación general de la mano de obra y contenido de la prestación de trabajo; ordenación del tiempo de trabajo; determinación del lugar de trabajo; medidas reorganizativas: *ius variandi* empresarial; reajustes de plantilla: suspensiones y extinciones de contratos; la materia de seguridad social; facultades de "policía" y facultades de control y vigilancia y poder disciplinario. Esta atribución al empresariado de diversos poderes o facultades es algo inherente a la naturaleza misma del contrato y al reconocimiento de la libertad de empresa; surgen así, integrando la aludida nota de dependencia laboral, diversas facultades de organización del trabajo, control del cumplimiento de las obligaciones contractuales y, en su caso, sanción de los incumplimientos. Esta capacidad empresarial, dotada de un carácter "natural", como recordaba Alonso Olea, procede de muy antiguo. En palabras de Montoya Melgar: "Cuando el Proyecto de Código Civil de 1821 se propone regular las relaciones de trabajo y dispone al efecto contundentemente que "el superior tiene derecho a la dirección del trabajo" (art. 462), más que inventar una nueva relación de dependencia, está dando carta de naturaleza jurídica a fenómenos de la

[467] VIERA ÁLVAREZ, Christian, «La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social». *Cit.* pp. 23.

realidad social y económica. Tal elevación a categoría jurídica de exigencias económicas es, evidentemente, constante y universal. Ello es así porque el trabajo, eje del sistema productivo, ha sido siempre (y sigue siendo, pese al auge contemporáneo del trabajo autónomo) el trabajo dependiente y por cuenta ajena"[468].

Ahora bien, la mera lectura de estas potestades evidencia la profunda afectación que pueden causar no sólo en el propio desenvolvimiento de la relación laboral, sino en la vida personal y familiar de los trabajadores/as. De ahí que, señala Montoya Melgar, "la tendencia histórica sea, como vio con lucidez Alonso Olea, la reducción –que no desaparición- de esa dependencia. En efecto, más y más los poderes del empresario van siendo limitados por los derechos, cada vez más numerosos y bien perfilados, que el Ordenamiento reconoce a los trabajadores"[469]. Sin embargo, siguiendo a Baylos Grau y Pérez Rey podemos decir que "frente a todo tipo de apologías y mistificaciones, el poder privado empresarial debe ser analizado en términos políticos como un problema de autoridad y democracia en los espacios del trabajo organizado para la producción de bienes y servicios en una sociedad de mercado. Gran parte de los juristas del trabajo no reconocen de manera explícita la naturaleza fundamentalmente política de la empresa, pero la presuponen al considerar ineludible una estructura organizativa definida por la autoridad y la técnica funcional a las exigencias de la producción que constituye el interés de la empresa, un equivalente de la imagen política de 'una sociedad jerárquica pero sin clases contrapuestas'. En tanto que ámbito de poder ejercitado autoritaria y represivamente, no puede configurarse como un espacio 'neutro' indiferente a la lógica democrática"[470]. Es decir, tal como concluye Trillo Párraga, "la panoplia de posibilidades con las que cuenta el empresariado a la hora de modificar unilateral o consensuadamente, el régimen de aplicación del tiempo de trabajo se debe enmarcar, en línea con la titularidad del tiempo de trabajo, en la propia configuración del objeto del contrato de trabajo" [471].

---

[468] MONTOYA MELGAR, Alfredo, «El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n.º 48 (2004).

[469] Ibid. *Cit.*

[470] BAYLOS, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, 2ª (Madrid: Trotta, 2009)., pp. 46-47.

[471] TRILLO PÁRRAGA, Francisco José, *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*., *Cit.*, pp. 219-222.

Según se analizaba anteriormente, la titularidad del tiempo de trabajo corresponde al empresariado con base en la propiedad adquirida por éste en el intercambio de trabajo por salario. De tal forma que no puede resultar extraño que las medidas de modificación del tiempo de trabajo, cuantitativas y cualitativas, recaigan sobre él. No obstante, conviene en este punto traer a colación las palabras de Alonso Olea a propósito de aclarar en qué consiste esta propiedad adquirida por el empresariado a la que alude Trillo Párraga: "lo que el trabajador debe no es realmente tiempo de trabajo, sino el trabajo prestado durante un cierto tiempo y por tanto el objeto de su obligación no es la prestación de un número de días de trabajo, estando, por tanto fuera del ejemplo de obligaciones divisibles que da el art. 1.151 CC, sino el trabajo prestado durante un cierto tiempo"[472]**.** Dicha titularidad, por tanto, no supone una capacidad omnímoda del ejercicio de los poderes empresariales en materia de tiempo de trabajo, sino que por el contrario encuentra límites, particularmente en relación con los derechos fundamentales que asisten a los trabajadores/as. No obstante lo dicho hasta ahora, nada evitaría que tal disposición pudiera pactarse, colectiva o individualmente, con el objetivo de que la parte empresarial sufriera el menor perjuicio posible de cara a la organización de los tiempos de trabajo de la producción.

Si ello es así, nos dice Trillo Párraga[473], se podría afirmar que la presencia de un derecho fundamental en relación con el régimen de aplicación de la jornada de trabajo implica un límite a la capacidad empresarial de organizar la producción bajo la óptica del tiempo de trabajo. Situación ésta que, sin embargo, no ha llegado a cuajar en relación con otros derechos fundamentales como el de la vida e integridad física, como objetivo último del derecho de los trabajadores/as a la seguridad y salud en el trabajo, o el derecho a la dignidad personal e igualdad de género, bajo el cual se encuadran los denominados derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Sobre este respecto tendremos ocasión de pronunciarnos en capítulo IV, donde analizaremos con detenimiento la jurisprudencia constitucional en torno a los derechos de conciliación y sus limitaciones, especialmente en relación con su vinculación entre éstos y los derechos fundamentales a la que hemos aludido.

---

[472] ALONSO OLEA, Manuel, *Manual de Derecho del Trabajo*, 5ª (Madrid: Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1978).

[473] TRILLO PÁRRAGA, Francisco José, *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*. *Cit.*

Cabe plantearse, empero, si resulta posible la conciliación real entre la vida personal-familiar y la laboral en un sistema económico capitalista flexible de producción y consumo como el actual. De acuerdo con Rivas, "las diversas formas de flexibilidad laboral, más que reducir y facilitar la jornada de trabajo, la redistribuyen de acuerdo a las necesidades de la empresa, lo que normalmente significa una organización del tiempo que repercute negativamente en la vida de las personas, especialmente de las mujeres. Las políticas de flexibilidad laboral lejos de facilitar la conciliación entre vida familiar y laboral, entre géneros, lo que hacen es acentuar las diferencias y utilizar la conciliación como una coartada para legitimar estas políticas"[474]. Esta autora se cuestiona los supuestos implícitos en el planteamiento de la conciliación personal, familiar y laboral, en la medida en que hasta ahora no se oponían a la lógica que subyace a la organización del trabajo, al mercado laboral y al sistema económico capitalista de producción bajo la versión actual de flexibilidad laboral. Mientras no plantee ese cuestionamiento, a su entender, no tiene sentido seguir hablando de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, porque es imposible conciliar lo que es irreconciliable: la lógica capitalista del beneficio y la lógica de la sostenibilidad humana.

La introducción por el legislador del derecho del trabajador/a a decidir sobre su jornada ha introducido un cambio en este sentido, así que se hace necesario repensar los límites del poder de dirección del empresariado incardinados en la libertad de empresa y su fricción con los derechos fundamentales de los trabajadores/as. Hoy mas que nunca está vigente la STC 88/1985, FJ2º: "La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, (…) Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales

[474] RIVAS, Ana María, «El empleo o la vida: perder el empleo para conservar la vida o renunciar a la vida para conservar el empleo? de qué conciliación hablamos?», *Cit.* pp. 367-374.

ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)". Así, conforme a la STC 98/2000, de 10 de abril, todo recorte a derechos fundamentales de los trabajadores/as ha de revelarse "como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho".

Se erige así el propio art. 9.2 que alude a la igualdad "real y efectiva", en primer lugar, en un límite a la libertad de empresa en el ámbito de las relaciones laborales. La STC 3/1983, de 25 de enero ha interpretado que este mandato propugna "una igualdad real que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador. Siendo esto así, es evidente que la igualdad entre trabajadores y empresario (…) no puede ser desconocida o quebrada por una presunta plena efectividad del art. 14 de la CE pues de lo contrario, equivaldría, paradójicamente, a fomentar mediante el recurso a la igualdad formal, una acrecentada desigualdad material en perjuicio del trabajador y en vulneración del art. 9.2 CE" Como afirman Sempere y Mazuconni, "se consagra constitucionalmente, así, la función correctiva del valor *igualdad* –material- sobre los efectos del valor *libertad*, como síntesis de una tensión entre ambos valores que tienen su origen en la génesis del Derecho del Trabajo"[475].

Un segundo límite vendría determinado por la garantía y tutela de los derechos fundamentales, por lo que la restricción de esos derechos por efecto del contrato de trabajo deberá venir avalado de acuerdo con los criterios que ha establecido el propio TC en su doctrina. De este modo, su limitación se justificará por la necesidad de ponderación conjunta de otros derechos o intereses en juego, que también se encuentran tutelados por el ordenamiento jurídico. Para ello será preciso, en primer lugar, un juicio de adecuación o idoneidad de la medida o decisión empresarial, en relación con el fin perseguido. En segundo término, habrá de demostrarse su necesidad, derivada de la inexistencia de otra medida alternativa, potencialmente menos agresiva para el derecho del trabajador; y, en fin, tendrá que alcanzarse un equilibrio o proporción entre la ventaja o beneficio que se persigue y el sacrificio o limitación que para ello se exige al trabajador (STC 99/1994, de 11 de abril y STC 98/2000, de 10 de abril; y STC 186/2000, de 10 de julio).

[475] SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva*. *Cit.*

De ello se deduce que la doctrina constitucional no concede el mismo valor a los dos intereses en presencia; "el equilibrio entre los derechos fundamentales del trabajador/a y el poder de dirección del empresariado no está en el punto medio entre ambos, porque tampoco los dos se encuentran en el mismo plano de relevancia constitucional. Cuando se exige que toda limitación a los derechos fundamentales supere el triple test de proporcionalidad y que, además, esté estrictamente justificada, se está afirmando su carácter excepcional; sólo en tales casos cabrá limitar los derechos de los trabajadores/as"[476]. Por el contrario, si falla alguno de estos requisitos o condicionamientos acumulativos, el derecho fundamental de que se trate prevalece frente al poder de dirección empresarial, y cualquier negación o restricción del mismo ha de considerarse como una vulneración.

El propio Tribunal Constitucional en su STC 90/1999, de 16 de mayo deja constancia patente de esta preferencia por los derechos fundamentales de los trabajadores al referirse a su "posición prevalente" en la relación contractual, de modo que si ésta puede llegar a modalizar el ejercicio de tales derechos, "este límite se ve asimismo limitado por la noción de imprescindibilidad". Ahora bien, como afirma Sempere Navarro, "hay que reconocer que la solución alcanzada adolece de notables dosis de imprecisión. Aunque la doctrina constitucional se afana en definir cuándo existe idoneidad, necesidad, proporcionalidad y justificación, estamos ante conceptos que sólo pueden analizarse a la luz de cada caso concreto (como reconoce expresamente el propio Tribunal en múltiples pronunciamientos). Sin desconocer el mérito que tiene esta base doctrinal, que de algún modo salva la ausencia de disposiciones legales adecuadas o suficientes, no puede negarse que faltan soluciones rotundas y diáfanas. Tal sería la segunda conclusión, que obliga a valorar y ponderar la proporcionalidad casuísticamente, aplicando criterios de racionalidad"[477]. Por consiguiente, "Como se ha visto, no existen derechos ni facultades absolutas y que, además, los derechos fundamentales del trabajador (en el caso, la integridad física) se encuentran en un plano de ligera superioridad respecto de los del empleador. En todo caso, la necesidad de respetar el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa y de que sus restricciones estén constitucionalmente justificadas quedan fuera de toda discusión"[478].

[476] Ibid.

[477] SEMPERE NAVARRO, Antonio V., «Libertad de empresa y limitaciones a la subcontratación constructiva». *Cit.*

[478] Ibid.

Por último, cabe añadir que el poder de dirección del empresario/a se encuentra también limitado por los derechos básicos de los trabajadores/as que se enumeran en la legislación laboral, así como en las correlativas normas de orden público y normas de mínimos, todas las cuales imponen cargas u obligaciones para el empresario/a, que restringen su capacidad de decisión y ordenación del trabajo asalariado. También el convenio colectivo va a suponer otra limitación, aunque el núcleo esencial de las facultades de decisión y dirección no pueden vaciarse por la norma convencional. Por último, el propio contrato de trabajo deja fuera del radio de acción del poder de dirección las conductas extralaborales, exceptuando las que puedan tener repercusiones en el ámbito de la prestación de servicios y afectar a su correcto cumplimiento, o que puedan dañar gravemente los intereses de la empresa.

En resumen, podemos concluir con la idea de que la libertad de empresa presenta en el ámbito de las relaciones laborales un contenido esencial menor o más limitado que en otros aspectos de la vida económica, por cuanto en numerosas ocasiones se ha de ver sometida al juicio de ponderación que va a requerir apreciar la constitucionalidad o no de una medida adoptada en el ejercicio de ese derecho, pero que pueda ser restrictiva de derechos fundamentales de los trabajadores/as, y que en todo caso deberá estar suficientemente justificada. Asimismo debemos insistir en que la cláusula del Estado social en que se enmarca nuestro sistema constitucional, y la búsqueda de la igualdad material, han de tenerse siempre presentes a la hora de realizar esa labor de ponderación en la que, como veremos más adelante, tiene mucho que decir la dignidad personal.

3.3. Las limitaciones de los derechos fundamentales en su ejercicio entre particulares. Criterios interpretativos del Tribunal Constitucional para la resolución de los conflictos

A la vista de lo anteriormente expuesto, pasamos en este apartado a estudiar los criterios establecidos por la jurisprudencia para resolver los eventuales conflictos que puedan surgir entre el ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito laboral y la capacidad organizativa del empresario/a, particularmente con ocasión de una solicitud relacionada con la conciliación.

Debemos comenzar recordando que, según hemos apuntado al comienzo de este capítulo, la eficacia jurídica horizontal de los derechos fundamentales, esto es, entre particulares, está suficiente y pacíficamente reconocida en la actualidad. En el ordenamiento español, el artículo 9.1 CE apunta en esa dirección al establecer que "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico", y finalmente nuestro TC lo ha confirmado en su STC 18/84, de 7 de febrero[479]. Partiendo de ello, Torres del Moral[480] explica que en tales casos la lesión la produce un particular, pero si el juez no repara el daño también él lesiona el derecho en cuestión, y es esta vulneración judicial de segundo grado la que abre la vía de su reparación ante el Tribunal Constitucional. Para amparar un derecho fundamental violado por un particular, el Tribunal hace siempre responsable de la violación al órgano judicial que en su momento no tuteló adecuadamente tal derecho. Pero aunque procesalmente haya que fundamentar el recurso de amparo de este modo, el fondo del asunto sigue siendo el mismo: en la relación entre particulares que dio origen al litigio debieron ser observados los derechos constitucionales. Autores como Bilbao Ubillos[481] defienden sin embargo la eficacia directa de los derechos fundamentales de forma que desplieguen sus efectos en las relaciones privadas sin otras mediaciones, sin intervención del legislador o del juez, en tanto son derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional frente a las violaciones procedentes de sujetos privados.

En el ámbito laboral, cabe decir que no pueden esgrimirse los principios que rigen las relaciones contractuales para impedir, más allá de los imperativos propios impuestos por el contrato, el ejercicio de un derecho o libertad constitucional. Lo dicho vale igualmente, y más si cabe, respecto de los convenios colectivos, dado el carácter de fuente del Derecho que tienen en nuestro Ordenamiento (STC 58/1985. de 30 de abril, entre otras). A este respecto, señala la STC 22/84, de 17 de febrero, FJ 3: "existen, ciertamente fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos

[479] "La concretización de la ley suprema –que supone el artículo 41.2 de la LOTC- no debe interpretarse en el sentido de que sólo sea titular de los derechos y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado Social de derecho como el que consagra el artículo I de la CE no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social, tal y como evidencia la Ley 62/78 de protección de los derechos fundamentales, la cual prevé la vía penal –aplicable cualquiera que sea el autor de la vulneración cuando cae dentro del ámbito penal-, la contencioso-administrativa (…) y la civil, no limitada por el sujeto autor de la lesión".

[480] TORRES DEL MORAL, Antonio, «Principios fundamentales del estatuto jurídico de los derechos», en *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, 1ª (Madrid: Colex, 2007), pp. 101-130.

[481] BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999).

individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos, y la prioridad ha de resultar de la propia CE".

Sentado esto, analizamos a continuación cuáles serían los límites de los derechos fundamentales en fricción dentro de las relaciones entre particulares, como pueden ser las de empleador/a y empleado/a. El Tribunal Constitucional ha desarrollado un cuerpo doctrinal (adoptado por el Tribunal Supremo en sentencias como las de 5 y 18 de febrero y 25 de abril de 1985, y la de 9 de julio de 1990, entre muchas otras) donde desgrana una serie de criterios en torno a esas posibles limitaciones de los derechos fundamentales:

-El principio de intangibilidad del contenido esencial de los derechos, definido por los siguientes rasgos:

1.- La naturaleza jurídica del derecho, o concepción generalizada que de él tienen los juristas, obteniendo como resultado aquellas facultades o posibilidades de actuación que lo hacen reconocible como tal y sin las cuales quedaría desnaturalizado.

2.- Detección de los intereses jurídicamente protegidos que "dan vida al derecho", en este sentido se rebasa el contenido esencial de un derecho cuando se lo limita de tal manera que queda impracticable, dificultado más allá de lo razonable o despojado de la necesaria protección (STC 11/1981, de 8 de abril, STC 37/1987, de 26 de marzo).

León Bastos resume el alcance de estos rasgos, citando a Alexy, en el hecho de que el respeto del contenido esencial prohíbe que la vigencia de un derecho fundamental "pierda toda importancia para todos los individuos o para la mayor parte de ellos" [482].

-Necesaria justificación democrática de sus limitaciones y restricciones. Afirman las SSTC 26/1981, de 17 de julio y 62/2982 de 15 de octubre y 50/1995, de 23 de febrero: "cuando se coarta (…) el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o el conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a

[482] LEÓN BASTOS, Carolina, *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*, 1ª (Madrid: Reus, 2010).

los que se sacrificó". Igual motivación se exige obviamente a la resolución judicial que resuelva un caso de esta índole (STC 62/1982 y 13/1985 ya citadas, entre otras).

-El principio de proporcionalidad: "toda limitación para el ejercicio de un derecho fundamental (…) ha de ser aplicada según criterios de racionalidad y proporcionalidad (STC 291/93, de 18 de octubre, FJ 2). Y, en palabras de la STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4: "conviene recordar los requisitos que conforman nuestra doctrina sobre la proporcionalidad, los cuales pueden resumirse en los siguientes: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo". A su vez, el "juicio de proporcionalidad" para determinar si una medida limitativa de un derecho fundamental es constitucional o no responde a tres requisitos o condiciones: "si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)".

Junto con estos criterios a respetar en las limitaciones de los derechos fundamentales que puedan producirse tanto por una decisión legislativa como por el ejercicio de otros derechos por parte de particulares, y en especial en el ámbito laboral, debemos considerar una serie de factores que deben guiar la actuación postrera de los tribunales cuando de enjuiciar estos conflictos se trata:

-Los derechos fundamentales, declara el TC, son el parámetro de interpretación de todas las normas del Ordenamiento jurídico. La legalidad ordinaria, añade, ha de ser interpretada de un modo finalista, de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos y para la maximación de su contenido (SSTC 34/1983, de 6 de mayo, 112/1988, de 8 de junio, 24, 26 y 103/1990, de 15 de febrero y 4 de junio, entre muchas otras).

Esto supone, afirma Sánchez González[483] citando a Pérez Luño, reemplazar la concepción estática y defensiva de este principio de interpretación favorable a la libertad por otra positiva y dinámica que busque maximizar y optimizar la eficacia de los derechos. En el mismo sentido, León Bastos considera que la posición preeminente de tales derechos "hace que todo el ordenamiento deba ser interpretado de acuerdo a los derechos fundamentales, de manera que éstos resulten más eficaces, y desarrollen su mayor potencialidad (…) no sólo como mandatos a respetar, sino como objetivos a alcanzar" [484]. Esta autora realiza una interesante concreción de esta regla interpretativa en el llamado *principio pro homine*, como criterio hermenéutico que informa los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Asimismo distingue dos variantes de este principio:

a) la preferencia interpretativa con respecto del principio *favor libertatis*, donde las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos fundamentales deberán ser interpretadas restrictivamente y donde el operador debe interpretar la norma de la manera que mejor optimice su ejercicio; y con respecto al principio de protección de víctimas o *favor debilis*, donde es necesario considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra, se halla en inferioridad de condiciones

b) la preferencia de normas, esta variante se refiere a que cada vez que una norma de derechos se encuentre en conflicto con una norma de poder, el caso debe ser resuelto escogiendo favorablemente sobre la primera, puesto que son éstas las que orientan la actuación de los órganos de poder público.

-Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que a veces la prueba de una vulneración de derechos fundamentales ofrece dificultades casi insalvables, motivo por el que se impone al juez la necesidad de aliviarla o incluso de invertir su carga a fin de impedir que se perpetúe una situación contraria a la Constitución, aspecto sobre el que nos extenderemos más adelante. Finalmente, el juez no debe limitarse a estimar insuficiente

[483] SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, «Los límites de los derechos fundamentales», en *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*, (Coord. Sánchez González, Santiago), 1ª (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006).

[484] LEÓN BASTOS, Carolina, *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*. *Cit*.

la prueba que aporta el actor, sino que debe motivar tal juicio (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre y 38/1986, de 21 de marzo).

Todo ello nos lleva a entender, de acuerdo con Aguiar de Luque, que "no puede admitirse, en principio y para todos los casos, una ordenación axiológica o la superioridad de unos bienes sobre otros, en caso de que se produzca un conflicto entre derechos hay que proceder a una ponderación de los mismos, que permitirá determinar la prevalencia concreta de uno de ellos sobre el otro que, en este supuesto cede, pero no desaparece" [485]. Lo que en los términos del TC supone que "no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala" (STC 320/94, FJ 2).

3.4. La técnica de la ponderación como mecanismo resolutivo de conflictos entre la potestad organizativa del empresariado y los derechos fundamentales de los trabajadores/as

Esta labor de ponderación es especialmente conflictiva en el ámbito laboral cuando confluyen en torno a un mismo hecho los derechos fundamentales de los trabajadores/as y la capacidad de organización de la empresa.

La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, a la que ya nos hemos referido con anterioridad, se manifiesta específicamente en el Derecho del Trabajo. Si bien hay que matizar, como nos explican García Ninet y Vicente Palacio, que "tal eficacia interprivados no queda limitada a lo que denominaríamos los derechos constitucionales laborales, es decir, aquellos que sólo pueden ser entendidos y predicados dentro de una relación laboral y a partir de los cuales se inició la constitucionalización del Derecho del Trabajo, sino que comprende también los que la doctrina ha llamado derechos constitucionales inespecíficos: aquellos de los que el

[485] AGUIAR DE LUQUE, Luis, «Libertad de expresión y derecho a la información», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1ª (Madrid: Civitas, 1995), pp. 4052.

trabajador es titular como ciudadano"[486]. Quiere esto decir, en cuanto al tema que nos ocupa, que todos aquellos derechos de rango constitucional que forman parte de los DCPL, más allá de su vinculación con el ámbito del trabajo, son aplicables en todo su alcance y naturaleza dentro de la relación laboral. Pacheco Zerga[487] sostiene que la articulación del poder de dirección del empleador/a con el respeto debido a los derechos fundamentales del trabajador/a es una conquista de la segunda mitad del siglo XX, al punto que hoy en día se puede hablar de una "recomposición constitucional del contrato de trabajo", a fin de integrar los derechos fundamentales en la relación laboral. Así, la doctrina jurídica destacó hace más de cuarenta años que el derecho del trabajador/a a ser tratado con la consideración debida a su dignidad humana añade "una actitud más exigente de estimación de la persona humana, de autolimitación del empresario, que no puede considerar a sus trabajadores como una parte del instrumental, sino como hombres unidos a él para realizar un fin común[488]", al ser la empresa no sólo una organización dirigida a la producción de bienes y servicios sino "una célula social en la que se integra el hombre para su plena realización mediante su trabajo, privilegio, deber y vocación de la persona" (STS 25 de enero de 1998). De ahí que el deber de buena fe, aun cuando sea aplicable a todo el Derecho de obligaciones, adquiere en el Derecho del Trabajo un matiz de especial intensidad, por tratarse de una relación de duración continuada y más personal que otras de diferente naturaleza, que conlleva más ocasiones de exigencia y de trato correcto y leal entre los sujetos que han celebrado el contrato. Para Pacheco Zerga[489], la ejecución de cualquier contrato y en particular el de trabajo, exige una actitud de diálogo, de armonización de intereses, que sólo será viable en la medida en que se actúe con veracidad y lealtad, respetando al otro como si fuera otro yo. Y en este sentido, afirma, hubiera sido deseable que el ET, del mismo modo que establece como deber básico del trabajador "el cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia (art. 5.1 ET), hubiera establecido similar obligación para el empresario. Este

[486] GARCÍA NINET, José Ignacio y VICENTE PALACIO, Arantzazu, «Los derechos fundamentales como límite a las facultades organizativas del empresario (Libertad sindical y movilidad funcional). La tutela de la libertad de afiliación sindical: ¿La afiliación sindical como señuelo de mejoras profesionales o como causante de la degradación profesional?», *Aranzadi Social* n.º 5 (1999), pp. 669-696.

[487] PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, 1ª (Madrid: Thomson-Civitas, 2007).

[488] BAYÓN CHACÓN, Gaspar, *Manual de Derecho del Trabajo*, 9ª (Madrid: Pons, 1974).

[489] PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. *Cit*.

vacío ha sido cubierto por el art. 20.2 *in fine*, que al delimitar las facultades de dirección y control del empresario, concluye que "el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe", lo que en definitiva impone a las partes un comportamiento veraz, respetuoso, abierto al diálogo.

Este deber de buena fe se halla inequívocamente unido al respeto a la dignidad humana en el ámbito contractual. De acuerdo con Montoya Melgar[490], no cabe duda pues de que uno de los límites del poder de dirección del empresario/a es precisamente la consideración debida a la dignidad del trabajador/a. En este sentido, ya hemos visto que la STC 120/1990, de 27 de junio, ha declarado que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre[491].

Por otro lado, debemos preguntarnos por la consideración que en la jurisprudencia se manifiesta acerca del otro derecho en liza, cuando se trata del reconocimiento o ejercicio de los DCPL en el ámbito empresarial, esto es, la capacidad organizativa del empresario/a como una manifestación del derecho de libertad de empresa reconocido en el art. 38 CE. Baylos Grau y Pérez Rey han analizado este derecho, y manifiestan que "(…) a pesar de los esfuerzos doctrinales de dotar de un amplio contenido esencial a la libertad de empresa no puede perderse de vista la dificultad de este cometido advertido por el propio TC al relacionarlo con el derecho al trabajo del artículo 35 CE y el principio de Estado Social y Democrático de Derecho (STC 37/1987 (FJ 5) y STC 192/2003). Esto supone que en el ámbito organizativo, la libertad de empresa tiene que conciliarse con las exigencias derivadas del derecho al trabajo (art. 35 CE), la garantía pública del progreso social y económico (art. 40 CE), la función social que tiene la institución empresarial (arts. 38 y 128 CE) y la especial obligación que pesa sobre el poder público de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40 CE)" [492]. En este sentido, denuncian los autores que "la ofensiva doctrinal que se apoya en la libertad de empresa viene conscientemente a utilizar esta cláusula constitucional como un puro argumento retórico que quiere reforzar las

[490] MONTOYA MELGAR, Alfredo, «El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas». *Cit.*

[491] Así, a modo de ejemplo, la STC 192/2003, de 27 de octubre, declaró que "una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho".

[492] BAYLOS, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*. *Cit.*

tendencias dominantes en la jurisprudencia de unificación de doctrina del Tribunal Supremo –y a través de ella, la homogeneización de la interpretación judicial en todo el Estado- en un sentido degradatorio de las garantías del trabajador. Funciona por tanto como coartada de una cierta cultura autoritaria de las relaciones de trabajo ya asumida como decisión política por nuestra alta magistratura". En apoyo de esta crítica citan algunos fallos relevantes en materia de despido para los cuales "el control judicial previsto en la ley para determinar si las medidas adoptadas por la empresa para 'superar' las dificultades que impidan su buen funcionamiento se ha de limitar (…) a comprobar si tales medidas son plausibles o razonables en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajustan o no al estándar de conducta del 'buen comerciante"[493]. Este control débil de razonabilidad implica un amplio margen de maniobra para las respuestas empresariales a las circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción que podemos entender extendibles a las decisiones relacionadas con las solicitudes de DCPL. Si en el ámbito del despido, tal como ponen de manifiesto los autores, se confina la labor judicial a la mera comprobación de si es una respuesta razonable al problema que afecta a la empresa acudiendo para ello a los estándares de conducta que rigen en la vida económica, y con independencia de si existen medidas menos traumáticas para afrontar la situación y que también serían de adopción razonable por parte del empresariado[494], cuánto más lo será cuando se trate de solicitudes relacionadas con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral manifestadas, por ejemplo, en adaptaciones de horario o elecciones de distribución del tiempo de trabajo.

Para otros autores, empero, conciliación equivale inmediatamente a costes para el empresario/a. Así, Azagra Solano entiende que deberían instaurarse "mecanismos eficaces de compensación económica para el empresario que ve elevados sus costes de producción como consecuencia del ejercicio por sus trabajadores de derechos de conciliación como es el de reducción de jornada", teniendo por evidente que "uno de los riesgos del empresario es el de tener que pechar con los costes laborales impuestos por

[493] SSTS de 10 de mayo de 2006; 31 de mayo de 2006.

[494] Los autores ponen como ejemplos de esta doctrina los despidos en los que existen beneficios o por causa de decisiones de externalización: "en el terreno de la mera conveniencia empresarial como mecanismo dirigido a ahorrar costes y mejorar el servicio, sin constituir respuesta a un mal funcionamiento empresarial (…) Con ello se está en la práctica juridificando una serie de criterios económicos o de organización empresarial que, por definición, son relativos o cuestionables y que conllevan una opción del juzgador por una determinada interpretación de la realidad socio-económica". Esta interpretación, a juicio de Baylos y Pérez Rey, "carece de base legal y constitucional".

la legislación de trabajo, pero si esta legislación hace descargar sobre él gran parte de aquellos, sin arbitrar mecanismos de compensación, podemos asistir al fracaso de la finalidad pretendida por una normativa de contenido social totalmente necesaria" A ello añade el derivado de las "reestructuraciones organizativas que deben llevarse a cabo en relación con el resto de trabajadores a los que el ejercicio del derecho por parte de sus compañeros puede afectar", de modo que se vean perjudicados "de forma determinante el clima de trabajo y a la convivencia en el seno de la empresa" [495]. Esta postura doctrinal, representativa del ideario empresarial y su susceptibilidad hacia los derechos de conciliación -a los que de forma automática se adjudica toda clase de disfunciones en la empresa-, contrasta con el exceso de celo en lo relativo a los derechos del resto de trabajadores/as, cuya implicación inmediata conllevaría sin duda mayores presiones para quien solicitase la medida, en primer lugar, y también para sus compañeros/as. Mal camino resulta el de convertir los derechos de conciliación en un campo de batalla entre los propios trabajadores/as. Autores como Sempere Navarro[496] proponen, no obstante, una posible vía de solución a concretada en una suerte de "legitimación pasiva" en el proceso judicial para los afectados realmente por la medida conciliadora.

En cualquier caso no podemos perder de vista que en tales procesos se deben tener en cuenta -como ya avanzábamos- las distintas posibilidades probatorias de las partes. Siguiendo a García Ninet y Vicente Palacio[497], es oportuno recordar que la doctrina del TC sobre la alteración de la carga de la prueba en los supuestos de alegación y demostrada concurrencia de indicios racionales de violación de derechos fundamentales constituye una técnica instrumental tendente a garantizar al máximo la eficacia *erga omnes* de los derechos constitucionales, técnica o doctrina utilizada

[495] AZAGRA SOLANO, Miguel, «El conflicto de la conciliación de la vida laboral y familiar: especial atención a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor», *Revista Aranzadi Doctrinal* n.º 1 (marzo de 2010).

[496] SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, «Los trabajadores que no ejercen derechos específicos para conciliar vida familiar y laboral», *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 734/2007 (Tribuna), 2007.: "Por fuerza, (los) que no han ejercitado estos derechos acabarán estando afectadas en su actividad, en su organización horaria, secuencia de turnos, ritmo de trabajo, relaciones con el resto de empleados, etc. ¿Quién ha tenido en cuenta ese efecto colateral? ¿Quién ha defendido y representado sus intereses? Incluso es posible que se trate de dos personas con mayores problemas familiares y económicos que las otras y que, por eso mismo, ni siquiera puedan pensar en disminución alguna de jornada y retribuciones". El mismo autor conviene, sin embargo, en el hecho de que "toda limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores en virtud de los poderes empresariales ha de observarse restrictivamente" (*Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Cizur Menor (Navarra: Aranzadi, 2002).

[497] GARCÍA NINET, José Ignacio y VICENTE PALACIO, Arantzazu, «Los derechos fundamentales como límite a las facultades organizativas del empresario (Libertad sindical y movilidad funcional). La tutela de la libertad de afiliación sindical: ¿La afiliación sindical como señuelo de mejoras profesionales o como causante de la degradación profesional?». *Cit.*

tempranamente por el TC[498], tanto en asuntos relativos al ejercicio de facultades disciplinarias del empresario/a como en relación a otras materias de carácter no específicamente disciplinario sino de orden organizativo.

En el caso concreto de los procesos de discriminación por razón de sexo, la regulación de la carga de la prueba ha sido otro de los desarrollos de la doctrina del TJUE que tuvo su plasmación normativa en la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, que establecía la carga de la prueba en los casos de discriminación basada en el sexo y era aplicable sólo al ámbito laboral. En el año 2002 esta Directiva se refunde con todas las que estaban vigentes entonces sobre discriminación por razón de sexo en el ámbito del empleo y la ocupación (Directiva 2002/73/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002), y posteriormente en 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 y igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupa- ción, actualmente en vigor. Esta última deroga expresamente la Directiva 97/80/CE y recoge la carga de la prueba en el art. 19, apartado primero: "1. Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato".

Esta Directiva se transpuso a nuestro ordenamiento interno a través de la LOI 3/2007 que la recoge en su art. 13[499]. De su párrafo primero se desprende que el precepto no es de aplicación directa sino que requiere llevarlo a cabo "de acuerdo con las leyes procesales". Para ello, la LOI 3/2007, en su disposición adicional quinta, añade

[498] Vid. STC 38/1981, de 23 de noviembre. Con posterioridad a la misma, STC 47/1985, de 27 de marzo; STC 37/1986, de 20 de marzo; STC 114/1989, de 22 de junio; STC 21/1992, de 14 de febrero; STC 266/1993, de 20 de septiembre, entre muchas otras.

[499] El art. 13 de la LOI 3/2007 establece: "1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes. 2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales".

un nuevo apartado al art. 217 de la LEC con la misma redacción, y la disposición adicional sexta incorpora un nuevo apartado al art. 60 de la LRJCA en idéntico sentido.

Sin embargo, en la LOI 3/2007 no se incluye un precepto análogo para la entonces vigente LPL, a pesar de que los arts. 96 y 179.2 (y también los actuales 96[500] y 181.2[501] en la LRJS 36/2011) contienen reglas especiales sobre carga de la prueba, una técnica legislativa que ha sido criticada de forma unánime por la doctrina científica. No obstante, ello puede deberse al hecho de la LPL ya recogía desde el año 2003, por transposición de la Directiva 2000/78, la regla de la carga de la prueba en el art. 96, por discriminación por razón de sexo, y también por origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Así, el problema que se plantea con la LOI 3/2007 tiene que ver con el hecho de que la transposición establece, en principio, dos situaciones diferentes entre la legislación procesal laboral, y la que afecta a procesos civiles y administrativos. Así, mientras que el art. 96 de la LPL exige que la parte demandante aporte "indicios fundados de discriminación", el art. 13 LOI 3/2007 y que sería aplicable a en las normas procesales civiles y contenciosas, no alude a ningún "indicio fundado", sino que se refiere a que la parte demandante presente "alegaciones" que se fundamenten en actuaciones discriminatorias[502]. Cabe preguntarse entonces, si la LOI 3/2007 en su art. 13 recoge una regla de inversión "automática" de la carga de la prueba en sentido estricto, bastando con la alegación de discriminación por razón de sexo/género para

[500] El art. 96 sobre la carga de la prueba en casos de discriminación y en accidentes de trabajo dispone: "1. En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. 2. En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira" .

[501] El art. 181.2 dice: "En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad."

[502] Otras normas de derecho discriminatorio también hablan de "indicios fundados", como el art. 20 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en materia de discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual de las personas, en el art. 32 (por razón étnica o racial) y el art. 36 (en el trabajo).

trasladar a la contraparte la carga de probar que su conducta es conforme a derecho, o si por el contrario se limita a extender a la LEC y a la LRJCA la técnica de la prueba indiciaria que ya existía en el orden social, o si estamos ante una falta de técnica normativa que debe corregirse en la interpretación que de este precepto se haga en la práctica. No obstante, puede interpretarse igualmente una cierta intencionalidad por parte del legislador de aligerar más la carga de la prueba a favor de la parte actora.

Hay que partir de la base de que la exigencia de meras "alegaciones" a la parte actora no es acorde ni con el espíritu de la norma originaria europea cuya transposición se pretende, ni con la jurisprudencia europea, ni con la jurisprudencia constitucional[503]. Por otra parte, no tendría sentido establecer diferencias entre los diferentes ordenamientos, la discriminación puede plantearse en distintos órdenes de la vida de las personas, laboral, privada o en relación con la Administración pública, como tampoco tiene lógica que se requiera de la demandante, cuando el motivo discriminatorio sea otro distinto al sexo –discapacidad, raza- una mayor exigencia. Una interpretación sistematica nos llevaría a la conclusión de que el legislador no ha querido introducir un cambio en la flexibilización de la prueba en procesos antidiscriminatorios por razón de sexo, frente a otros motivos; ni tampoco introducir diferencias entre el proceso laboral y el civil y contencioso.

En todo caso no estamos ante una auténtica inversión de la carga de la prueba en sentido técnico o inversión automática, sino más bien una distribución de la carga de la prueba donde cabe hacer matizaciones sobre hasta dónde llega la carga probatoria de la parte actora. Así, el art. 13 de la LOI 3/2007, aplicado al ámbito procesal laboral -que alude a "indicios fundados"-, podría interpretarse de distinta forma. Para un sector minoritario de la doctrina, la parte demandante tiene que aportar indicios en sentido técnico, lo que le obliga a acreditar el hecho base de la presunción, siendo el juez el que, sobre ese hecho base, deducirá o no la discriminación. Sería, pues, necesario entrar en el ámbito de la plenitud probatoria más allá de toda duda razonable, acreditando tanto la existencia de un tratamiento diferenciado como la situación objetivamente diversa que

[503] La jurisprudencia constitucional sobre el principio de igualdad de trato en el ámbito laboral, por todas, la STC 38/1981, de 23 de noviembre, siempre ha admitido la flexibilización de la carga de la prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales del trabajador/a por las especiales dificultades probatorias de su vulneración, pero con la obligación de que la demandante traiga al proceso algunos indicios suficientes o un principio de prueba. Se trata de evitar alegaciones de discriminación totalmente in- fundada o actitudes temerarias.

esté relacionada con el sexo de la parte afectada. Sin embargo, la doctrina mayoritaria, con un planteamiento más flexible, considera que bastaría con un mero principio de prueba[504], un indicio razonable que no obliga a la parte a acreditar ningún hecho, sino sólo a infundir en el juez una sospecha racional de discriminación, aunque no bastaría únicamente con su alegación sino que deberá demostrar aquellos elementos de los que se desprenda la lesión de su derecho a la igualdad. En nuestra opinión esta segunda opción es la que debe seguirse en los supuestos en los que exista un trato discriminatorio por razón de sexo/género, ya que no debemos olvidar la especial dificultad probatoria que en muchas ocasiones se presenta con ocasión de la vulneración de un derecho fundamental.

Por ello se hace necesario que el demandado, a través de sus medios probatorios, genere en el juzgador la convicción efectiva de la ausencia de vulneración de los derechos fundamentales; entre ellos, la prueba acerca de la proporcionalidad de la medida en cuestión. Es decir, no solo que la medida es necesaria y adecuada, sino también proporcional en sentido estricto. Y es que a menudo se observa el "descuido" por parte de los órganos judiciales del examen acerca de la proporcionalidad de la medida. Hay que recordar que si la búsqueda de la igualdad material es uno de los principios inspiradores del Derecho del Trabajo, y puesto que la desigualdad de base se reproduce en el proceso, "al juez se le deberá instar para que asimismo se adentre en los cánones de proporcionalidad de la medida adoptada, porque de lo contrario, si no justificando, sí al menos estará contribuyendo a que en el proceso laboral sea más acusada la desigualdad -formal y material- que separa a las partes, porque la igualdad no es lo suficientemente velada"[505] . Como establece el art. 75 LRJS 36/2011, los órganos judiciales corregirán los actos que, al amparo del texto de una normal persigan un resultado contrario al previsto en la Constitución y en las leyes para el equilibrio procesal, la tutela judicial y la efectividad de las resoluciones. Y en el ordenamiento laboral se ha concedido al juez de lo social amplificadas facultades con el objeto de auxiliar al trabajador/a en su intervención procesal, preservar la legalidad, procurar la búsqueda de la verdad material, y evitar renuncias de derecho o aplicación de

[504] La STC 90/1997, de 6 de mayo, o la STC 17/2005, de 1 de febrero se refieren a la expresión principio de prueba, en línea de que se facilite judicialmente la prueba al demandante, si bien éste algo tiene que probar.

[505] TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, *Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004).

condiciones inferiores a las establecidas por la ley (STS 16 febrero 1992).

Por lo que respecta a la parte demandada, según el art. 13 ley 3/2007, le incumbe probar "la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad", idea que refleja el conflicto entre dos principios fundamentales: la libertad de empresa y el principio de igualdad de trato. Ello supone que la empresa debe demostrar los propósitos, los motivos que dan lugar a su actuación tachada de discriminatoria y contraria a derechos fundamentales. Para ello la medida adoptada deberá ser adecuada, necesaria y proporcional en la obtención del fin legítimo propuesto, de manera que no será proporcional si existiera otra medida alternativa que implicase una menor agresión en uno de los bienes jurídicos en conflicto. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminado toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (STC 90/1997 , de 6 de mayo, F.J. 5)".

Finalmente, y en cuanto a las particularidades procesales que afectan al ejercicio de estos derechos, señalan García Ninet y Vicente Palacio[506] que, pese a que el reconocimiento de la efectividad de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral por parte del TC lo fue tempranamente (STC 18/1984, de 7 de febrero), su protección no se articula de forma directa e inmediata a través del acceso al propio TC sino a través de los órganos de la jurisdicción ordinaria, quedando reservado el mecanismo del recurso de amparo para las violaciones mediatas.

Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico la interpretación jurisprudencial sobre la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, entre particulares, queda sustancialmente residenciada en los Tribunales ordinarios, cuya actuación, en general, como ha señalado la doctrina científica ha sido "extremadamente cautelosa a la hora de calificar la facultad disciplinaria empresarial como vulneradora de un derecho fundamental del trabajador, cautela que se transforma en oposición cuando lo que está en discusión son los poderes organizativos del empresario" [507].

[506] GARCÍA NINET, José Ignacio y VICENTE PALACIO, Arantzazu, «Los derechos fundamentales como límite a las facultades organizativas del empresario (Libertad sindical y movilidad funcional). La tutela de la libertad de afiliación sindical: ¿La afiliación sindical como señuelo de mejoras profesionales o como causante de la degradación profesional?» *Cit.*

[507] VALDÉS DAL-RE, Fernando, «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», en *Autoridad y democracia en la empresa*, (Auts. Aparicio Tovar, Joaquín y Baylos Grau, Antonio), 1ª (Madrid: Trotta, 1992), pp. 44-45.

Una mejor aproximación a la cuestión, no obstante, puede hacerse de la mano de la doctrina constitucional contenida en la STC 90/1997, de 6 de mayo: "Los equilibrios y limitaciones recíprocas que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo supone (...) que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos (...) desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (...), bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador (...). Pero además (...) el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivo de los derechos fundamentales del trabajador (...), ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (...)". Lo prohibido es en todo caso la objetiva lesión del derecho fundamental con independencia de la concurrencia de un eventual requisito subjetivo de orden teleológico cifrado en la voluntad empresarial de llegar a dicho resultado lesivo. Ante una acción empresarial -más incluso si tal facultad es discrecional, pues tal discrecionalidad puede servir de mecanismo de ocultación de la ilicitud del comportamiento lesivo- el juzgador/a únicamente debe valorar si a través de la misma se lesiona un derecho fundamental del trabajador/a con abstracción de si esa era la finalidad buscada por el empleador/a al adoptar dicha medida disciplinaria u organizativa.

A pesar de los criterios establecidos por la doctrina del TC y la jurisprudencia, la técnica de la ponderación sigue presentando claroscuros, máxime en aquellos casos como los conflictos en el ejercicio de los DCPL. Un ejemplo paradigmático sobre la casuística y la subjetividad a la que se encuentra sometida la técnica de la ponderación se encuentra en las SSTC 3/2007, de 15 de enero, 24/2011 y 26/2011, de 14 de marzo. Estas sentencias resultan de una importancia trascendental para entender numerosas cuestiones que analizamos en este trabajo, por lo que en el capítulo IV nos ocuparemos de ellas con mayor amplitud, en cuestiones como la naturaleza jurídica del derecho a la adaptación de jornada recogido en el art. 34.8 ET o la naturaleza de derechos fundamentales de los DCPL y su dimensión constitucional. Baste por el momento referirnos a ellas en lo relativo a un extremo de inequívoca relevancia, el de la ponderación que venimos tratando:

Y es que, como decimos, encontramos una primera divergencia en torno a la técnica de la ponderación en la propia STC 26/2011, dictada por la Sala 1ª del TC.

Para el voto particular discrepante, las resoluciones impugnadas realizaron la ponderación de manera correcta estimando que "la perspectiva de las cargas familiares y la efectiva posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral fue valorada (…), tomando en consideración aspectos e intereses legítimos que ya la doctrina de este Tribunal ha considerado que también es preciso valorar, como son las exigencias organizativas (por todas, STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 6) y la eventual repercusión de la decisión en las expectativas de conciliación familiar y laboral de los otros trabajadores"[508].

Sin embargo la Sentencia llega a una conclusión distinta, considerando que las resoluciones no realizaron una ponderación adecuada, otorgando en consecuencia el amparo, al entender que no es suficiente con atender al sistema y opciones de horario ofrecidas en general en el centro de trabajo, sino que se requiere efectuar una valoración más precisa y personalizada de las circunstancias del caso -número, edad y situación escolar de los hijos, situación laboral del otro progenitor, determinación de las dificultades organizativas concretas que podría generar la pretensión del trabajador y su gravedad, etc...-, con el fin de calibrar si los perjuicios que podría sufrir la empresa, y en su caso, el resto de trabajadores, justifican la denegación de la medida de conciliación o si, por el contrario, tales inconvenientes carecen de la suficiente importancia como para privar al trabajador de los beneficios que para la atención de las cargas familiares podría representar la adaptación de jornada solicitada. De esta forma, el TC reprocha a las resoluciones judiciales impugnadas en amparo su parquedad argumentativa desde el punto de vista de la protección constitucional de los derechos de conciliación del trabajador, debiendo haberse valorado sus circunstancias personales y

[508] En cuanto a la ponderación que hicieron los órganos judiciales, los pronunciamientos tuvieron en cuenta que, por una parte, en el centro de trabajo no existía un turno fijo de noche como el reclamado por el demandante, sino de turnos rotatorios de mañana, tarde y noche; por otra parte, que el trabajador había elegido libremente la adscripción al turno rotatorio, pudiendo haber elegido el turno fijo precisamente diseñado para permitir la compatibilización del trabajo con la atención a los hijos en edad escolar. En instancia se ponderó que así como la empresa contaba para la categoría del trabajador reclamante con turnos fijos, coincidentes con el horario escolar, no podía contar con un turno fijo de noche al tener la mayoría de los trabajadores interés en ocupar el mismo. De otro, por lo que respecta a las necesidades personales de conciliación del trabajador, en instancia también se ponderó que la empresa contaba con esa modalidad de turno fijo, precisamente, para facilitar a los trabajadores la satisfacción de dichas necesidades y que el trabajador demandante, aun pudiendo optar por el mismo, optó por los turnos rotatorios. En cuanto a las consideraciones de Derecho, se argumentó en estas sentencias que el vigente ordenamiento jurídico, y en especial tras la entrada en vigor de la Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, no reconoce el derecho de los trabajadores a elegir cambio de turno de trabajo por motivos familiares.

familiares, incluso, desde el punto de vista de la organización de la plantilla, debiera haberse atendido a si la empresa podía conceder el cambio de turno solicitado por el trabajador sin poner en serias dificultades organizativas su funcionamiento ordinario. "La reseñada fundamentación de las resoluciones judiciales impugnadas en amparo prescinde de toda ponderación de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación del trabajador recurrente pudiera tener su pretensión de desempeñar su jornada laboral en horario nocturno durante el curso 2007-2008 por motivos familiares, y, en su caso, las dificultades que esta pretensión del trabajador pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma" (FJ 6º). Como acertadamente indica García Rubio, la diferencia no reside tanto en los elementos a valorar, sino en el modo de realizar la ponderación[509].

Si analizamos el caso de la STC 24/2011, Sala 2ª, descendemos unos cuantos escalones en cuanto al ejercicio de la ponderación. Aquí el Tribunal considera que las resoluciones impugnadas sí habrían realizado "la ponderación constitucionalmente exigible del derecho fundamental que estaba en juego", valorando únicamente para ello que, en el pronunciamiento recurrido, el TSJ hiciera una mera mención abstracta tanto al criterio judicial sobre la necesidad de ponderar los intereses enfrentados, como también de la doctrina sentada por la STC 3/2007[510]. Como afirma Montoya Medina, la STC 24/2011 valora el ejercicio de ponderación de los órganos judiciales por puras razones de congruencia con lo solicitado por la trabajadora en amparo (vulneración de la tutela judicial efectiva 24.1 CE) pero lo cierto es que "la STC 26/2011 parece ser mucho más exigente con la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales recurridas de lo que lo fue la STC 24/2011 cuando fue este concreto aspecto el determinante en ambos pronunciamientos para la concesión o desestimación del amparo solicitado"[511]. Por el contrario, para el Ministerio Fiscal -que comienza diciendo que el

[509] GARCÍA RUBIO, Mª Amparo, «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada», *Relaciones Laborales* Nº 13, Comentarios de jurisprudencia, julio de 2011, pp. 1-30.

[510] Dando por bueno el ejercicio de ponderación de los derechos fundamentales en juego, sin embargo, de forma contradictoria, considera que no cabe trasladar la doctrina de la STC 3/2007 al caso por sus diferencias ya que ésta resolvía sobre un derecho del art. 357.5 ET y en este caso se estaba resolviendo sobre el art. 34.8 ET, que no es un derecho y no resulta plenamente exigible de ahí que no cabe trasladar al caso la doctrina de la STC 3/2007, sumándose a la solución ofrecida por el TS en sus STS 13 y 18 de junio de 2008. Nos preguntamos por qué, si para el TC no estábamos ante un derecho exigible, y menos aun de dimensión constitucional, se analizó si hubo o no ponderación.

[511] MONTOYA MEDINA, David, «Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar (Comentario a las STC 24 y 26/2011)», *Revista Aranzadi Social*, n.º 4 (2011).

caso planteado posee una reseñable similitud con el resuelto en la STC 3/2007, en el que también se adujo que la interpretación judicial había ocasionado una discriminación indirecta por razón de sexo-, ninguna de las resoluciones judiciales contiene una concreta ponderación del derecho fundamental a la no discriminación, ya que no se llegan a plantear la cuestión de si denegar a la trabajadora la adaptación de jornada solicitada constituye o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. En consecuencia, no se habría valorado –conforme a lo establecido en la STC 3/2007– la dimensión constitucional *ex* art. 14 CE, dejando sin la tutela debida el derecho fundamental invocado.

De esta forma, mientras las STC 3/2007 y STC 26/2011 exigen una valoración rigurosa de las circunstancias del caso concreto, ponderando la repercusión que la pretensión de los solicitantes en sus derechos fundamentales, concretamente tanto a efectos de posibilitar el respeto al derecho a la no discriminación sexo/género así como la protección integral de la familia, como por otra parte también en relación al funcionamiento de la organización empresarial, "la STC 24/2011 da por buena una *ponderación* de mucho menor alcance, limitada a hacer una invocación abstracta de los intereses en juego a valorar, pero sin descender al análisis concreto y particular de las circunstancias personales y empresariales concurrentes en el caso, y por tanto, sin examinar la proporcionalidad entre los perjuicios que la pretensión puede conllevar para la empresa y los perjuicios que su denegación puede acarrear para la trabajadora, tanto respecto al cuidado de su familia, como en relación al riesgo de discriminación indirecta para las mujeres que podría derivar de una lectura restrictiva de la norma"[512].

Y es que lo cierto es que tal y como señala García Amado, lo que deben ponderarse son los derechos a la vista de las circunstancias, no las propias circunstancias, "en el cajón de sastre de la dichosa ponderación entra todo y uno ya no sabe si se ponderan las circunstancias, se ponderan los derechos (¿existe un derecho al "funcionamiento regular de la empresa"?) o qué"[513]. Para el autor el método de la ponderación y su atención preferente a las circunstancias del caso "llevan la situación de

[512] GARCÍA RUBIO, Mª Amparo, «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada». *Cit.*

[513] En este sentido, ver los comentarios de GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «Discriminaciones indirectas y equívocos derechos (A propósito de la STC 3/2007, de 15 de enero, y del ATC 200/2007 de 27 de marzo)», *Diario La Ley*, n.º 6748, Sección Doctrina, 3 Jul. 2007, Año XXVIII, Ref. D-155.

los derechos a un permanente estado de excepción: en cualquier momento se puede hacer una excepción a su régimen legal y general en nombre de la justicia del caso concreto (…) De la eficacia directa de la Constitución, que fue un hito muy positivo, se está pasando a la eficacia única de la Constitución, con su secuela de decisiones *contra legem* en nombre de cualesquiera derechos y principios, pero siempre en detrimento de otros tres principios constitucionales, al menos: seguridad jurídica, legalidad y soberanía popular"[514].

Lo cierto es que sobre la racionalidad o irracionalidad de la técnica de la ponderación, la doctrina científica no parece llegar a un acuerdo. Algunos autores[515], siguiendo la tesis principal de Robert Alexy -los derechos fundamentales son principios y los principios son mandatos de optimización-, consideran que ésta puede utilizarse como base para la construcción de una teoría adecuada de los derechos fundamentales en la CE, a la vez que existe una relación de implicación necesaria entre la definición de los derechos fundamentales como principios y como mandatos de optimización, y el principio de proporcionalidad, aplicado por el TC desde la STC 66/1995, de 8 de mayo, recepcionando así la teoría de los principios en España.

Sin embargo, siguiendo a Bernal Pulido[516], otros autores –entre los que se encuentra García Amado[517]- han planteado una serie de objeciones a esta teoría que a su entender legitima un inapropiado activismo judicial. Muy resumidamente, las argumentaciones se basan en los siguientes razonamientos:

-La "irracionalidad" de la ponderación en la aplicación de los derechos fundamentales mediante el principio de proporcionalidad para la búsqueda de la solución de colisiones entre derechos fundamentales.

-La teoría de los principios socava la democracia y el Estado de Derecho: si la ponderación es irracional, entonces el Alto Tribunal no tiene legitimidad constitucional para ponderar. Si, a pesar de ello, el Tribunal adopta decisiones

[514] Ibid.

[515] Entre otros: ATIENZA, RUIZ MANERO, GARCÍA FIGUEROA, GASCÓN ABELLÁN, MEDINA GUERRERO, PRIETO SANCHÍS, BERNAL PULIDO.

[516] BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007).

[517] GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «Discriminaciones indirectas y equívocos derechos (A propósito de la STC 3/2007, de 15 de enero, y del ATC 200/2007 de 27 de marzo)». *Cit.*

mediante la ponderación, interviene entonces ilegítimamente en las competencias que la Constitución confiere a otros poderes del Estado.

-La teoría de los principios como un tipo de formalismo constitucional implica desconocer la indeterminación de los enunciados de los derechos fundamentales y soslayar la discrecionalidad del juez constitucional.

Así pues autores como García Amado[518] sostienen que la ponderación, como método, no tiene autonomía, pues su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales que vengan al caso. Para el autor, cuando los tribunales constitucionales dicen que ponderan siguen aplicando el tradicional método interpretativo/subjuntivo, pero cambiando en parte la terminología y con menor rigor argumentativo, pues dejan de argumentar sobre lo que verdaderamente guía sus decisiones: las razones y valoraciones que determinan sus elecciones interpretativas. Ello implica que no hay diferencias cualitativas y metodológicamente relevantes entre reglas y principios, y decisiones de casos constitucionales y casos de legislación ordinaria. A su vez, ello supondría que todo caso, tanto de legalidad ordinaria como constitucional, puede ser presentado, decidido y fundamentado como caso de conflicto entre principios (incluso constitucionales) o de subsunción bajo reglas. El autor, pone de relieve que los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto carecen de autonomía operativa y son, al menos en cierto sentido, triviales o prescindibles, pues las magnitudes sobre las que se aplican o el resultado de su aplicación está decisivamente condicionado por las interpretaciones previas que de las normas que vengan al caso haya hecho el Tribunal, y, con ello, por las contingentes valoraciones o preferencias del Tribunal. En otras palabras, un tanto simplificadoras: es la conciencia valorativa del Tribunal, su ideología, lo que determina tanto qué es lo que en concreto se ha de pesar, de poner en cada platillo de la balanza, como el resultado de ese pesaje o ponderación.

Por el contrario, Bernal Pulido sostiene que la teoría de los principios puede imponerse frente a todas estas objeciones. Para ello aporta argumentos tanto a favor de la racionalidad de la ponderación: "la ponderación es un tipo racional de pensamiento, bien conocido y utilizado en diversas áreas de la reflexión humana, que no conduce a una jurisprudencia *ad hoc"*, como en cuanto a las objeciones concernientes al

[518] GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica», en *Derechos sociales y ponderación*, 2ª (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), pp. 249-331.

formalismo constitucional en que supuestamente incurre la teoría de los principios. Aunque "es innegable que los derechos fundamentales representan una institucionalización en el sistema jurídico de los valores de la teleología o de los principios que aparecen en la moral en forma de derechos humanos (…) la teoría de los principios no defiende la tesis de que dentro de los márgenes semánticos de los derechos fundamentales existe una Constitución plena, coherente y determinada, ni que ella prescribe una respuesta correcta para cada caso. Una parte importante de la teoría de los principios es la dogmática de los márgenes de acción"[519].

En todo caso, lo cierto es que la ponderación, como afirma Fernández Avilés, es "una técnica aplicativa muy flexible, con un potencial adaptativo para la búsqueda de la justicia en el caso concreto, pero que dificulta la extracción de reglas generales. Es por ello que plantea problemas desde la perspectiva del control de su ejercicio, es decir, la existencia de estándares objetivos para medir la corrección de las ponderaciones. Todo al final remite a una *lógica argumentativa* y del caso concreto. Ello explica que haya dado lugar a una jurisprudencia constitucional –y ordinaria- acentuadamente *casuística*"[520]. Aunque la ponderación de los derechos fundamentales en juego en el seno de la relación es una operación compleja y potencialmente polémica Sanguineti Raymond[521], en la búsqueda del equilibrio flexible entre principios constitucionales, llega a la conclusión de que la limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores/as sólo puede producirse en casos excepcionales en los que resulte claro que se les ocasiona un daño inferior al que sufriría el empleador/a, o se encuentra en juego la operatividad del contrato de trabajo o la tutela de algún otro bien garantizado por la CE. Incluso se promueve la acomodación del marco contractual al ejercicio por los trabajadores/as de esos derechos cuando no se deriven de ésta perjuicios extraordinarios para el empleador. Pero a su vez, impide que la libertad de empresa se vea sacrificada cada vez que se exija de ella un sacrificio desproporcionado y hace posible que se le atribuya incluso prioridad siempre que su garantía demande una

[519] BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. *Cit.*

[520] FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, «Constitución, derechos sociales y tutela del trabajador», en *31 Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (Constitución Española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico, Cádiz, 2012).

[521] SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, «Derechos de la persona del trabajador y libertad de empresa en la era del equilibrio flexible entre principios constitucionales», en *Derechos y Libertades en la Sociedad Actual*, (Dir. Figueruelo Burrieza, Ángela, Coord. León Alonso, Marta) (Granada: Comares, 2014).

restricción menor del derecho fundamental del trabajador/a.

Debemos asimismo mencionar otro factor problemático que interviene en la labor de ponderación en el ejercicio de los DCPL, el principio de buena fe contractual. Como ha estudiado López Tamés en el análisis de la jurisprudencia ordinaria, los tribunales, en el ejercicio de la ponderación, tutelaron los intereses constitucionales comprometidos en la solicitud de un DCPL siempre y cuando éste no albergue una pretensión basada en la mala fe o en el abuso de derecho, y tampoco motive un perjuicio desproporcionado a la empresa, obligado a un ejercicio excesivo de *ius variandi* en la reorganización de sus elementos productivos[522]. Sin embargo, y, aunque el principio de la buena fe contractual se constituye en uno de los límites al ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores/as y se ha considerado por la doctrina constitucional como una de las herramientas a utilizar en la técnica de la ponderación, son varias las problemáticas que se derivan de la observación de este principio. Por una parte, como ha indicado Fernández Avilés, "determinar a priori la frontera entre la normalidad y el exceso en el ejercicio de los derechos fundamentales en el seno de la relación de trabajo es algo imposible, y especialmente polémica en el caso de los derechos fundamentales "inespecíficos"[523]. Por otro lado, como señala Ojeda Avilés**,** la intervención de la buena fe en el juicio de ponderación "adolece de una honda fractura, puesto que ésta pertenece al vínculo contractual, no se encuentra en la esfera del bloque de constitucionalidad. Al manifestar el TC su fascinación por la mala fe, la deslealtad o el *animus nocendi*, como límites a la ciudadanía en la empresa, reconoce su supeditación a unos elementos contractuales ajenos a la CE (a menos que otorguemos un valor implícito constitucional al titulo preliminar del Código Civil). El límite valido no es la mala fe sino la presencia de otro derecho fundamental contrastable, sin el cual el titular podrá disfrutar de la intimidad, la dignidad, la opinión o la expresión que desee"[524]. En consecuencia, considera que las pautas centrales en la ponderación de los intereses en presencia, deberían ser proporcionalidad y equilibrio en lugar de la buena fe, que pertenece al terreno contractual**,** puesto que "el abuso de los derechos fundamentales es una figura

[522] LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, Rubén, «Alcance y aplicación de algunas cuestiones sobre vida laboral y familiar en la doctrina de los Tribunales Superiores», *Aranzadi Social*, n.º 19/2011 (Estudio).

[523] FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, «Constitución, derechos sociales y tutela del trabajador». *Cit.*

[524] OJEDA AVILÉS, Antonio, «Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad pesonal en la empresa», *Revista de Derecho Social*, n.º 35 (2006), pp. 11-33.

que no se encuentra en la Constitución (…) Hay que pasar desde el principio de proporcionalidad al de criterios específicos, saltándose el paso de la buena fe, algo que comienza a dar buenos resultados en buena parte de los derechos fundamentales por lo que debemos confiar en que el TC cierre el círculo al alumbrar los que faltan"[525]. Resumiendo, ante la pregunta sobre cómo hacer más previsible, estructurada y con un nivel más aceptable de seguridad jurídica la resolución de los litigios relativos a los derechos fundamentales del trabajador/a en la relación laboral, como afirma Goñi Sein, "la solución pasa probablemente por abandonar la exclusiva perspectiva del principio de proporcionalidad, o dicho de otra manera, por que la interpretación constitucional no esté basada exclusivamente en este principio constitucional, sino en otras bases normativas, más estables y predecibles"[526]. En este sentido no cabe duda de que el reconocimiento constitucional del derecho a la conciliación, así como el refuerzo normativo de los DCPL desde su verdadera dimensión, facilitarían la labor judicial de ponderación de los derechos fundamentales en juego.

De las distintas posturas doctrinales que hemos expuesto, junto con las propias divergencias internas del TC, parece desprenderse que la técnica de la ponderación se halla irremediablemente destinada a sufrir los avatares de la subjetividad. Subjetividad del juzgador/a o tribunal, y también de los intérpretes y estudiosos de las decisiones judiciales. Sin embargo nos resistimos a aceptar que esto deba ser así, en la medida en que nunca podemos perder de vista que, en último término, se trata de dirimir conflictos entre derechos fundamentales de la ciudadanía. De ahí que a nuestro entender la solución –si no definitiva, al menos paliativa- ha de venir de la mano de la intervención del poder público por la vía normativa, la vía del derecho, que es a fin de cuentas la indudablemente racional y aceptable en una sociedad democrática. No será la ponderación la cuestión de mayor dificultad a la que deba enfrentarse el legislador.

Esto no supone en modo alguno obviar las dificultades de la técnica, la primera de las cuales es su condicionamiento por la casuística; pero tampoco ha de conducir a la renuncia de la tarea normativa a favor del exclusivo criterio particularizado del juzgador/a. Sería posible, a nuestro entender, desarrollar el principio de proporcionalidad legislativamente, recogiendo la amplia doctrinal constitucional al

[525] Ibid.

[526] GOÑI SEIN, José Luis, «La compleja coexistencia de derechos fundamentales y libertades en la relación de trabajo», Fundación 1º de Mayo nº 32 (2010).

respecto, y dando un paso más a favor de una mayor certeza y previsibilidad de las decisiones, en vez de residenciar la justicia en la mera posibilidad de que la parte perjudicada interponga un recurso cuando según su entender la sentencia haya vulnerado los criterios jurisprudenciales –como vemos, variables en su grado de exigencia- relativos a la ponderación. En el concreto ámbito de la conciliación no sería necesario, para articularlo de ese modo, tomar partido por unos u otros derechos de forma apriorística, sino establecer una serie de parámetros interpretativos que, partiendo de las circunstancias del caso, y de acuerdo a la jurisprudencia constitucional sobre las limitaciones de los derechos fundamentales, permitan al órgano judicial resolver el conflicto con mayor apoyo en las reglas, y menor en la apreciación personal. Los hechos serían pues un presupuesto sobre el que aplicar ese sistema hermenéutico.

De una u otra manera, empero, la conclusión es clara en relación con lo que venimos tratando en este apartado: frente a las inercias legislativas que, especialmente en tiempos de crisis económica, inciden en el profundo desequilibrio existente entre las dos posiciones encontradas dentro de la relación laboral, la de trabajador/a y empresario/a, la protección de los derechos fundamentales dentro de dicho contexto aparece como una vía de solución para que el ejercicio de derechos como los de conciliación de la vida personal y laboral pueda ser real y efectivo. Más allá de la afinación de una técnica jurisprudencial como la ponderativa, no cabe duda de que sólo a través de la toma en cuenta de esa dimensión de derechos fundamentales será posible compensar los desajustes que las crecientes demandas de flexibilidad empresarial están provocando en aspectos sustanciales de la existencia de los trabajadores/as. En un ordenamiento jurídico como el nuestro, donde la incorporación de herramientas como la "flexiseguridad" se hace desnaturalizando el propio concepto, la propia dimensión constitucional de los DCPL constituye un mecanismo reequilibrador que viene a compensar las carencias y silencios legislativos. Con ello apuntamos ya a los razonamientos que desarrollaremos en los capítulos posteriores relativos a los derechos de conciliación de segunda generación. Y con ello, asimismo, hacemos una llamada a lo que defendíamos que debía ser el contenido del Derecho del Trabajo en el siglo XXI: aquella disciplina jurídica que, en el ámbito cada vez más diverso de la relación laboral, se ocupa de que las partes implicadas en la misma mantengan en todo momento la condición ciudadana que, desde nuestra norma constitucional, se les asigna a través de una serie de derechos presentes en cualquier circunstancia vital.

En definitiva, a lo largo del presente capítulo hemos completado el análisis que habíamos iniciado en el primero en torno al amplio contexto necesario para entender el nacimiento y desarrollo de los DCPL. Partimos de su marco teórico y normativo, y lo sometimos a contraste con la "cruda realidad" de los datos. A la vista de estos, hemos estudiado las claves legislativas que han contribuido a hacerlos posibles, así como la realidad subyacente que reflejan, y nos planteamos, de la mano de las voces autorizadas de quienes nos han precedido en la tarea, las posibles vías de salida de la larga inercia histórica que en aspectos como la ordenación del tiempo de vida y trabajo, el reparto de tareas laborales y de cuidado y, en general, la asunción de roles sociales diferenciados, han determinado que la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito del trabajo continúe siendo un objetivo a alcanzar después de siglos de esfuerzos individuales y colectivos. Unas salidas que pueden verse truncadas por las amplias capacidades con las que, en contraste, cuenta la otra parte de la relación laboral, el empresariado, y que precisarán de la toma en consideración de la naturaleza jurídica de derechos fundamentales que está en juego en su ejercicio. Todo ello, a su vez, enmarcado en una crisis sin precedentes de la herramienta llamada principalmente a promover el cambio: el Derecho del Trabajo. Consideramos que este camino nos ha proporcionado el bagaje necesario para abordar, en el capítulo siguiente, la articulación de los nuevos derechos de conciliación de la vida personal y laboral en el ordenamiento jurídico español tras la LOI 3/2007: su contenido y alcance, el enfoque que los alienta, su régimen sustantivo y procesal y el grado en que la negociación colectiva puede contribuir a hacerlos efectivos. Aspectos que ya no podremos entender aisladamente, de manera similar al estudio que podría hacerse de cualquier otra normativa con rasgos técnicos o especializados: en cada uno de ellos resonarán siempre los ecos (la desigualdad entre géneros, la división sexual del trabajo, el factor tiempo, los discursos ideológicos que sustentan la normativa, la ponderación entre derechos…) de lo que hemos ido estudiando hasta ahora. Y es que cuando hablamos de DCPL, insistimos, hacemos necesaria referencia a cuestiones estrechamente relacionadas con la vida personal y laboral de la ciudadanía en unas condiciones de dignidad e igualdad que se plantean como una conquista social cuya permanente amenaza la hace aún más perentoria.

CAPÍTULO III: LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN TRAS LA LOI 3/2007

1. DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE "SEGUNDA GENERACION"

1.1. Nuevos derechos en las relaciones laborales para toda la ciudadanía

A lo largo del capítulo I hemos estudiado tanto la evolución normativa de los DCPL -como una de las manifestaciones principales del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo- como, desde un análisis teórico iusfeminista, los aspectos conflictivos que en relación con la lucha frente a la discriminación estructural por razón de sexo/género han presentado el diseño las políticas de conciliación. Y así, entre otras cuestiones, se ha puesto de manifiesto la ineficacia del planteamiento tradicional de ciertas políticas de igualdad de género –entre las que podemos incluir las de los DCPL-, formuladas principalmente como medidas de acción positiva destinadas a "favorecer" al sexo femenino en su doble jornada laboral.

Aunque el legislador va acogiendo en nuestro ordenamiento -a tenor la importancia creciente de los DCPL en la UE- toda una serie de medidas legales, sobretodo dentro del ámbito del Derecho del Trabajo, destinadas a que los trabajadores/as puedan compatibilizar mejor su vida personal, familiar y laboral, no es hasta el año 2007- con la aprobación de la LOI 3/2007 cuando estas medidas -adelantándose incluso en algunos aspectos al derecho de la UE- se proponen expresamente implicar a ambos sexos de una forma más igualitaria, y por tanto con el objetivo final de remover la discriminación estructural por razón de sexo/género. De ahí que cuando hablamos de una segunda generación de DCPL nos refiramos a esta nueva concepción introducida por la LOI 3/2007, que pretende recuperar la inicial conexión de la conciliación con la igualdad de género.

El legislador se servirá para ello, en primer lugar, del enfoque de la corresponsabilidad en el diseño de las diferentes políticas de conciliación promoviendo

así el reparto de responsabilidades en el ámbito privado. Por otra parte, se hace una primera aproximación a la configuración de los DCPL como derechos "presenciales", es decir, derechos que permitan a los trabajadores/as conciliar conservando el trabajo, frente a la configuración tradicional de los DCPL como derechos de "ausencia". En este sentido se introduce en la LOI 3/2007 el derecho a la adaptación y distribución de la jornada con esta finalidad. Por último, la mención expresa del legislador a la vida personal tratará de ampliar el ámbito de actuación de estos derechos más allá de las situaciones estrictamente familiares, a otras facetas de la vida que también son importantes para el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de la ciudadanía en la empresa.

Así pues, en la evolución normativa de los DCPL en nuestro ordenamiento podemos distinguir entre una primera etapa o "derechos de conciliación de primera generación", y una segunda etapa que se inicia con la LOI 3/2007 donde surgen estos nuevos "derechos de conciliación de segunda generación".

Durante la etapa inicial encontrábamos una serie de derechos que, sin denominarse expresamente DCPL, se caracterizaban básicamente por su exclusiva protección hacia la situación de embarazo y maternidad de la mujer trabajadora. En este sentido tenemos por ejemplo la Ley 3/1989**,** de 3 de marzo, que amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y establece medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, o la Ley 4/1995 reguladora del permiso parental y por maternidad. En una segunda fase de esta primera etapa, que podemos fijar en la aprobación de la LCVFL 39/1999, los derechos de conciliación -nombrados ya como tales en la norma-, amplían su ámbito de protección no sólo a la maternidad sino a otras situaciones destinadas principalmente a facilitar y mantener a la mujer trabajadora en su puesto de trabajo, además de un primer intento de implicar al varón en sus responsabilidades familiares[527]. Este permiso de maternidad transferible al padre, como medida para promover la corresponsabilidad del varón puede comprobarse, a tenor de

[527] Así la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999 destaca: "la incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo. Este hecho hace necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada". Para ello la ley facilita a los hombres el acceso al cuidado del hijo desde el momento de su nacimiento o de su incorporación a la familia, concediendo a la mujer la opción de que sea el padre el que disfrute hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad, permitiendo además que lo disfrute simultáneamente con la madre y ampliándose el permiso de maternidad en dos semanas más por cada hijo en el caso de parto múltiple.

las estadísticas, como un fracaso de la norma[528]. No obstante, la LCVFL 39/1999 avanza en el desarrollo de los DCPL,[529] si bien siempre desde un enfoque que no pretende alterar los roles tradicionales de género.

Estos derechos se caracterizan principalmente por la potenciación del trabajo a tiempo parcial o las excedencias como fórmulas para facilitar la conciliación. Son derechos de ausencia o semiausencia al trabajo lo que resulta en cierto modo incompatible con la idea de conciliar o compatibilizar vida personal con vida laboral. El enfoque legal adoptado implica básicamente reducir el tiempo de trabajo, lo que indirectamente equivale a prescindir del salario femenino, que estadísticamente suele ser inferior al del hombre. No existe por tanto en estos derechos enfoque alguno hacia la igualdad de género, ya que en ningún momento se cuestiona que el cuidado deje de ser algo exclusivamente femenino. Así lo afirman autoras como Ballester Pastor cuando sostienen que la LCVF 39/1999 no fue importante "como instrumento para un cambio

[528] Según estadísticas del Ministerio de Empleo y S.Social. Disponible en: http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/Maternidad/index.htm.
Durante los periodos 2014-2015:
En 2014 de un total de 281.151 prestaciones de maternidad, sólo 4.912 fueron procesos percibidos por el padre (1,74%)
En 2015 de un total de 278.389 prestaciones de maternidad, sólo 5.208 fueron procesos percibidos por el padre (1,87%). Consultado el 10-02-2016.

[529] Se introducen otras medidas como:
-Se hacen concordar los permisos o ausencias retribuidas con la Directiva 96/34/CE, previendo la ausencia del trabajador en los supuestos de accidente y de hospitalización, al mismo tiempo que se flexibiliza el derecho al permiso de lactancia.
-Se amplía el derecho a la reducción de jornada y excedencia a los trabajadores que tengan que ocuparse de personas mayores y enfermas, en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población.
-Se introducen importantes modificaciones en la regulación de los permisos por adopción y acogimiento permanente y preadoptivo sin hacer distinción en la edad de los menores que generan este derecho, siempre que se trate de menores de seis años.
-Se establece la aplicación de la reducción de la jornada o excedencia para atender al cuidado de familiares que por razón de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida, configurándose este derecho como individual de los trabajadores.
-Se declara expresamente nula la decisión extintiva o el despido motivado, entre otros, por el embarazo, la solicitud o disfrute de los permisos por maternidad, paternidad, o cuidado de familiares o el despido de los trabajadores con contrato de trabajo suspendido, salvo que se demuestre su procedencia por causa ajena a la discriminación.
-Se amplían los supuestos que no pueden computarse como faltas de asistencia a efectos de extinción del contrato de trabajo por absentismo laboral. Incluyéndose entre ellos el riesgo durante el embarazo, las enfermedades causadas por el mismo, el parto y la lactancia.
-Se introduce un procedimiento urgente y de tramitación preferente para garantizar el ejercicio libre de estos derechos y su resolución en caso de discrepancia.
-Se prevee que en los supuestos de maternidad en los que, por motivos de salud de la madre o del feto, se hace necesario un cambio de puesto de trabajo o función y este cambio no sea posible, se declare a la interesada en situación de riesgo durante el embarazo con protección de la Seguridad Social.
-Se crea una nueva prestación dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, la de riesgo durante el embarazo, con la finalidad de proteger la salud de la mujer trabajadora embarazada.
-Se prevéen reducciones en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, siempre que se contrate interinamente a desempleados para sustituir al trabajador o trabajadora durante los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento.
-Se introducen las correspondientes modificaciones en las leyes reguladores de la Función Pública, con el objeto de adaptar el contenido de la Ley a los colectivos comprendidos en su ámbito de aplicación.

efectivo en la regulación de las relaciones entre trabajo y familia independientemente del valor puntual que tuvieron los ajustes que llevó a cabo. Perpetuaba modelos familiares tradicionales y obviaba cualquier intento por alterar el reparto de responsabilidades. Adicionalmente renunciaba a otorgar a la cuestión del cuidado una perspectiva extensiva, limitando su actuación a los temas tradicionales. Asimismo, bajo una apariencia de neutralidad dirigida presumiblemente a no impedir la asunción masculina de las responsabilidades domésticas y familiares, olvidaba las repercusiones de género que tienen las cuestiones del cuidado en *relación con el trabajo.* Por supuesto tampoco aplicaba una visión extensiva respetuosa con las repercusiones que el devenir del trabajo pudiera ocasionar en determinados trabajadores con responsabilidades familiares"[530].

Por lo tanto, en la última década del siglo XX, el derecho continúa aún sin ofrecer medidas que modifiquen el sistema de reparto del trabajo doméstico y de cuidado, que sigue caracterizado por la desigualdad y prácticamente instituye la doble jornada para las mujeres. A su vez, y como hemos visto en el capítulo II, desde la reforma laboral de 1994 se inicia el largo camino de ir otorgando una mayor flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo al empresariado, lo que supone un progresivo endurecimiento de las condiciones de trabajo que hacen que cada vez sea más complicado compatibilizar el tiempo de trabajo con el tiempo de vida.

A grandes rasgos estas podrían ser las circunstancias que, como reacción a la situación de desigualdad de la mujer tanto en el trabajo como en el hogar, así como frente al proceso de flexibilización laboral y la percepción cada vez más clara de que la disposición sobre el tiempo de vida aparece ligada a la dignidad de la persona y su crecimiento individual[531], provocan que empiecen a demandarse respuestas jurídicas que permitan superar tales dificultades.

---

[530] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad», *Cit.* pp. 31.

[531] Así, el TC, en su sentencia 192/2003 de 27 de octubre, a propósito del desarrollo por parte del trabajador de otra actividad en su periodo de vacaciones señala: "La concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente. Una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho y, para lo que importa ahora, la cláusula legal de la buena fe".

Así pues, en una segunda etapa que comenzará con la aprobación de la LOI 3/2007, se instaura una diferente concepción de los DCPL, entendiéndolos el legislador como un componente fundamental de la igualdad de género y de la calidad de vida de toda la ciudadanía aunque, según veremos a lo largo de este capítulo, los nuevos DCPL no estarán exentos de problemas en su aplicación y ejercicio.

En primer lugar, la LOI 3/2007 introduce en su artículo 44[532] "los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral". El artículo se encuentra comprendido dentro del Título IV dedicado al trabajo en igualdad de oportunidades, título que contiene una serie de medidas tendentes a garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso al empleo, en la formación y promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo y anuncia que los DCPL han de fomentar la asunción equilibrada de responsabilidades evitando cualquier discriminación basada en su ejercicio. Ya en su Exposición de Motivos, la norma apunta expresamente al nuevo permiso de paternidad como la medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, permiso que trata de abrir camino dentro de lo que en el nuevo modelo de orden social se denominará como "corresponsabilidad". A su vez, el artículo 14.8 de la LOI 3/2007 establece como uno de los criterios generales de actuación de los poderes públicos el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia. Es decir, no se trata simplemente de articular medidas que permitan a las mujeres conciliar, sino de poner los cimientos para un nuevo modelo de organización social en el que hombres y mujeres compartan las responsabilidades del ámbito privado al igual que han empezado a compartir las del público.

[532] CAPÍTULO II. Igualdad y conciliación
Artículo 44. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral
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.
2. El permiso y la prestación por maternidad se concederán en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.
3. Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.

De forma pormenorizada y siguiendo a Aguilera Izquierdo[533], las reformas introducidas por la LOI 3/2007 en materia de conciliación responden, a las siguientes líneas básicas:

- Se potencia la participación del padre en el cuidado de los hijos a través, entre otras medidas, de la creación del derecho a un permiso y una prestación por paternidad.
- Se sustituyen las referencias que las distintas medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral hacían al "padre" por referencias al "otro progenitor", para incluir la nueva posibilidad de matrimonios de personas del mismo sexo.
- Se pretende ampliar las situaciones o los sujetos protegidos por los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
- Se flexibiliza la regulación legal de varios de los "derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral", como por ejemplo la reducción de jornada, el permiso por lactancia o la excedencia, con el fin de que los trabajadores puedan adaptar el disfrute de los mismos a sus necesidades familiares, y con la misma intención se reconoce el derecho a la adaptabilidad de la duración y distribución de la jornada de trabajo.
- Se recoge en la normativa legal la jurisprudencia más significativa sobre la materia, con el fin de crear una situación de mayor seguridad jurídica en el ejercicio de las distintas figuras que componen los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
- Se adoptan medidas que tratan de reforzar la protección de la salud de las trabajadoras embarazadas y ampliar dicha protección durante el período de lactancia natural.
- Se presta especial atención a las situaciones singulares que puedan afectar a los hijos recién nacidos, como las situaciones de discapacidad.
- Se regula en paralelo, aunque no siempre miméticamente, el régimen privado y el régimen público del trabajo asalariado, lo que constituye una característica del desarrollo de las relaciones laborales en los últimos años.

[533] AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, «Los derechos de conciliación de la vida personal, fa- miliar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º núm. extra 2 (2007), pp. 69-119.

- Se intenta evitar que la maternidad sea un obstáculo para la promoción profesional o que pueda dar lugar a un trato desfavorable en las condiciones de trabajo.
- Se amplía el número de posibles beneficiarios de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social.
- Se trata de impedir que el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral cause cualquier tipo de perjuicio en la carrera de seguro del beneficiario de la prestación.
- Se intenta que los bienes jurídicos protegidos por la prestación por maternidad no queden en un segundo lugar cuando dicha situación coincida en el tiempo con otras contingencias protegidas por el Sistema.
- Se amplían los supuestos de protección frente al despido.

Podemos decir por tanto que estos DCPL de segunda generación se caracterizan por:

1) Contener un componente fundamental para alcanzar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres: el enfoque de la corresponsabilidad**.** Se establece por primera vez el permiso de paternidad configurado como un derecho individual, retribuido e intransferible. Para Tascón López[534], este nuevo paradigma de los DCPL supone la modificación de la concepción androcéntrica originaria del Derecho del Trabajo al perseguir la corresponsabilidad en la atención de las tareas familiares, así como un cambio en la lógica de los DCPL, de modo que la evolución social permita corroborar un disfrute paritario -indistinto del sexo de la persona beneficiaria- evitando la actual división sexista de roles en la familia y en la sociedad. No obstante, el actual permiso de paternidad de 13 días, aunque importantísimo tanto por su valor simbólico como de inicio de una nueva concepción de los permisos parentales, tratándose de la principal medida de corresponsabilidad en el ámbito laboral resulta a todas luces insuficiente y queda muy lejos de los reivindicados permisos parentales individuales, iguales e intransferibles[535].

[534] TASCÓN LÓPEZ, Rodrígo, *La modalidad Procesal Especia de Tutela de Derechos de Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral* (Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2012). pp. 26-27.

[535] En la vida familiar, para avanzar hacia la eliminación de los roles diferenciados de género y la corresponsabilidad, es necesario que los padres puedan ocuparse del cuidado de sus bebés igual que las madres. Por dicha razón, el permiso del padre debe ser individual e intransferible, como lo son los demás derechos laborales y de Seguridad

2) La mención expresa e incorporación al texto legal de la conciliación de "la vida personal" como componente de una mejor calidad de vida de la ciudadanía y que abre significativamente el ámbito de actuación de estos derechos. La referencia del legislador a la vida personal en los derechos de conciliación, a nuestro juicio, además de ampliar las situaciones y los sujetos protegidos por los de la vida familiar, forma parte de las estrategias de las políticas de género que pretenden impulsar cambios estructurales, como dejar de poner el acento exclusivamente en lo familiar que está asociado, según sabemos, al sexo femenino.

3) La incorporación de un derecho genérico a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo, que introduce un enfoque de los DCPL como derechos de presencia -no de ausencia- en compatibilidad con el trabajo, a tenor del precepto introducido por la Disposición Adicional Undécima, párrafo tres, de la LOI 3/2007, donde se añade un nuevo apartado, el octavo, al art. 34 del ET[536]. A nadie le cabe duda de que una conciliación ideal de la vida personal y laboral sería aquella en la que el trabajador o trabajadora pudiese adaptar sus condiciones laborales en función de cada una de sus circunstancias vitales, sin apartarse del mercado laboral y sin sufrir discriminación alguna. En las actuales circunstancias, resulta complicado prescindir de una parte del salario, máxime si hablamos de una familia monoparental. Por estos motivos, el derecho a la adaptación y distribución de la jornada pretende dar respuesta a múltiples situaciones de conciliación de los trabajadores/as. Se trata de un derecho novedoso y que va a ir imponiéndose pese a las resistencias con que se ha venido encontrando desde el principio. Ballester Pastor[537] sostiene que el derecho presencial es el que más adecuadamente cumple los objetivos de adecuación marcados por las propias instancias comunitarias con una formulación que resalta el derecho al trabajo (y no el mero derecho a la ausencia) que informa las políticas de conciliación de las Directrices

---

Social basados en cotizaciones personales. Las estadísticas demuestran que los hombres no disfrutan los permisos que pueden transferirles las mujeres, ya sea por razones de educación o por presión de las empresas.

[536] Disposición Adicional undécima. Modificaciones del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. El Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo , queda modificado como sigue:
Tres. Se introduce un apartado 8 en el artículo 34, con la siguiente redacción:
"8. El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla".

[537] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades», *Cit.* pp. 101-102.

integradas Europa 2020. Para la autora resulta evidente que el nuevo tipo de empresa que promulga la estrategia comunitaria sitúa en un lugar primordial el derecho a la conciliación presencial, no sólo como límite a las prerrogativas empresariales, sino también como manifestación de una empresa más eficiente.

Además, el nuevo artículo 34.8 ET, que más adelante analizaremos en un apartado específico, no tiene ya una finalidad específica de cuidado como la establecida el art. 37.5 ET, esto es, la reducción y/o adaptación de jornada para cuidado de un menor o discapacitado, sino que comprende una mayor dimensión, la vida personal, tendente a romper esa dicotomía trabajo/familia, público/privado, dado que posibilita que cualquier trabajador/a pueda solicitar de su empresa una mejor adaptación horaria, sin necesidad de reducir la jornada y prescindir por tanto de una parte del salario, para cualquier cuestión personal o familiar, eso sí, de suficiente entidad. De acuerdo con Trillo Párraga, "los retos de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se concentran en torno a la cuestión del coste económico de dicho derecho y en la iniciativa/titularidad de los mismos. La definición del alcance del artículo 34.8 del ET parece ser la clave de bóveda de aquéllos, mientras que por el momento se asiste a situaciones donde los poderes públicos mantienen posiciones tibias al respecto"[538].

Estas serán como decimos, las guías que configurarán a partir de entonces el desarrollo de estos nuevos DCPL, respondiendo a la necesidad de su evolución. Derechos que pretenden dar cabida a todo un conjunto de situaciones personales y familiares que puedan ejercitarse en igualdad de condiciones por toda la ciudadanía social, quedando ya muy lejos de las medidas protectoras femeninas iniciales, aunque como estudiaremos en los apartados siguientes de este capítulo, no estarán exentos de problemas en su aplicación práctica, lo que seguirá lastrando el avance hacia la igualdad real entre mujeres y hombres. Ésta es la crítica principal que se debe hacer al legislador ya que, pese a haberse sentado las bases para el desarrollo de estos nuevos DCPL, su plasmación en la normativa se encuentra con aspectos tan problemáticos como la ausencia de conceptualización o la falta de sistemática, al igual que tampoco se define cuáles son aquellos DCPL que afectan a la vida personal; pero quizá la carencia más relevante esté relacionada con la ambigüedad o imprecisión en la redacción del nuevo

[538] TRILLO PÁRRAGA, Francisco José, *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*. *Cit.* pp. 257

artículo 34.8 ET, que provocará que una de las medidas teóricamente más efectivas para la conciliación, acabe siendo un derecho prácticamente inejercitable en la práctica. A ello tenemos que añadir que, tal y como hemos visto en el capítulo II, los efectos de la crisis económica en los presupuestos del Estado han supuesto que la principal medida en favor de la corresponsabilidad, el permiso de paternidad, continúe congelado en los 13 días iniciales; a lo que debemos añadir la regresión generalizada en el desarrollo de los DCPL que han supuesto las sucesivas reformas normativas de los últimos años destinadas, en principio, a paliar las consecuencias de la coyuntura económica.

Por todo ello podemos avanzar ya que se hace imprescindible reconceptuarlos desde su dimensión constitucional en coherencia con su naturaleza de derechos fundamentales, a fin de que no acaben diluyéndose y retrocediendo de nuevo a los inicios de esa primera generación de la que hablábamos.

1.2. ¿Qué son los derechos de conciliación? ¿Medidas al servicio del empleo femenino, de la protección de la familia, de la promoción de la igualdad de género o algo más?

Como hemos visto en el apartado anterior, la LOI 3/2007 dedica su art 44 a los DCPL si bien no se ocupa de definirlos como tales, por lo que trataremos de conceptualizarlos teniendo en cuenta su nueva perspectiva. Aunque no resulta complicado abordar esta labor, ya que la propia terminología sugiere su significado, llama la atención el hecho de que ni el legislador ni tampoco los tribunales hayan, hasta ahora, definido estos derechos.

Así que en primer lugar debemos preguntarnos, ¿qué es la conciliación de la vida personal, familiar y laboral? Cuando hablamos de conciliación nos referimos sencillamente a una necesidad básica de trabajadores y trabajadoras, es decir, conciliar supone poder compatibilizar nuestra vida personal y familiar con el trabajo, poder desarrollarnos libre y dignamente en estas tres facetas de la vida, sin ninguna traba ni discriminación basada en su ejercicio. Y al igual que el derecho a unas vacaciones anuales retribuidas, la limitación de la jornada máxima de 40 horas, o el salario mínimo interprofesional, el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral ha de considerarse cada vez más como una necesidad y un derecho social básico de los

trabajadores/as. Por ello, para su efectiva realización, tal y como abundaremos en nuestro último capítulo, ésta deberá materializarse no sólo a través de una serie de derechos laborales específicos, por no hablar de los imprescindibles servicios públicos y de políticas eficaces del tiempo, sino bajo el paraguas de un nuevo derecho fundamental de los trabajadores/as, ya que en su ejercicio, como veremos, entran en juego diversos bienes jurídicos como la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y no discriminación por razón de sexo/género, las circunstancias familiares y personales, la protección integral de familia, el derecho al trabajo, la protección de la salud, el derecho a la formación, etc.

¿Cuándo aparece el término conciliación en el ordenamiento jurídico? Como señala la investigación realizada por Ballester Pastor[539], el término inicial denominado entonces "re-conciliación", se utilizó en los años 70 como herramienta metodológica de la sociología feminista que servía para reflejar el conflicto entre el trabajo doméstico y el profesional, siendo éste un concepto que propugnaba la necesidad de alterar los roles sociales y fomentar el reparto de responsabilidades en el seno social y familiar, situando en el centro del debate la división sexual del trabajo, las desigualdades entre padre y madre tanto en el trabajo como en la unidad familiar y la retribución del trabajo doméstico. Este término inicial se traslada a través de las diferentes políticas de igualdad de oportunidades al ámbito jurídico, concretamente el Derecho europeo ya lo introducía en la Resolución del Consejo, de 6 de diciembre de 1994, que lanzó una estrategia con el fin de posibilitar "organizar mejor los horarios de trabajo, una mayor flexibilidad, así como una vuelta más fácil a la vida profesional" en el marco de las facilidades para "conciliar responsabilidades profesionales y obligaciones familiares". También la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, en su punto 16, emplea ya la expresión "compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares".

Más tarde, el Preámbulo de la Directiva sobre el permiso parental 96/34/CE, derogada actualmente por la Directiva 2010/18/UE, se refiere expresamente a la "conciliación de la vida profesional y familiar", término que se reitera en el acuerdo que da lugar a la Directiva 2010/18, consolidándose así. Sin embargo el término sociológico "re-conciliación", en su evolución y tránsito a la normativa de la Unión Europea, tal y

[539] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad». *Cit.*

como ha señalado Stratigaki[540] fue abandonando su vertiente inicial de género y adquiriendo un contenido fundamentalmente económico empresarial, básicamente de herramienta al servicio del empleo femenino. Es por ello que, como nos explica Ballester Pastor, se promueve nuevamente desde el feminismo la utilización de un término más rotundo como el de "corresponsabilidad", capaz de recuperar su conexión inicial con el género y de potenciar cambios sociales de mayor calado, en palabras de la autora, "el debate terminológico indica que el proceso normativo no puede olvidar los planteamientos de género ni debe renunciar a promover una alteración en los modelos, no solo familiares sino también empresariales y sociales"[541]. No obstante, como más adelante desarrollaremos, la corresponsabilidad no sustituirá al término "conciliación", debiendo diferenciarse entre ambos conceptos, ya que la corresponsabilidad será el enfoque prioritario que, a partir de la LOI 3/2007, deban tener las políticas de conciliación, un enfoque basado principalmente en la promoción del reparto igualitario del cuidado y por tanto en la promoción de la igualdad efectiva de oportunidades y de trato de mujeres y hombres.

Siguiendo con la investigación realizada por Ballester Pastor, en nuestro ordenamiento jurídico el término conciliación tiene una antigüedad, al menos desde el punto de vista normativo, que se remonta al año 1999, cuando se aprobó la LCVFL 39/1999, que en su título hacía referencia expresa a "la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", aunque hasta la fecha no se ha desarrollado un tratamiento homogéneo y global que sea consecuente con el término conciliación, siendo éste un mero paraguas terminológico que comprende los temas relacionados con las condiciones laborales en las que repercute el cuidado familiar, sin implicar un cambio de perspectiva relevante. No obstante, la autora considera que la instauración en el ordenamiento jurídico del concepto "conciliación" sirve al menos para delimitarlo objetivamente a partir de una serie de ejes sobre los que debe gravitar la regulación:

-Su existencia permite otorgar un tratamiento unitario a las cuestiones relacionadas con las conexiones entre trabajo y cuidado. Resulta claro que el concepto integra no solo los permisos parentales, sino otro cúmulo de contenidos tanto laborales como extralaborales.

[540] STRATIGAKI, Maria, «The cooptation of Gender concepts in EU Policies: The Case of "Reconciliation of Work and Family"», *Cit.* pp. 30-56.

[541] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad». *Cit.* pp. 35.

-El objetivo pretendido por las normas es eliminar el conflicto entre cuidado familiar y trabajo profesional. Para ello es necesario promover el reparto familiar y social de los costes laborales y económicos vinculados al cuidado; sólo así es posible que la conciliación entronque con las cuestiones de género. En este sentido ampliaríamos el objetivo inicial expuesto por Ballester Pastor, conforme a esta nueva concepción de los DCPL, ya que se pretende también eliminar el conflicto entre vida personal y profesional, dejando así de focalizar la conciliación exclusivamente en el cuidado familiar y adoptando una óptica más integradora de todos los intereses específicos de los trabajadores/as que puedan tener relación con derechos fundamentales y/o constitucionales, y en último término con su dignidad personal y profesional.

-La conciliación obliga también a replantear la organización del trabajo y del tiempo de trabajo, así como a adoptar una perspectiva bilateral en la que se tenga en cuenta no solo el modo de que el trabajo ordinario pueda compatibilizarse con el cuidado, si no también el modo en que las circunstancias personales y familiares deben actuar como límites a las prerrogativas empresariales.

-La conciliación tiene una vertiente objetiva que abarca una gran diversidad de materias (todas las que tienen que ver con la compatibilidad entre trabajo y cuidado y no solo los permisos parentales) así como una vertiente subjetiva (que obliga a formalizar sus presupuestos conforme a criterios neutros pero fomentando el reparto de responsabilidades). Ese es el sentido del concepto conciliación-corresponsabilidad

¿Y qué son los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral? Podríamos definirlos como un conjunto de disposiciones legales, y por tanto plenamente exigibles, que el legislador ha ido poniendo al alcance de los trabajadores/as para poder hacer efectiva esa conciliación de responsabilidades. Así pues, cuando hablamos de DCPL nos referimos a todos aquellos recogidos en la legislación laboral estatal, autonómica, los convenios colectivos y demás normas estatutarias, que de una u otra forma nos ayudan a compatibilizar nuestra vida personal y familiar con el trabajo. Dado que en la norma no existe un catálogo donde se encuentren todos estos derechos enumerados en el capítulo I -y anexo I-, hemos intentado sistematizarlos, centrándonos principalmente en la normativa laboral estatal del ámbito privado, recogiendo todos aquellos que, en nuestra opinión, pueden considerarse DCPL y que, permitiendo de un modo mas o menos efectivo, compaginar diferentes aspectos de la vida personal y

familiar con la laboral, tienen en común los mecanismos a través de los que se articulan: suspensiones del contrato de trabajo -con derecho o no a prestaciones económicas o retribuciones por la empresa-, así como actuaciones en el tiempo de trabajo como reducciones o adaptaciones de jornada de los trabajadores/as.

Hay que decir que a lo largo de su desarrollo, los DCPL han pasado también a extenderse a otros ámbitos extramuros del ET, como hemos visto también en el capítulo I, y actualmente están presentes en mayor o menor medida en el personal al servicio de las Administraciones Públicas, en los regímenes y relaciones laborales especiales, etc., lo que pone de manifiesto y reafirma esa cualidad de derecho social básico y fundamental que debe formar parte del estatus de ciudadanía en la empresa.

Pero aunque ya hemos visto en el capítulo I que nuestro ordenamiento laboral contiene numerosas medidas destinadas en mayor o menor medida a conciliar cuestiones de nuestra vida personal y familiar con la laboral, sin embargo, como ha señalado Viquéira Pérez[542], el conjunto de derechos referidos a la conciliación continúa siendo fruto de una actividad legislativa desordenada, poco coherente y carente de un hilo conductor que le dote de sentido. Por ello, para la autora, lo primero que ha de hacerse es elegir la orientación que quiere darse a las políticas de conciliación, esto es, decidir si la acción que la norma persigue es sencillamente la protección de la familia, el incremento de la natalidad y/o el cuidado de personas dependientes, o si se propone trascender estos objetivos y enfocar su acción en la consecución de la corresponsabilidad y del reparto de tareas no sexista.

En nuestra opinión, creemos que no se trata de optar por el enfoque que se quiera dar a las políticas de conciliación –igualdad, familia, empleo…- sino de que todos ellos deben garantizarse y tener efectividad. Así, como afirma Fernández Prieto, 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 sólo ni fundamentalmente como una política familiar, sino también como política de igualdad y empleo, orientada a generar empleo igualitario. Y en este sentido, lo determinante para hacer real la conciliación sin perpetuar el tradicional

[542] VIQUÉIRA PÉREZ, Camen, «Un balance crítico acerca de los derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal». En *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos.* (Cabeza Pereiro, Jaime y Fernández Docampo, Belén) (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011).

reparto de roles sociales es favorecer permisos que no comporten un apartamiento prolongado de la relación laboral, que siempre conlleva un peligro de desprofesionalización. "Permisos intransferibles y compartidos por ambos progenitores, flexibilidad laboral y servicios asistenciales básicos se erigen en los tres grandes pilares que sustentan las políticas de conciliación en el marco de las relaciones laborales"[543].

En resumen, sólo con la materialización de todas estas premisas, los nuevos DCPL asegurarán la igualdad efectiva de mujeres y hombres, estarán al servicio de la protección integral de la familia, garantizarán el empleo de calidad sin discriminaciones en su ejercicio, y facilitarán el ejercicio de la ciudadanía en la empresa. Y de este modo, a su vez, el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral se irá consolidando como un verdadero derecho fundamental de las personas trabajadoras al servicio de todos estos derechos que, en último término, son finalmente expresión de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

[543] FERNÁNDEZ PRIETO, Marta, «Conciliación, corresponsabilidad y empleo: adaptación y distribución de la jornada de trabajo», en *X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social: El Derecho del Trabajo y las relaciones laborales ante los cambios económicos y sociales* (Sevilla, 2011).

2. LA AMPLIACION DE LA CONCILIACIÓN A LA VIDA PERSONAL

2.1. ¿Vida familiar o vida personal?

Si preguntáramos a diferentes personas sobre lo que entienden por los conceptos "vida personal" y "vida familiar", seguramente nos darían una respuesta diferente para ambos. Y es que tenemos que empezar por cuestionarnos si resulta necesario definir y acotar qué es aquello que debe entenderse por cada una de esas parcelas vitales. Resulta evidente que la vida laboral es la que discurre durante nuestra jornada de trabajo diaria y que la vida personal y familiar es esa otra parcela de nuestro tiempo de vida que comienza cuando atravesamos las puertas de la oficina, el comercio, el taller o la fábrica. La vida personal y la vida familiar no resultan fáciles de discernir a efectos jurídicos. Hacer la compra, limpiar la casa, cuidar de un hijo o de una abuela impedida, leer un libro, ir al cine, cocinar, pasear a nuestra mascota, todos estos actos vitales se entremezclan continuamente en las experiencias de vida personal y familiar.

Mathieu-Geniaut[544], ha definido desde una perspectiva jurídica, los conceptos vida personal y profesional. De un lado, la vida personal haría alusión a los derechos y libertades tanto personales como colectivos, y sus límites estarían conformados por la vida profesional. Por tanto, dice, debemos fijarnos en el contenido del contrato de trabajo así como en el interés empresarial en imponer obligaciones al trabajador que limiten sus ámbitos privados puesto que el cumplimiento del contrato es un deber que se enmarca en la vida profesional del trabajador. De este modo, cuando no concurra un interés para la limitación de la vida personal, la empresa debe ignorar la vida privada del trabajador/a. Por otro lado, la vida profesional, desde el punto de vista de la vida personal, significa que los derechos pueden ser limitados cuando concurre una justificación objetiva y razonable.

La normativa laboral, y también la doctrina científica y jurisprudencial, ha venido identificando los derechos conciliación de la "vida familiar" con aquellos

[544] MATHIEU-GENIAUT, Chantal, «L´immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en questión», *Droit Social* n.º 9/10 (octubre de 2006), pp. 848 ss.

derechos establecidos para el cuidado de menores, ampliándose más adelante también esta concepción hacia otros familiares dependientes reconocidos en la legislación ordinaria por consanguinidad y afinidad hasta segundo grado incluido. Entre tanto, los derechos de conciliación de la "vida personal" y laboral no tienen, hasta el momento, ninguna asociación precisa, aunque pudieran relacionarse con actividades de ocio, formación, salud, etc. que, por determinadas circunstancias, se solapen con la vida laboral. Sin embargo, consideramos que seguir distinguiendo entre vida personal y familiar conforme a estos criterios no es la mejor opción, ya que ello supone seguir reforzando estereotipos e imaginarios culturales arraigados en nuestra sociedad y en los que, como sabemos, la vida familiar se encuentra asociada a la esfera privada y de lo doméstico y, en consecuencia, a la mujer, que es la que mayoritariamente hasta el momento viene realizando estas funciones, mientras que los aspectos concernientes a la vida personal, que en realidad sería aquel tiempo que nos queda libre después de trabajar y desarrollar nuestra vida familiar, es una faceta de vida que sigue estando asociada a la esfera pública, ya que normalmente se disfruta fuera del hogar, y en consecuencia se encuentra asociada al hombre.

Por otro lado los conceptos “vida familiar” y “vida personal” resultan poco precisos desde el punto de vista jurídico para calificar determinadas actividades que bien podrían englobarse en uno u otro, como aquellas en las que, por ejemplo, los hijos/as y sus progenitores comparten determinadas prácticas deportivas que no aparecen ligadas a ninguna actividad escolar o extraescolar. En añadidura, existen otros tiempos de vida y actividades domésticas y/o de cuidado que no son incardinables en estos dos criterios generalistas, y que sin embargo son desempeñadas de forma principal por las mujeres. Por último, el concepto vida familiar se muestra insuficiente para recoger la diversidad de situaciones afectivas que pueden darse en la sociedad contemporánea como consecuencia de las nuevas estructuras familiares, los flujos migratorios, etc. Siguiendo a Díez Picazo y Gullón: “la familia presupone una determinada manera de organización por lo que, solo a través de las ideas vigentes en cada momento histórico y de las necesidades económicas a que sirve, puede definirse lo que hay que entender por familia en cada momento de su evolución”[545].

Este amplio concepto de familia se pone de manifiesto en el estudio “Mujeres y

[545] DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, 7ª (Madrid: Tecnos, 1997).

hombres en España 2010"[546], que en lo concerniente a "familia y hogares" señala lo siguiente:

> - Se comprueba que tanto el modelo familiar como la composición de los hogares han sufrido importantes cambios en los últimos años. Cada vez con más frecuencia hogar y familia no son equivalentes, ya que algunos hogares están constituidos por personas entre las que no existe relación de parentesco, hay familias que no viven en el mismo hogar y han surgido formas alternativas de familia. Así, en los hogares familiares, los más frecuentes son los formados por pareja en núcleo (82,8%).
> - Dentro de los hogares familiares con pareja en núcleo, el mayor número corresponde a los que tienen hijos menores de 18 años (44,0%), seguidos de los que no tienen hijos (31,1%) y de los que tienen hijos de 18 y más años (24,8%). Un 4,1% de los hogares familiares corresponden a familias monoparentales con hijos menores de 18 años y de estos hogares, el 87,1% corresponden a madre sola.
> - En cuanto a los hogares no familiares, están constituidos principalmente por hogares unipersonales (94,1%) y otros hogares no familiares (5,9%), con la existencia o no de menores de 18 años. El 57,4% de los hogares unipersonales están formados por una mujer.
> - El número de hogares unipersonales ha aumentado significativamente en el periodo 2000-2008, pero en mayor medida los hogares formados por un hombre solo, cuyo número casi se ha duplicado en este periodo. En las edades jóvenes y adultas (hasta los 54 años) son más frecuentes los hogares unipersonales masculinos. Pero a partir de los 55 años sucede lo contrario y son más frecuentes los hogares unipersonales femeninos. En el rango de 35 a 44 años, un 69,5% de los hogares unipersonales están formados por un hombre solo. Por el contrario, a partir de los 65 años es muy superior el número de hogares formados por una mujer sola.

En consecuencia, se ha producido un desbordamiento del contenido de la vida familiar como algo inequívocamente ligado a las relaciones de consanguinidad y

[546] Instituto de la Mujer, INE, *Mujeres y hombres en España en 2010* (INE, Instituto de la Mujer, Madrid de 2010). Disponible en: http://www.ine.es/prodyser/pubweb/myh/myh.htm. Consultado el 15-08-2012.

afinidad. De ahí que a nuestro entender, resulte más acertada la expresión "vida personal" para contener todo aquello que aparece ligado a la vida privada de las personas y facilitar de este modo la articulación de los derechos que a través de ella se le reconocen. Consideramos por tanto que hablar de conciliación de la vida personal y laboral sería el equivalente a la expresión anglosajona aceptada internacionalmente: *work-life balance.*

Por otra parte, la introducción del concepto "vida personal" en la LOI 3/2007 supone un avance en la línea de documentos elaborados en el seno de la Comisión Europea que hablan ya de conciliación de la vida profesional y de la vida privada, dejando de lado el adjetivo "familiar"[547]. De este modo la norma busca adaptarse a los cada vez más rápidos cambios sociales, y es que, tal y como afirma Durán Heras "El reconocimiento de la existencia de una "vida personal" diferente, aunque no enfrentada a la vida familiar, es un paso adelante imprescindible en las sociedades contemporáneas, en las que se consolidan formas nuevas de intimidad y solidaridad no basadas en lazos consanguíneos y en las que el tiempo de gestación (1,3 hijos de media por mujer en España) apenas ocupa el 1,1% del tiempo medio de vida de las mujeres. (...) La conciliación entre vida personal, familiar y profesional requiere todavía mucho trabajo conceptual, incluso de creación de nuevo vocabulario para reflejar el acelerado cambio social. También requiere un esfuerzo de observación y de cuantificación (…) Ante el previsible aumento de la demanda de cuidados por el envejecimiento de la población y la simultánea incorporación de las mujeres al mercado laboral, es necesario buscar soluciones nuevas y repartir las responsabilidades entre todos los sectores sociales. Urge hacerlo, porque la familia no puede seguir siendo el sistema preferente de solución de esta demanda, los ciudadanos españoles todavía no han asumido que el cuidado es un asunto tan importante, tan económico y tan político como el empleo o las condiciones laborales"[548].

Sin embargo, y pese a estar absolutamente de acuerdo con Durán Heras en la idea de que la familia no puede seguir siendo ese sistema preferente, lo cierto es que aún nos encontramos lejos de un Estado que pueda garantizarnos una asistencia pública integral

[547] Por ejemplo: Reconciliation of work and private life: a comparative review of thirty European countries, 2005; Rapport sur l égalité entre les femmes et les hommes, 2006.

[548] DURÁN HERAS, Mª Ángeles, Avance de las ideas reflejadas en el libro: *El trabajo no remunerado en la economía global* (Madrid: Fundación BBVA, 2012).

de cuidados sin depender del ámbito estrictamente familiar -máxime en modelos mediterraneos de Estado de Bienestar como el nuestro- ; la realidad es que las familias continúan siendo el principal apoyo ante la falta de recursos públicos y la dificultad en muchas ocasiones de asumir los costes que suponen la contratación de personas para atender los mismos. Por ese motivo, tal y como plantea Quintero Lima, el derecho a la conciliación de la vida personal podría ser, por ejemplo, una vía legal para que aquellas personas que por sus circunstancias no se ajustan a los parámetros legales definidos en la legislación ordinaria puedan ejercer los derechos de conciliación. "En el contexto socio-económico actual, los parientes/ascendientes de segundo grado (abuelos) realizan un papel de cuidado de niños menores (nietos) sumamente relevante, por cuanto complementan las estructuras materiales (escuelas infantiles, servicios complementarios públicos o privados como ludotecas, actividades extra-escolares, campamentos para periodos no lectivos, asistencia para acudir a consultas médicas, etc.) y jurídicas (eminentemente derechos de conciliación) de cuidado existentes. Sin embargo, se produce una disfunción en la medida en que estos parientes-abuelos sean trabajadores maduros y no cuenten con medidas de conciliación de su vida laboral y familiar. Y esa disfunción se traduce en una pérdida de su empleabilidad"[549].

En resumen, la introducción de la acepción “vida personal” en la conciliación por el legislador supone un acierto en cuanto a la posibilidad de que por esta vía puedan canalizarse necesidades de conciliación no establecidas expresamente en la legislación ordinaria para el cuidado así como también de otras cuestiones personales de suficiente relevancia constitucional. Además el concepto de “vida personal” define de manera mas completa, como decimos, cualquier situación personal y/o familiar, por lo que la acepción exclusiva “vida familiar” debería ir abandonándose en aras de la terminología "conciliación de la vida personal y laboral", de ahí las siglas “DCPL” que estamos utilizando en este trabajo. Ello supondría desligar la idea de la conciliación como algo destinado únicamente a la atención a la familia y, por tanto, a la mujer como principal destinataria, de ahí su utilidad en el proceso de lucha contra la discriminación estructural por razón de sexo/género.

[549] QUINTERO LIMA, Mª Gema, «La “gran parentalidad” y la empleabilidad de los trabajadores maduros», en *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo* (Dirs. Fernández Prieto, Marta y Cabeza Pereiro, Jaime) (Albacete: Bomarzo, 2012).

2.2. La consideración del concepto "vida personal" en la doctrina científica

Pese a que, como decíamos, ni en la normativa laboral ni concretamente en la LOI 3/2007 -que introduce por primera vez el concepto tanto en su exposición de motivos como en sus arts. 14, 35, 44, 51, 56, 66, 68, DA3ª.14, DA11ª.3 y 20 citando "los derechos de conciliación la vida personal, familiar y laboral"- se ha definido qué debe entenderse por conciliación de la vida personal, lo cierto es que ya con carácter previo a la LOI 3/2007 existen, como ya vimos en el capítulo I, numerosos derechos reconocidos tanto en la legislación ordinaria como en la negociación colectiva destinados a poder hacer compatibles determinados aspectos de la vida personal de los trabajadores/as con su vida laboral, como son los permisos para la formación, el cambio de domicilio, el matrimonio, o el ejercicio de cuestiones públicas, etc. No debemos olvidar que la consolidación de los derechos relacionados con la vida personal de los trabajadores/as es una de las últimas conquistas sociales del Derecho del Trabajo que configuran el Estado del Bienestar. En este sentido afirma Ballester Pastor que "En la década de los 80 se argumentaba que el desarrollo de las conquistas sociales había evolucionado hacia la conquista del tiempo personal, por medio de la reivindicación del ocio y del reparto del trabajo. Esta regeneración del tiempo personal como última fase del Estado del Bienestar resulta consecuente con el propio origen del Derecho del Trabajo, que en sus inicios había aspirado fundamentalmente a la reducción de jornada y a la consiguiente recuperación del tiempo personal"[550]. Pero lo cierto es que, pese a existir ya una serie de derechos relacionados con aspectos de la vida personal de los trabajadores/as, la introducción de este concepto en la LOI 3/2007 causó un cierto desconcierto en la doctrina científica. Ello ha motivado que algunos autores/as se esfuercen por por delimitar este nuevo término. Como veremos, la mayoría de opiniones doctrinales han ido apuntando a una finalidad extensiva del ámbito de la conciliación para integrar todos los aspectos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad. Otras opiniones, sin embargo -aunque minoritarias-, consideran que el término no

[550] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo», *Revista de Derecho Social* n.º 62 (junio de 2013), pp. 53.

aporta nada nuevo. En este apartado estudiaremos pues, qué ha entendido la doctrina científica por "vida personal".

A favor de entender "vida personal" en un sentido amplio, Alfonso Mellado considera que su inclusión en la norma tiene por objeto evitar cualquier interpretación restrictiva de lo que debe entenderse por conciliación de la vida familiar y laboral. Así, por ejemplo, con la introducción de este nuevo aspecto, cree que difícilmente hoy podrían sostenerse decisiones que negaban la adaptación de la jornada para conciliar el horario laboral con el régimen de visitas establecido en un convenio regulador de una separación, con el argumento de que los derechos por cuidado de hijo sólo podrían ser ejercidos por quienes tuviesen atribuida legalmente esa guarda o cuidado y en los supuestos estrictamente previstos[551]. Y es que la conciliación de la vida personal con la vida familiar y laboral ampararía supuestos como éste, especialmente si se ha introducido en una norma como la LOI 3/2007, que contempla las especiales dificultades que la mujer tiene en muchos ámbitos ajenos a la vida familiar y laboral (formación, cultura, deporte, etc.), que incluso son objeto de diversas medidas en aras a garantizar la igualdad real de oportunidades en esos ámbitos. Tales dificultades, a juicio del autor, serían extensibles a aquellos casos en los que dichas tareas se asumen por los hombres. Como la conciliación de la vida familiar y la vida laboral se produce frecuentemente a costa del desarrollo pleno de la personalidad, la norma intenta que allí donde sea posible -donde quepan adaptaciones no perjudiciales para el empresario que posibiliten esa, al menos, relativa conciliación de los tres ámbitos- se produzca la misma. Así, no podrá denegarse una adaptación de jornada si, aunque fuese conciliable la vida familiar y laboral sin ella, eso supondría sacrificar otros aspectos de la vida personal del trabajador afectado[552].

En el mismo sentido, Correa Carrasco considera que "conciliar debe suponer, en esencia, articular de forma armónica tiempo de trabajo y tiempo vital, concebido éste en sentido amplio, es decir, no sólo restringido al familiar, sino al personal, comprensivo de las diversas esferas vitales del individuo haciendo abstracción de su género"[553].

---

[551] Vid. SSTSJ Cataluña 814/1999 recurso suplicación 2928/1998.

[552] ALFONSO MELLADO, Carlos L., «El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres», en *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, (Dir. Sala Franco, Tomás)1ª ed., Temas (Madrid: La Ley grupo Wolters Kluwer, 2008), pp. 403-434.

[553] CORREA CARRASCO, Manuel, «Tiempo de trabajo e Igualdad de género: regulación legal y negociación colectiva», *Cit.* pp. 189-225.

Por su parte, Cabeza Pereiro afirma que el concepto "denota un entendimiento más amplio del término conciliación que toma en cuenta otros intereses distintos y que tienen más que ver con el libre desarrollo de la personalidad y con la dignidad de las personas en su dimensión de derecho "madre" reconocido en el art. 10 CE"[554].

Viqueira Pérez[555] está también a favor de una interpretación más amplia y -en su opinión más acertada-, "que desliga una y otra categoría de derechos y que, por ende, atribuye una entidad propia a los derechos referidos a la conciliación de la vida personal, que se identifican con aquellos derechos vinculados a la esfera individual del trabajador de los que pueda predicarse entidad suficiente como para justificar la limitación del derecho de organización que asiste al empresario. Tal sería el caso de los derechos que guardan conexión con los derechos fundamentales (libertad religiosa, afiliación política o sindical) y de los derechos que, dentro de la esfera de las actividades personales y privadas, cuentan con un engarce constitucional o un reconocimiento legal (como sería el caso del permiso por matrimonio, el permiso por traslado de la vivienda habitual, permisos de formación profesional, y las medidas previstas en relación con las víctimas de violencia de género)"[556].

Del mismo modo para Rivas Vallejo "la conciliación de la vida personal pretende dar importancia específica a los espacios personales al margen de la familia o responsabilidades familiares propias, la "vida privada" más allá del trabajo, común a todo trabajador, con responsabilidades familiares o sin ellas"[557]. Así, para la autora ello supondría, por una parte, la ampliación del ámbito subjetivo de los causantes de los derechos relativos a la conciliación de la vida familiar y laboral mas allá de los previstos en cada figura concreta de los términos de los art. 37, 45 y 46 ET, significando la inclusión de otras personas que no se encuentran comprendidas dentro de la familia en el sentido legal del término. De este modo el precepto debería inspirar la interpretación

---

[554] CABEZA PEREIRO, Jaime, «Ley de igualdad y contrato de trabajo», *Dossier Práctico Francis Lefebvre* (2007), pp. 122.

[555] VIQUÉIRA PÉREZ, Camen, «Un balance crítico acerca de los derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal». *Cit.* pp. 118-119.

[556] VIQUÉIRA PÉREZ, Camen, «Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Deficiencias y problemas aplicativos», *Aranzadi Social* n.º 10 (2010).

[557] RIVAS VALLEJO, Pilar, «Conciliación de la vida privada y profesional: consecuencias y metas en el Derecho comunitario y en el Derecho español», en *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, (Dir. Borrajo Dacruz, Efrén), 1.ª ed. (Madrid: La Ley, 2010).

del régimen de permisos regulados en el ET, así como de otras necesidades individuales urgentes del trabajador/a pese a no atribuírseles un derecho perfecto en el ET. La norma, tomada pues en el sentido inspirador mencionado, debería servir para interpretar en sentido favorable a la conciliación el conflicto planteado entre las partes cuando se produzca una interferencia entre el trabajo y aquellas actividades de la vida personal que pueden considerarse integradas dentro de esa esfera cubierta por el art. 10 CE y del conjunto de derechos de carácter fundamental en los que la misma se traduce. Por otra parte, para Rivas Vallejo la conciliación de la vida personal comprendería igualmente las distintas manifestaciones de los derechos fundamentales -en su núcleo esencial- con reflejo en el ámbito laboral, es decir, con posible incidencia en el marco de la jornada de trabajo, como pueden ser los estudios, la atención a la propia salud física o psíquica (v.gr. tratamiento terapéutico que no precise de la interrupción de la ejecución del contrato por baja médica al no reunir los requisitos propios del art. 128 LGSS).

En favor de una interpretación amplia, pero únicamente dentro del ámbito familiar, García Testal y López Balaguer afirman que "lo que parece claro es que con la nueva expresión se puede considerar que la atención a responsabilidades familiares podrá referirse a vínculos de parentesco distintos de los contemplados por el ET tradicionalmente y alcanzar pues a parientes que van mas allá del segundo grado por consanguinidad y afinidad a que se refieren los arts. 37 y 6 ET en relación con los derechos de reducción de jornada y excedencia para atender al cuidado de familiares"[558].

En el mismo sentido, Rodríguez Bravo de Laguna[559] defiende que el término "vida personal" es una expresión más amplia de la "vida familiar", donde el legislador ha querido contemplar aquellos casos en los que el trabajador/a no pueda acogerse a las restantes medidas conciliatorias para la atención y el cuidado de su familia. Por ello, ante la imposibilidad de regular todas las posibles situaciones de necesidad, ha optado por establecer el art. 34.8 ET. Para el autor debe entenderse que, cuando el legislador incorporó la expresión "vida personal" a la fórmula, estaba pensando en el desempeño de responsabilidades familiares y no en el ejercicio de actividades relacionadas con el libre desarrollo de la personalidad. Con ello no se pretende concluir que aquellas

[558] GARCÍA TESTAL, Elena y LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, 1ª, Monografías (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012).

[559] RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, Juan José, *Dimensiones jurídico-laborales del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral* (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015). pp. 34-35.

personas que no tenga hijos o personas en situación de dependencia, no tengan derecho a disponer de su tiempo para poder emplearlo en otras facetas que no sea el desarrollo profesional, pero, en su opinión, el legislador ha optado por poner énfasis en la organización del tiempo para dedicarlo a la familia, por cuanto los problemas derivados de la falta de conciliación de un sujeto en cuyo seno familiar hay una persona en situación de dependencia son mucho más graves. De ese modo, la conciliación del tiempo personal y laboral de aquellos que no se encuentren con esta circunstancia, dependerá de lo dispuesto al respecto en la norma convencional. Conforme a este planteamiento, una interpretación del concepto "vida personal" como derechos al margen del cuidado familiar se encontraría con una doble oposición:

-En primer lugar entiende que los derechos sobre los que sustenta este sector referidos a la vida personal ya tienen protección en otros preceptos legales. Sin embargo, consideramos que este argumento carece de fundamento sólido por cuanto así ocurre también con todos los derechos de la vida familiar que, al igual que los regulados de la vida personal, también se encuentran dispersos a lo largo del ET.

-En segundo lugar, afirma que la tutela de los derechos de conciliación de la vida personal no constituye el objetivo del art. 44 de la LOI 3/2007 por cuanto del tenor literal del artículo se deduce que en los derechos de conciliación hay dos bienes jurídicos en juego, la familia y la mujer, y los mismos se pretenden proteger mediante el fomento de la corresponsabilidad, con la intención de evitar situaciones de discriminación histórica de la mujer. Pero tampoco podemos estar de acuerdo con esta afirmación puesto que en primer lugar hay que decir que una lectura del art. 44 LOI 3/2007 en clave de protección de la familia y de la mujer continúa insistiendo en el tópico de la conciliación como algo estrictamente femenino. Consideramos que el art. 44 LOI 3/2007, aun no siendo del todo claro y expresivo en cuanto a su significado, al hablar de corresponsabilidad, no se está refiriendo únicamente al cuidado familiar, sino al reparto de responsabilidades tanto en las labores domésticas como en la atención a la familia. Y es que este artículo tiene que interpretarse conjuntamente con el art. 14.8 de la LOI 3/2007 que establece como uno de los criterios generales de actuación de los poderes públicos dos objetivos diferenciados: "el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia". Otra cosa es que, por supuesto, aquellos derechos referidos a la conciliación de la vida familiar deban formularse, de acuerdo con este mandato

conjugado con el art. 44 LOI 3/2007, de manera que fomenten la asunción equilibrada de responsabilidades de mujeres y hombres.

Para Lousada Arochena, la voluntad de introducir aspectos de la vida personal en la LOI 3/2007 se puede deducir además de la reforma de la regulación de la excedencia voluntaria del art. 46.2 ET que reduce el umbral mínimo de un año a cuatro meses, con lo cual se ha conseguido una normativa de flexibilidad interna mas compatible con los intereses particulares de las personas trabajadoras[560].

En una interpretación restrictiva, Rodríguez Pastor[561] considera que la referencia a la conciliación de la vida personal y laboral no aporta nada nuevo. El autor parte de que para la resolución de esta cuestión debe tenerse presente cuál es el objetivo esencial de la nueva ley, y siendo éste la igualdad de la mujer y el hombre en todos los ámbitos, no parece que la referencia a la vida personal añada novedad alguna. En su opinión, parece claro que no se trata de proteger un singular derecho al ocio. Podría pensarse en otros derechos no relacionados con la familia, como la salud o la formación, pero estos derechos, aparte de que obtienen protección en otros preceptos legales, no son el objetivo de la nueva reforma. Discrepamos de este autor por cuanto considera la salud y la formación en un sentido restrictivo y vinculado necesariamente a la productividad laboral: así, la salud sería la ausencia de enfermedad y disponibilidad para trabajar, y la formación, lo sería exclusivamente la reglada y con un carácter práctico-profesional que a la larga revertiría en beneficio de la empresa. Tal es el sentido en el que plausiblemente se regulaban hasta ahora en el ET. Consideramos, por el contrario, que la salud puede entenderse también como bienestar físico y mental, e incluso como un periodo no incapacitante de recuperación de la misma, y que la formación tiene un inequívoco cariz de desarrollo intelectual cualquiera que sea su propósito. Tales aspectos parecen ser recluidos en la expresión “derecho al ocio” empleada por el autor. A nuestro entender el derecho de conciliación de la vida personal y laboral, tanto a través de la posibilidad genérica de adaptación de la jornada de trabajo, como de su específica regulación legal, permitiría canalizar cualesquiera actividades de suficiente entidad constitucional, claro está, y que son en último término manifestación de la

[560] LOUSADA AROCHENA, José Fernando, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Monografías 949 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014). pp. 434.

[561] RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo, «Tiempo de trabajo tras la reforma operada por la LOI», en *Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad*, (AA.VV.), 1ª ed., Colección Laboral n.º 179 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007), pp. 79-97.

dignidad humana –cuestión distinta, como hemos visto, es la manera en que se ejerciten tales derechos y su confrontación con los del empresariado-.

En cuanto a la determinación del alcance del concepto, Velasco Portero sostiene que habría que distinguir cuáles son las necesidades concretas de conciliación que motivan la misma: si se trata de cuidado de familiares o menores, la imprescindible protección de éstos determinará la concreción horaria, pero "si se trata de otros motivos, conciliación de la vida personal y laboral, estrictamente consideradas, podría admitirse que la solicitud se supeditara a las necesidades de una mejor organización del trabajo"[562].

Del mismo modo, Ballester Pastor y Sala Franco[563] afirman que resulta necesario concretar los supuestos que encuentran acomodo en el concepto de conciliación. Así, una primera apreciación sería la de que el derecho a la conciliación personal no implicaría la existencia de un sujeto pasivo, por lo que su justificación quedaría tan solo en la persona del propio trabajador. Por otra parte, la vinculación con el ejercicio de derechos fundamentales podría desvanecerse cuando desaparece la argumentación de mayor afectación femenina. Una última consideración sería la de que, ciertamente, debe tener algún contenido cuando el precepto en cuestión hace expresa referencia a él. Los autores sostienen que esta interpretación extensiva seguiría siendo insuficiente para cubrir todas las posibilidades del concepto vida personal, de hecho continúa vinculándose a las responsabilidades familiares (aunque sea para referirse a actividades lúdicas compensatorias del tiempo dedicado al cuidado) por lo que entraría más propiamente en el de "conciliación familiar extensiva". De otra parte, matizan que el derecho a la adaptación de la jornada para hacer efectiva la conciliación personal no puede pretender, sin más, facilitar el ejercicio de las actividades que el trabajador pueda considerar apetecibles, pero que no tienen la entidad suficiente para justificar la limitación del derecho a la organización empresarial del tiempo de trabajo. Tan sólo los derechos individuales vinculados a la esfera personal del trabajador, que cabe situar al mismo nivel que el derecho a la organización empresarial, pueden formar parte del

[562] VELASCO PORTERO, Teresa, «El derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo», en *Comentarios a la Ley de Igualdad*, (Dir. García Ninet, José Ignacio), 1ª ed. (Valencia: CISS, 2007), pp. 631-640.

[563] BALLESTER PASTOR, María Amparo y SALA FRANCO, Tomás, *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, Laboral Práctico (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009), pp. 58-59.

derecho a la conciliación personal y por ende posibilitar la adaptación de la jornada que prevé el art. 34.8 ET. Y tales son los que, como el derecho de conciliación familiar, tienen conexión con derechos fundamentales (por ejemplo el derecho de libertad religiosa o el derecho de afiliación política o sindical), así como otro tipo de derechos que gozan también de reconocimiento constitucional o legal (derecho a la formación o a la prevención de riesgos para la salud, por ejemplo del estrés laboral). En todo caso, el art. 34.8 ET queda siempre condicionado a las coordenadas de proporcionalidad, adecuación y justificación. Coincidimos con esta interpretación, si bien ello no significa que no puedan articularse legalmente otros derechos de conciliación vinculados a la esfera personal que no puedan "catalogarse" directamente por su inclusión expresa en los textos normativos, máxime si no existe oposición a su disfrute por la empresa; y en caso de que esta se diese, habría que estar a las reglas de la ponderación de los derechos fundamentales en juego, pues no cabe duda de que cualquier necesidad de conciliación de la vida personal y laboral estaría conectada con alguno de ellos –según estudiaremos ampliamente en el capítulo IV de este trabajo-, independientemente de que, insistimos, no apareciese reconocida en cuanto tal.

Así, para Morón Prieto[564], los supuestos que podrían justificar el ejercicio de tales derechos y el procedimiento de llevarlos a efecto no deberían plantear especiales problemas desde el punto de vista jurídico. Las causas que justifiquen la solicitud de medidas de conciliación pueden ser cualesquiera con las que legítimamente se atienda a intereses personales o familiares. Es posible pensar en cualquier otro interés legítimo del trabajador, recordando la concepción que predica el TC del tiempo libre como tiempo de desarrollo de la propia personalidad y directamente afectante a la dignidad personal. No obstante, para el autor, el modo de ejercicio de estos derechos de conciliación, aunque viable jurídicamente, resulta altamente complejo y no muy recomendable desde el punto de vista práctico y de la dimensión colectiva de las relaciones laborales. Por ello, de acuerdo con el papel complementario que le otorga la ley, la negociación colectiva ha de ocupar un lugar central en la gestión de estos derechos, de su identificación y desarrollo y de sus procedimientos de ejercicio, coordinando los distintos y variados intereses.

[564] MORÓN PRIETO, Ricardo, «¿Existe un genérico derecho a cambiar el horario laboral para conciliarlo con la vida privada? (A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 18 de junio de 2008)», *Revista de Derecho Social* n.º 45 (marzo de 2009), pp. 169-184.

En fin, como ha indicado De la Puebla Pinilla[565], la conciliación de la vida personal continúa en fase embrionaria sin que se haya desarrollado nada en ese sentido, al menos identificada con la conciliación. Es cierto que se han introducido mejoras en cuanto a los permisos de formación en las últimas reformas laborales pero estos siguen sin identificarse con la conciliación lo que impide unificar el propio contenido del concepto. Por otra parte el propio contexto de crisis ha hecho que los trabajadores olviden este derecho tal y como se reconoce en el art. 44 LOI y ello lleva a que no haya hasta el momento interpretaciones jurisprudenciales mas allá de la propia doctrina científica sobre qué hemos de entender por vida personal.

Como vemos, en general la doctrina científica apuesta por una consideración amplia de supuestos que abarquen cualquier situación personal/familiar, si bien deberá tratarse de supuestos que tengan una vinculación directa con derechos fundamentales, en aras a poder articular este derecho como un derecho plenamente exigible y que, en caso de discrepancia, pueda ser ponderado de acuerdo con las reglas de proporcionalidad, adecuación y justificación. Un segundo grupo entiende que debe considerarse únicamente como una extensión de la vida familiar, comprendiendo un mayor número de supuestos que los establecidos en la normativa legal. Por último, algún autor considera que la introducción de dicho concepto por el legislador no aporta nada nuevo. Lo cierto es que hasta el momento sigue siendo un aspecto no abordado suficientemente, por lo que consideramos que su visibilización, de acuerdo con la clasificación elaborada en el capítulo I –y anexo I-, contribuirá a aclarar cuáles son estos derechos, identificándolos al mismo nivel que los de la vida familiar.

2.3. ¿Derechos de conciliación de primer y de segundo nivel?

A la vista de las consideraciones anteriores podemos decir que, del estudio de lo que la doctrina científica entiende por conciliar la vida personal y laboral se desprende en primer lugar una clara relación de jerarquía entre lo que serían derechos de conciliación de “primer nivel”, como los inherentes a la vida familiar -protegidos por la doctrina de la SSTC 3/2007 y 26/2011, que les otorga una dimensión constitucional -

[565] DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, «El papel de la jurisprudencia en la construcción de la igualdad efectiva entre trabajadoras y trabajadores», *Anuario Facultad de Derecho Universidad Autónoma* nº 13 (2009).

con fundamento en el derecho a la igualdad y no discriminación, considerándose en un primer momento como una discriminación indirecta por razón de sexo, y mas adelante como una discriminación por razón de las circunstancias personales y familiares, así como con el derecho de protección a la familia-, y los que denominaremos derechos de "segundo nivel" o de "baja intensidad", que serían aquellos que comprenderían otros aspectos de la vida personal y/o familiar no establecidos expresamente, que habrían de concederse con un baremo acorde a las coordenadas de proporcionalidad, adecuación y justificación de la medida. Por consiguiente, como hemos visto, una gran parte de la doctrina considera que el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral habrá de requerir del cumplimiento de mayores requisitos que aquellos que desean conciliar vida familiar con vida laboral, además de entender que la protección constitucional únicamente abarcaría a estos últimos. Así por ejemplo, Tatay Puchades[566] señala que el TS tan sólo reconoce como derecho efectivo de conciliación el contenido en el art. 37.5 ET, y sólo en este ámbito entra a conocer de eventuales conflictos de intereses. Sin embargo, de acuerdo con Ballester Pastor[567], analizando la doctrina constitucional, otros derechos, como el de adaptación horaria, considerado "de baja intensidad", aunque no elevan su aplicación más allá de lo que sugiere su estricta literalidad (STC 24/2011), en tanto en cuanto se refieren a un derecho fundamental requieren, cuando son planteados en un litigio ante la jurisdicción social, que esta perspectiva se tenga en cuenta (STC 26/2011).

Discrepamos por tanto de una distinción entre DCPL de "primer nivel" y de "segundo nivel" por cuanto esta diferenciación resulta no sólo limitativa, sino discriminatoria, y no resulta fiel ni al espíritu de la LOI 3/2007 y del contexto social en que ésta se ha aprobado. Así:

-En primer lugar, según avanzábamos en el apartado precedente, el concepto de vida familiar se ha visto desbordado por las nuevas realidades sociales. Ejemplos de ello podemos encontrar en diferentes normativas que durante el último año introducen mecanismos para conciliar la vida personal y laboral. Así, la Ley 45/2015 de 14 de octubre, BOE 15 de octubre de 2015 nº 247, en su art. 20.2 se establece: "Las Administraciones Públicas y las empresas o instituciones privadas podrán promover y

[566] TATAY PUCHADES, Carmen, «La concreción horaria en supuestos de reducción de jornada por guarda legal», *Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf.* 47/2012 (Pamplona de 2012).

[567] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo». *Cit.* pp. 86.

facilitar, de acuerdo con la legislación laboral o de empleo público y con pleno respeto a lo acordado en la negociación colectiva, la adopción de medidas de reducción o adaptación de la jornada laboral, suspensiones de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo o interrupciones de la prestación retribuidas o no, para que las trabajadoras y los trabajadores por cuenta ajena o empleadas y empleados públicos, puedan ejercer sus labores de voluntariado".

Del mismo modo, la Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, por la que se regula el régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas, además de regular permisos para la fecundación in vitro, dispone: "con la citada finalidad de dar cumplimiento al principio de conciliación de la vida personal, familiar y profesional por una parte, y la formación y capacitación del militar, indispensables, por otra, la presente orden ministerial introduce unos criterios en la reducción de jornada por motivos de conciliación, referidos a la posible exoneración de las guardias, servicios y maniobras que tienen por objeto alcanzar el mencionado equilibrio entre conciliación, y formación y capacitación del personal militar. Se incluyen, también, nuevos permisos destinados a la formación del personal militar, como son aquellos orientados a la realización de cursos impartidos por otras administraciones ajenas a la Militar, así como aquellos previstos para orientar a los militares interesados en nuevas salidas profesionales".

- En segundo lugar, debemos aludir a la labor garantista del TC –al menos hasta 2010- en el reforzamiento de los derechos fundamentales atinentes al libre desarrollo de la personalidad y directamente vinculados con la dignidad en el ámbito laboral.

-En tercer lugar, es por ello que ya no cabe ligar la conciliación a una necesidad exclusivamente de la mujer y la familia. De ahí que la argumentación de que la introducción de la vida personal en un texto con los propósitos de la LOI 3/2007 limitaría el alcance de su contenido resulte discutible. Esta norma, como ya hemos visto, trata de dar respuesta a la complejidad social aludida y no puede por tanto ceñirse al estricto ámbito jurídico del derecho antidiscriminatorio.

-Por último, algunos autores parten de la consideración de que el ejercicio de estos derechos supone de por sí una reducción de la capacidad organizativa del empresariado, lo que resulta contradictorio con la doctrina constitucional relativa a la ponderación de derechos en conflicto. Sobre este último reproche entendemos que no cabe mirar con recelo el reconocimiento legal de esta clase de derechos, máxime cuando, en sentido contrario, la potestad organizativa del empresariado ha sido

notablemente reforzada en las modificaciones legislativas a que hemos hecho referencia anteriormente; en ambos casos se trata de que sea la jurisprudencia la que acabe delimitando unos y otros conceptos, y es de esperar que en este sentido los derechos de conciliación puedan ser percibidos más que como una amenaza, como una oportunidad de desarrollo social afectante por igual a la esfera personal del trabajador/a y a la productividad empresarial.

2.4. Efectividad y articulación del ejercicio de la conciliación de la vida personal y laboral

Llegados a este punto nos preguntamos cómo articular los derechos de conciliación de la vida personal y laboral cuando no están reconocidos en la legislación ordinaria o la negociación colectiva.

La incorporación de este nuevo concepto al marco legal español, con independencia de aquellos que ya se encuentran regulados en la legislación -como es el caso de los permisos de formación del art. 23 ET o los permisos retribuidos establecidos en el art. 37.3 ET- aparece ligado a los derechos relativos a la flexibilidad en la disponibilidad horaria por parte del trabajador/a, y lo cierto es que la única vía legal que posibilitaría su ejercicio es la prevista en el art. 34.8 ET, es decir, el derecho de adaptar la duración y distribución de la jornada introducido también en la LOI 3/2007, al que dedicaremos un apartado en este capítulo y que podrá recoger por tanto cualquier necesidad de conciliación de la vida personal y laboral, en su más amplio sentido, que no tenga acomodo específico a través de su reconocimiento legal o convencional. Así, García Testal y López Balaguer[568] consideran que el art. 34.8 ET se podría aplicar, por ejemplo, para la atención a familiares dependientes de acuerdo con el límite más amplio que para la identificación de los mismos se utiliza en la aplicación de la Ley de Dependencia 39/2006.

[568] GARCÍA TESTAL, Elena y LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*. *Cit.* pp. 81-82.

Sin embargo, lo cierto es que tal y como avanzaba anteriormente Morón Prieto[569], tanto su efectividad real como su articulación legal se encontrarán -además de con el problema conceptual que supone la aclaración del sentido del término "vida personal"-, con el añadido de que si esa específica necesidad de conciliación personal no se encuentra regulada en el convenio colectivo de aplicación, o si no existe acuerdo con la empresa, su solicitud posiblemente dará lugar a una negativa, si bien en todo caso requerirá, caso de impugnarse la misma, una valoración por parte del juzgador sobre su afección constitucional y la ponderación de los derechos en juego de las partes, debiendo tenerse en cuenta la doctrina del TC sobre la prevalencia de los derechos fundamentales de los trabajadores. Así pues, como afirma Rivas Vallejo, "su armonización requerirá del recurso a la clásica fórmula de equilibrio entre ambas esferas de intereses, con ponderación del art. 38 CE frente al haz de derechos que se pueden considerar vinculados a la "conciliación de la vida personal" con el trabajo. Entretanto el alcance del precepto queda en la casi más absoluta indefinición, y por supuesto carente de eficacia práctica, si se deja su implantación real a la negociación colectiva o en su caso a los planes de igualdad a negociar por cierto tipo de empresas"[570].

[569] MORÓN PRIETO, Ricardo, «¿Existe un genérico derecho a cambiar el horario laboral para conciliarlo con la vida privada? (A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 18 de junio de 2008)». *Cit.*

[570] RIVAS VALLEJO, Pilar, «Conciliación de la vida privada y profesional: consecuencias y metas en el Derecho comunitario y en el Derecho español». *Cit.*

3. EL ENFOQUE DE LA CORRESPONSABILIDAD EN LOS NUEVOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

3.1. Principios y objetivos configuradores de la corresponsabilidad

Como ya hemos visto anteriormente, con la LOI 3/2007 se introducen nuevos enfoques: transversalidad de género y corresponsabilidad que "se han convertido en piezas de fuerza de la política comunitaria de género"[571]. Creemos necesario insistir en diferenciar entre "conciliación" y "corresponsabilidad", ya que la corresponsabilidad, en realidad, vendría a ser una reorientación en la concepción de las políticas de igualdad y por ende en las políticas de conciliación, de acuerdo con un enfoque diferente al tradicional y que ha acabado por reforzar la discriminación estructural sexo/género. ¿Y en que consiste básicamente este nuevo enfoque al que se denomina corresponsabilidad? Básicamente se tratará de dirigir el punto de atención a políticas, entre otras las de conciliación, tendentes a deconstruir los roles tradicionales de género y superar la división sexual del trabajo, retomando el significado inicial del término feminista “reconciliación”, es decir, estarían dirigidas a promover el reparto de las responsabilidades familiares y del hogar que se encuentran presentes en la vida de todas las personas, mujeres y hombres. Ese reequilibrio acabaría por corregir gran parte de las desigualdades actuales. Por ello la corresponsabilidad se servirá de diferentes estrategias dentro del ámbito laboral, como el avance hacia los permisos parentales iguales e intransferibles o las medidas de acción positiva que fomenten el ejercicio efectivo de los derechos laborales de conciliación familiar por parte de los hombres. De este modo, tal y como afirma Cuesta López, "el éxito de un modelo de conciliación de la vida personal, familiar y laboral -especialmente desde la perspectiva de la igualdad de

[571] PÉREZ DEL RÍO, Teresa, «La Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres. Aproximación para el debate.», *Revista de Derecho Social*, n.º 37 (2007).

género- depende de que las decisiones que se tomen en el ámbito familiar se hagan desde el punto de vista de la corresponsabilidad"[572].

Al comienzo de este capítulo hicimos referencia al término *re-conciliación* como concepto teórico inicial de la conciliación ligado a la corresponsabilidad. Sin embargo, según explicaba Ballester Pastor[573], el término, en su tránsito a la normativa de la Unión Europea, fue perdiendo su carga de género inicial y adquirió un contenido económico-empresarial y de herramienta al servicio del mercado para el fomento del empleo femenino, por lo que desde la teoría feminista se consideró necesario utilizar una terminología más rotunda, como es la de "corresponsabilidad", un enfoque que pretende recuperar la vertiente de la igualdad de género, reorganizar el reparto de responsabilidades entre hombres y mujeres y alterar los roles tradicionales.

No hay que olvidar, por otro lado, que para alcanzar la efectiva conciliación de la vida personal y laboral de los trabajadores/as, la regulación normativa de los DCPL en el trabajo, aún en su correcto enfoque, no será suficiente *per se* sin el apoyo de otras políticas públicas en atención a aspectos como las guarderías para menores hasta tres años, la racionalización de horarios, la atención a la dependencia... Pero no cabe duda de que el enfoque de la corresponsabilidad en la concepción y desarrollo de las políticas de conciliación puede constituir un factor fundamental en la transformación del contrato social y la remoción de la discriminación estructural sexo/género. Así, Rodríguez Rodríguez[574] considera la corresponsabilidad, como eje transversal e integrador de las responsabilidades familiares, cobrando una especial importancia en la transformación del contrato social, ya que son necesarios mecanismos y fórmulas que impongan las mismas obligaciones personales y familiares a los hombres y a las mujeres, de manera que trabajadoras y trabajadores tengan idénticas condiciones de empleo y laboralidad. Para la autora se trata de que el género deje de ser un obstáculo para el empleo femenino y la compatibilidad con su vida privada, es decir, que se consiga realmente

[572] CUESTA LÓPEZ, Víctor, «Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional: fundamentos constitucionales y avances normativos en el ámbito de la Unión Europea», *ReDCE*. Año 8 n.º 16 (diciembre de 2011): pp. 331-373.

[573] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad». *Cit.*

[574] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma, «La relación entre las medidas de conciliación y el empleo», en *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Monografías (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011).

una igualdad efectiva entre los géneros. Por otra parte, Caunedo y Rodríguez[575] apuntan que el enfoque de la corresponsabilidad deberá simultanearse en varias direcciones: en primer lugar, entre diferentes agentes sociales, esto es, Estado, empresas, sindicatos, instituciones no gubernamentales, etc. En segundo lugar, entre varones y mujeres rompiendo así con las relaciones de género tradicionales. Y en tercer lugar, entre los diferentes miembros de la familia, en lo que denominan un "pacto intergeneracional" que habitúe a la responsabilización colectiva en el sostenimiento económico afectivo del hogar.

Centrándonos en el ámbito laboral, en lo que atañe al desarrollo de los DCPL, son varias las autoras que han establecido aquellos objetivos o principios sobre los que deben pivotar éstos en su enfoque hacia la corresponsabilidad. Siguiendo a Pose Vidal[576], los principios básicos que han de regir este nuevo enfoque son:

- Primacía de la igualdad efectiva en el plano laboral y familiar, pues la corresponsabilidad supone que la conciliación ha de estar al servicio de la igualdad, se trata de evitar que se fomente el retorno de la mujer al hogar a consecuencia de la maternidad y del desarrollo de responsabilidades familiares.

- Principio de individualización de derechos**.** Es esencial que se fomente el ejercicio masculino de los mismos, debiendo establecerse derechos con titularidad exclusiva del padre, de forma que si cualquiera de los miembros de la pareja no ejercita aquellos que les corresponden, no reviertan en beneficio del otro. Además, debe tratarse de permisos de duración limitada y con tendencia a la reducción, no a la prolongación en el tiempo.

- Principio de no desvinculación, relacionado fundamentalmente con el derecho al reingreso en el mismo puesto de trabajo o similar y el mantenimiento del contacto con el mundo laboral, aconsejándose permisos de corta duración que, además de retribuidos o subsidiados, no presentan problemas de desvinculación, problemas que sí aparecen en los casos de reducción de jornada y de excedencia por cuidado de hijos.

- Principio de voluntariedad, que se dirige fundamentalmente a fortalecer la autodeterminación del trabajador en el ejercicio de los derechos de conciliación, al

[575] CAUNEDO, Paula y RODRÍGUEZ, Adelina, «De la conciliación a la corresponsabilidad: buenas prácticas y recomendaciones» (Instituto de la Mujer (Ministerio de Igualdad, 2008).

[576] POSE VIDAL, Sara, «Incidencia de las directivas europeas sobre descanso diario, semanal y vacaciones, en materia de igualdad» En Seminario Dedicado al estudio de las Directivas sobre Ordenación de Tiempo de Trabajo y de Permiso Parental. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2010. pp. 8-9.

tiempo que permite que el trabajador y la trabajadora se "empoderen" en la gestión de su tiempo, de manera que en el conflicto que puede surgir entre los intereses de flexibilización de trabajador y empresario, primaría el interés de aquél.

- Principio de adaptabilidad, que comporta que los derechos de conciliación han de tomar en consideración los diversos modelos familiares existentes.

- Principio de universalidad: supone que los derechos de conciliación corresponden a todo trabajador, con independencia de que lo sea por cuenta ajena o por cuenta propia, con independencia del vínculo indefinido o temporal, etc.

A su vez, Ballester Pastor[577] sostiene que la corresponsabilidad deberá delimitar una serie de ejes u objetivos sobre los que debe gravitar la regulación de las políticas de conciliación:

- Otorgar un tratamiento unitario a las cuestiones relacionadas con las conexiones entre trabajo y cuidado.

- Eliminar el conflicto entre el cuidado familiar y el trabajo profesional, superando las vertientes estrictamente asentadas en la responsabilidad asumida por uno de los miembros de la unidad familiar, para promover el reparto familiar y social de los costes laborales y económicos vinculados al cuidado. Para la autora, sólo de este modo es posible que la conciliación entronque con las cuestiones de género.

- Un nuevo planteamiento de la organización del trabajo y particularmente del tiempo de trabajo, al adoptar una perspectiva bidireccional en la que se tenga en cuenta no sólo el modo de que el trabajo ordinario pueda compatibilizarse con el cuidado, sino también el modo en que las circunstancias familiares deben actuar como límites a las prerrogativas empresariales.

-Considerar tanto su vertiente objetiva, que abarca una gran diversidad de materias (todas las que guardan relación con la compatibilidad entre trabajo y cuidado y no solo los permisos parentales) como su vertiente subjetiva (que obliga a formalizar sus presupuestos conforme a criterios neutros pero fomentando el reparto de responsabilidades).

[577] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad». *Cit.*

Así pues, a la vista de lo expuesto, ¿cómo desarrollar e interpretar en la práctica los DCPL de acuerdo a este nuevo enfoque?

En primer lugar, a través de la oposición al desarrollo de DCPL de contenido neutro pero que en la práctica continúen ejercitándose por las mujeres, ya que si no se combate desde el derecho la distribución tradicional de roles, o si no se fomenta el ejercicio efectivo de estos derechos por parte de los hombres -por ejemplo con el desarrollo de permisos igualitarios, intransferibles y retribuidos que permitan a todas las personas poder asumir sus responsabilidades personales a la vez que mantienen su empleo-, o con medidas de acción positiva que incentiven las responsabilidades de cuidado del varón, seguirá siendo la persona que ejerce el rol tradicional de cuidadora, es decir, la mujer, quien siga mayoritariamente utilizando estos permisos. No obstante habría que considerar las medidas de acción positiva dirigidas hacia el varón como medidas excepcionales de carácter temporal hasta alcanzar un cierto equilibrio en el reparto del cuidado.

Pero, como decíamos, si el legislador únicamente se limita a una redacción neutra de las normas, que no diferencie por sexo, ello no va a obtener un efecto igualitario sin mas, es decir, según analizábamos en el capítulo I, si partimos del sesgo sexista del derecho y únicamente eliminamos el género de los destinatarios/as de las medidas, conseguiremos una apariencia formal de igualdad que no se traducirá *per se* en una mayor igualdad real, puesto que no se combate el problema de base, es decir, el mantenimiento de los roles tradicionales y su sólida implantación en la división sexual del trabajo. Por lo tanto los permisos para el cuidado deben poder disfrutarse por ambos progenitores a fin de promover el reparto de responsabilidades.

Del mismo modo, tampoco se tratará de elaborar permisos de carácter transferible, como los que se desarrollaron en la LCVPF 39/1999, y que como comprobamos en las estadísticas del INSS no han servido para incentivar a los hombres en el ejercicio de sus responsabilidades familiares. Los permisos parentales deberán diseñarse de modo que acaben siendo iguales e intransferibles. Y además han de ser remunerados, ya que los permisos parentales no retribuidos suelen disfrutarse por el miembro de la familia con menores ingresos y estadísticamente éste sigue siendo la mujer. Por último, aspectos como los conflictos en el ejercicio de los DCPL también deberán abordarse desde la perspectiva de la corresponsabilidad, es decir, uno de los elementos de la ponderación judicial a tener en cuenta debería ser la valoración del grado de implicación en las responsabilidades familiares de ambos cónyuges, siguiendo

así el tenor literal del art. 44 de la LOI 3/2007, aunque éste quizá sea éste un aspecto controvertido por tratarse de derechos de carácter individual.

Abordaremos todas estas cuestiones en los apartados siguientes para acabar respondiendo a la pregunta: ¿conciliación versus corresponsabilidad? Tal vez en los términos de la propia pregunta se encuentre la respuesta: nótese que la palabra latina versus, que suele emplearse en español con el significado de “contra” (y así ha terminado siendo también aceptada por la Real Academia), quiere en realidad decir “hacia”. Defendemos, en definitiva, que no puede considerarse la corresponsabilidad como término equivalente al de conciliación, pero tampoco opuesto, sino uno de los enfoques que deben adoptar los permisos para poder llevar a efecto un derecho mucho más amplio, el de conciliar la vida personal, familiar y laboral.

3.2. Evolución del principio de corresponsabilidad en el ámbito internacional y de la UE

Aunque ya abordamos con carácter general el tratamiento normativo de los DCPL en el capítulo I, nos interesa en este apartado prestar una mayor atención al mismo desde la perspectiva de la corresponsabilidad. Dentro del ámbito internacional, puede observarse un primer atisbo del reparto de responsabilidades en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 en cuyo el principio 6 se establece que el niño, "siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres", aunque a continuación pasa a delegar dicha responsabilidad en el papel de la madre al añadir que "salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre". Otro germen de la corresponsabilidad se deduce del art. 10 del PIDESC de 19 de diciembre de 1966, que declara que "se debe conceder a la familia la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo". Mucho más explícita es la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990, que en su art. 18 establece que "los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño" declarando así el deber de los Estados

de tutelar el derecho y la obligación de ambos padres al cuidado y atención de sus hijos por igual. No obstante, esta obligación del reparto de responsabilidades tiene como único objetivo tutelar el interés del menor.

Pero será en 1995, en la IV Conferencia Mundial de Pekín donde, en la Declaración de objetivos de la plataforma de acción, se reconozca abiertamente "el establecimiento del principio de que mujeres y hombres deben compartir el poder y las responsabilidades en el hogar, en el lugar de trabajo y, a nivel más amplio, en la comunidad nacional e internacional" así como que "debe reconocerse la importancia social de la maternidad y de la función de ambos progenitores en la familia, así como en la crianza de los hijos. La crianza de los hijos requiere que los progenitores, las mujeres y los hombres, así como la sociedad en su conjunto, compartan responsabilidades" a fin de lograr la participación activa de la mujer en pie de igualdad en el proceso de adopción de decisiones en las esferas económica, social, cultural y política. De manera concreta, el objetivo estratégico F.6 dedicado a "fomentar la armonización de las responsabilidades de las mujeres y los hombres en lo que respecta al trabajo y la familia" establece en su apartado c): "asegurar, mediante leyes, incentivos o estímulos que se den oportunidades adecuadas a las mujeres y los hombres para obtener licencias y prestaciones de maternidad o paternidad; promover que la distribución de las responsabilidades del hombre y la mujer respecto de la familia en pie de igualdad, incluso mediante leyes, incentivos o estímulos apropiados".

En el contexto de la UE, la corresponsabilidad va a estar asociada principalmente a la lucha por la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Así, en orden cronológico, el Programa Comunitario de Acción Social de 1974 marcará el comienzo de una política social comunitaria, contando entre sus objetivos: "la mejora de las condiciones de vida y de trabajo que permitan, a través de la promulgación de directivas armonizadoras, la equiparación en el progreso". En la década de los 80 los programas comunitarios de igualdad de oportunidades 82-85 y 86-90 hacen expresa mención a la importancia de promover el reparto de responsabilidades como instrumento para la consecución de la igualdad real entre hombres y mujeres. Se observa ya en esta época la idea de la corresponsabilidad como un elemento necesario en el desarrollo de las normas antidiscriminatorias por razón de sexo.

A principios de los 90, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, firmada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, en el último párrafo de su art. 16, dedicado a la igualdad de trato entre mujeres y

hombres, establecía la conveniencia de "desarrollar medidas que permitan a los hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares". Esta declaración de derechos sociales, aunque sin efectos jurídicos vinculantes hacia los Estados, servirá como fundamento para la adopción de la Directiva 96/34/CE[578] del Consejo de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado el 14 de diciembre de 1995, donde por primera vez se integrará la figura del padre en el reparto de responsabilidades. Esta norma acaba con el exclusivo disfrute de la licencia parental por parte de la madre declarandose el derecho a un permiso individual de los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, si bien establecía como único requisito para el permiso parental una duración mínima de 3 meses para cada progenitor dejando al arbitrio de los países miembros dos de los aspectos claves: si el permiso es pagado o no y si es transferible o no. No obstante, la Cláusula 2 de la Directiva establece la recomendación de la intransferibilidad del permiso como medida para promover la igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres, aunque el alto grado de discrecionalidad de la Directiva producirá en la práctica ″una excesiva heterogeneidad de modelos, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo″[579]. En todo caso, podría ser considerada, siguiendo a Aguilera Izquierdo como ″la primera muestra de un enfoque integrador de la maternidad-paternidad y las responsabilidades familiares″[580].

Comenzando el nuevo siglo XXI, cobra especial importancia la Resolución del Consejo de 29 de junio de 2000, sobre participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, que establece de manera rotunda la promoción del principio de corresponsabilidad y de reparto de responsabilidades, reconociendo expresamente ″la necesidad de compensar la desventaja de los hombres

[578] Sin embargo, esta Directiva había empezado a gestarse en 1983 a instancias del Parlamento Europeo -en aquella época algunos países nórdicos ya tenían permisos parentales para el cuidado-, lo que se tradujo en una propuesta de la Comisión Europea incluida en el "Programa de Igualdad de Oportunidades para las Mujeres 1982-1985" donde se argumentaba que la discriminación sexo/género podría corregirse introduciendo el permiso parental, al cual deberían tener igual derecho padres y madres, proponiendo además que el derecho fuera intransferible, con la advertencia de que en caso contrario se lo tomarían las madres en su mayor parte, lo que podría afectar negativamente a las mujeres en el mercado de trabajo, tanto por el lado de la oferta (retirada de las madres) como de la demanda (resistencia de los empresarios a contratar mujeres jóvenes).

[579] CABEZA PEREIRO, Jaime, «¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al Acuerdo Marco Revisado sobre el Permiso Parental?», *Aranzadi Social* BIB 2010\1242, n.º 6 (2010).

[580] AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres» *Cit.* pp. 69-119.

en lo que se refiere a las condiciones de participación en la vida familiar, derivada, de prácticas sociales que todavía presuponen el trabajo no remunerado relativo a los cuidados de la familia como responsabilidad principal de la mujer". Por ello, la consecución de una participación igualitaria de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar va a constituir desde entonces un presupuesto de especial relevancia para alcanzar la igualdad material de género. La resolución anima a los Estados miembros a implementar estrategias globales e integradas en las que se evalúe la posibilidad de reconocer a los trabajadores/as el derecho individual e intransferible al permiso de paternidad con motivo del nacimiento o adopción de un hijo, manteniendo sus derechos en materia laboral. Del mismo modo, las estrategias globales deberán procurar el desarrollo de servicios de apoyo a la familia, la mejora de las estructuras de cuidado de niños, la armonización de los horarios escolares y laborales y el reflejo de la conciliación en los programas educativos.

Con eficacia normativa, la Directiva 2006/54 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 u ocupación, en su art. 16 dedicado al "permiso de paternidad y de adopción", concretamente establece:

-por una parte, la protección frente al despido por parte de quien ejerciera el derecho al permiso por adopción o paternidad;

-por otra, el beneficio de los derechos a los que hubiera tenido acceso el padre de no haberse encontrado disfrutando su permiso parental.

Para Ballester Pastor[581], esta protección resulta muy relevante desde la perspectiva de la corresponsabilidad al introducir la integración del padre en una normativa de la UE de titularidad subjetiva femenina ya que implica una protección frente a las discriminaciones mucho mayor que la dispensada en la Directiva de permisos parentales; reconoce que la función de cuidado no es un espacio típicamente femenino, normalizando que se lleve a cabo por cualquiera de los progenitores, y configura la paternidad como un complemento de la maternidad, como un instrumento para el reparto que, desde esta perspectiva, merece un tratamiento simultaneo a ella. De este modo, el art. 16 entiende la protección por paternidad y adopción como una

[581] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad». *Cit.*

ramificación lógica y natural de la protección dispensada a la situación de maternidad biológica.

Asimismo con eficacia normativa, la Directiva de permisos parentales 2010/18 de 8 de marzo de 2010 –que sustituye a la Directiva 96/34/CE- en otro intento por promover la corresponsabilidad, contiene ya una obligación de intransferibilidad. En su cláusula 2.2 amplía el derecho al permiso parental a un mínimo de 4 meses para cuidado de hijos menores de 8 años (nacidos o adoptados) del cual al menos un mes debe tener carácter intransferible, pudiendo disfrutarse bien a tiempo completo o a tiempo parcial. Sin embargo, la Directiva otorga libertad casi completa a los Estados para que configuren las características y las condiciones de acceso manteniéndose las mismas previsiones de la anterior, si bien con pequeñas diferencias. Así, aunque sigue sin establecerse la necesidad de retribución mínima durante el tiempo en permiso parental, la actual regulación establece una referencia especial a que por los Estados se considere el papel que desempeñan los ingresos en la utilización del permiso parental. Esta referencia, para Ballester Pastor[582], aun sin contenido obligatorio, contiene al menos un interés simbólico, ya que el mantenimiento de los ingresos durante el permiso parental sería una medida que favorecería el acceso masculino, así que al menos resulta interesante cierto efecto visualizador de los efectos de la retribución de los permisos parentales en el reparto. Sin embargo, para Cuesta López, el hecho de que todavía no se exija a los Estados miembros garantizar cobertura económica a favor de quien se acoge al permiso parental no facilitará su ejercicio por parte de los trabajadores mejor remunerados, considerando que en el momento de transponer esta Directiva "los distintos Estados miembros deberían, además de garantizar cobertura económica adecuada, fomentar nuevos modelos más flexibles de permisos parentales, a tiempo parcial o fragmentados, que permitan mantener un mayor contacto entre el empleador y el trabajador a lo largo de su disfrute"[583]. Del mismo modo, entiende que los modelos de permiso parental de larga duración "podrían perjudicar las expectativas de promoción del trabajador o trabajadora en el mercado de trabajo por lo que sería conveniente facilitar en las legislación laboral de los Estado miembros permisos parentales más

[582] Ibid.

[583] CUESTA LÓPEZ, Víctor, «Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional:fundamentos constitucionales y avances normativos en el ámbito de la Unión Europea». *Cit.*

cortos, en torno a un año, pero debidamente remunerados"[584]. En este sentido no podemos sino asentir a lo dicho, y es que una cierta intransferibilidad en los permisos parentales, si no va unida a una retribución, de poco va a servir en la promoción de la corresponsabilidad. Volvemos a encontrarnos con una formulación neutra, y en apariencia con fines igualitarios, pero que finalmente no va a lograr alcanzar el objetivo para el que se diseña, esto es, el reparto efectivo de responsabilidades. Pensemos que en nuestro ordenamiento los permisos parentales no son retribuidos sino que se articulan principalmente en torno a la reducción de jornada o excedencia. Por ello cuando tienen que ejercitarse es la mujer quien lo hace –ello a su vez obedece a los tradicionales roles de género y al hecho de que percibe un salario inferior al varón en la mayoría de los casos-. En la medida en que estos permisos fuesen intransferibles y pagados, estableciendo para ello un sistema contributivo propio o, incluso pudiendo canalizarse a través de la prestación de desempleo durante un determinado periodo, como se ha hecho en otros países como Canadá, se ejercerían en verdadera igualdad por parte de ambos progenitores.

La Estrategia para la igualdad entre hombres y mujeres 2010-2015, Bruselas, 21/9/2010 COM(2010) 491 final, también hace referencia a la importancia de la corresponsabilidad, a la vez que configura firmes instrumentos para el control y seguimiento por parte de las instituciones comunitarias de la integración de las mujeres en el trabajo y de la corresponsabilidad. Así, la mención a los permisos parentales que se realiza pretende fundamentalmente indagar acerca de su distribución entre hombres y mujeres para corregir diferencias en su atribución[585].

Otra norma europea que busca promover la corresponsabilidad es la reforma de la Directiva de maternidad 92/85, aunque como vimos en el capítulo I, ha sido abandonada recientemente por los desencuentros entre Comisión Europea y Parlamento en torno a las propuestas de introducción de un permiso de paternidad de al menos dos semanas en dicha Directiva.

En resumen, del análisis de la normativa internacional y europea en materia de corresponsabilidad se observa, aunque en general con excesiva prudencia, un progresivo

[584] Ibid.

[585] Una de las acciones claves de la Comisión será la de evaluar las disparidades persistentes en relación con los permisos por motivos familiares, como el permiso de paternidad y el permiso para cuidados, y las posibilidades de reducirlas. Consultará a los interlocutores sociales sobre otras medidas, de conformidad con el artículo 154 del TFUE.

reconocimiento, al menos en el plano formal, en cuanto a la promoción de la participación equilibrada del padre trabajador en sus responsabilidades parentales y su protección frente a posibles discriminaciones basadas en su ejercicio, como mecanismo para combatir la discriminación estructural sexo/género. Tal y como afirma Pérez del Río, "el Derecho Comunitario reconoce que la maternidad y la atribución a la mujer en exclusiva de las funciones de cuidado, es decir la asignación de roles sociales en función del sexo, ha constituido desde siempre la causa última de la discriminación de la mujer. Esta situación se pretende corregir facilitando e incentivando la implicación de los hombres en el ámbito de la reproducción lo que indirectamente significará a medio plazo una integración más igualitaria de la mujer en el ámbito de la producción"[586].

En cuanto a la labor jurisprudencial del TJUE cabe destacar, tal y como ha estudiado Ballester Pastor[587], el importante esfuerzo interpretativo que, desde su inicial conexión con el principio de igualdad entre sexos, ha ido ampliando su protección a otras áreas, como es el caso de la corresponsabilidad, adoptando este criterio de interpretación a efectos de determinar la acomodación o no al derecho de la UE de los DCPL. En esta materia concreta, el cambio mas relevante se produce sin duda con el *Asunto Roca Alvarez*, STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09 donde se establece una clara conexión entre conciliación y género. Aunque ya abordamos este asunto en el capítulo I, nos interesa hacer hincapié en él por su relevancia para la interpretación de los DCPL en clave de responsabilidad, así como para subrayar el efecto negativo de las medidas conciliadoras de titularidad exclusivamente femenina. Recordemos ahora que la consulta la planteó un juzgado español en relación a la existencia de una posible discriminación causada por la atribución exclusiva o preferente materna del permiso de lactancia español contenido en el entonces vigente art. 37.4 ET, antes de la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2012. La atribución normativa del permiso de lactancia a la madre, que en este caso era una trabajadora por cuenta propia y no tenía derecho al mismo –al ser procuradora y no contemplarlo su mutualidad-, tampoco podía ser disfrutado por el padre, trabajador por cuenta ajena. El Tribunal determinó que la naturaleza del permiso, pese a su nombre, no pretendía

[586] PÉREZ DEL RÍO, Teresa, «La Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres. Aproximación para el debate.» *Cit.*

[587] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad». *Cit.*

facilitar la lactancia natural del hijo/a, sino sencillamente atribuir un tiempo para el cuidado sin condicionar el modo en que debía utilizarse aquel. A grandes rasgos, manifestó que la admisión de esta preferencia femenina en el permiso podía implicar una perpetuación de los roles de cuidado y actuar en contra del propio colectivo femenino. Por lo tanto consideró que esta regulación –permiso configurado de modo preferentemente femenino- resultaba discriminatoria, si bien no por establecer un perjuicio para el colectivo masculino, sino por las repercusiones negativas que tenía en el propio colectivo femenino al promocionar su alejamiento del trabajo. Aunque habría sido muy interesante que el Tribunal, en un paso más, hubiese valorado la posible discriminación del solicitante por la posición secundaria o subsidiaria en que lo sitúa una norma de atribución exclusiva o preferentemente femenina para facilitar el cuidado, con todo, esta sentencia ha tenido una importancia decisiva para en desarrollo de la corresponsabilidad, no sólo en el ámbito del derecho europeo, sino también en nuestro ámbito estatal, ya que como veremos en el capítulo IV, ha ejercido una influencia decisiva en la configuración constitucional del ejercicio de los DCPL por los varones a través de su conexión con la discriminación por causas personales y familiares.

Debemos destacar igualmente como otro avance importante hacia la corresponsabilidad parental la Sentencia de 22 de Marzo de 2012, *Asunto Konstantin Markin* contra el Estado ruso, nº 30078/06 dictada por la Gran Sala del TEDH[588]. Aunque la Sentencia aborda diferentes cuestiones de interés -principalmente sobre la propia naturaleza jurídica del derecho a la conciliación, por lo que será objeto de atención de manera mas completa en el capítulo IV-, cabe ahora destacar la evolución que refleja su pronunciamiento en el campo de los estereotipos y las funciones de varones y mujeres en el hogar. Así, mientras el Estado ruso considera que la medida pretende proteger a la mujer, ya que tiene en cuenta el papel especial de las mujeres en relación a la maternidad, el TEDH "no está convencido del papel especial de la mujer en la educación de los niños pueda generar un trato diferente en este campo. Es necesario partir de la base de que la situación de ambos progenitores es análoga y por tanto los derechos también deben serlo. Rechaza la justificación de que ello se debe a cuestiones culturales e históricas. Por esta razón rechaza que el permiso parental

[588] A grandes rasgos, el asunto es planteado por el Sr. Konstantin Markin (militar en ejercicio en el momento de la comisión de la infracción) contra el Estado ruso que le ha impedido disfrutar de un permiso parental al que tenía derecho, en su opinión, por el nacimiento de su tercer hijo.

limitado a las mujeres pueda considerarse como una medida de acción positiva en pos de la igualdad. Esta medida tiene como consecuencia perpetuar los estereotipos vinculados al sexo y con ello discriminar y poner en una situación desventajosa a la mujer por lo que se refiere a la carrera laboral y al hombre al disfrute de la vida familiar. Cualquier argumento que se base en el rol primordial de las mujeres en la educación de los hijos debe ser rechazado, dado que refuerza unos estereotipos sociales contra los que hoy se quiere luchar".

Sin embargo, recientemente el TJUE vuelve a dar un paso atrás en dicha labor extensiva de los DCPL hacia la corresponsabilidad, concretamente en la Sentencia de 19 de septiembre de 2013, *Asunto Bertriu Montull* C-5/2012, que a todas luces resulta contradictoria con la dictada en 2010 en el *Asunto Roca Álvarez*. En este caso se trata del derecho al disfrute paterno de la parte transferible del permiso de maternidad, es decir, las diez semanas siguientes a las seis obligatorias para la reparación de la salud de la madre, establecido en el art. 48.4 ET. La cuestión se plantea porque la madre trabajadora se encuentra, al igual que en el asunto resuelto en 2010, inscrita en una mutualidad que no contempla dicha prestación. Pero en esta ocasión el Tribunal de Justicia ha considerado que es legal que los padres trabajadores por cuenta ajena no puedan disfrutar del permiso de maternidad si la madre no tiene la misma condición, y no está afiliada a la Seguridad Social. Y para llegar a dicha conclusión establece que, al contrario que con el permiso de lactancia –considerado un mero permiso para el cuidado-, el de maternidad ha de entenderse como un mecanismo tuitivo del Derecho social que "tiene por objeto la protección de la condición biológica y de la mujer durante el embarazo y después de éste, así como la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y parto evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultaneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones". Por lo tanto, en este caso, considera que el derecho nacional no se opone a las Directivas 92/85/CEE y 76/207/CEE, que deben interpretarse en el sentido de que el padre trabajador por cuenta ajena no puede tener derecho a tal permiso cuando la madre de su hijo no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena, y no está afiliada a un régimen público de la Seguridad Social. Abundando en la misma interpretación se ha pronunciado la Sentencia del TJUE de 16 de junio de 2016, *Asunto Estrella Rodríguez*, C 351/14. Ello no es sino fiel reflejo del constante "tejer y destejer" que venimos observando en esta materia.

3.3. Evolución del principio de corresponsabilidad en el ámbito estatal

En el ámbito estatal, es en el año 1989 (Ley 3/1989, de 3 de marzo[589]) cuando se reconoce por primera vez la posibilidad de que los padres trabajadores hagan uso de parte del permiso de maternidad aunque con muchas limitaciones[590], lo que suponía reconocer una posición subordinada del padre en la atención y cuidado de sus hijos. Así que conforme a Alameda Castillo[591], lo cierto es que la entrada del padre en el diseño de las políticas de conciliación se produjo por la puerta de atrás al configurarse estos derechos masculinos como unos derechos de segundo nivel derivados o accesorios, en vez de tratarse de derechos subjetivos de titularidad directa o intransferible.

Diez años más tarde, la LCVFL 39/1999 introduce referencias a la corresponsabilidad en su exposición de motivos, lo que se tradujo en la adopción en esta Ley de algunos permisos parentales de titularidad neutra, además de otros permisos transferibles como las 10 semanas no obligatorias del permiso de maternidad. Sin embargo, como ya hemos dicho anteriormente, las estadísticas han venido demostrando que estos permisos, aunque configurados de forma neutra, o con carácter transferible, al no combatir los roles tradicionales de género han seguido solicitándose de forma mayoritaria por mujeres por lo que no han servido para el fomento de la corresponsabilidad por los motivos que ya expresábamos en nuestra introducción.

No es hasta la publicación de la LOI 3/2007 cuando se produce la consolidación de la corresponsabilidad reconociendo el objetivo de incentivar e impulsar la aplicación de este principio, propósito que se manifiesta a lo largo de la Ley: en su Exposición de Motivos, como criterio general de actuación de los poderes públicos (art 14.8), y como vinculado al ejercicio de los DCPL (art. 44). Concretamente en la LOI 3/2007 se configura, por primera vez, la posición individual de cada sujeto en la titularidad y

[589] Por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo.

[590] El nº 4 del art. 48 ET quedaba redactado de forma que de las 16 semanas la madre podía transferir al padre, en caso de trabajar ambos, hasta 4 semanas.

[591] ALAMEDA CASTILLO, María Teresa, «Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad», en *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres* (Coord. Mercader Uguina, Jesús) (Tirant lo Blanch, 2007).

ejercicio de algunos derechos como el de paternidad, siendo ésta su apuesta principal por las medidas de conciliación que avanzan en la corresponsabilidad familiar. Del mismo modo y como consecuencia de la evolución social y normativa en materia de homosexualidad, se modifican numerosas referencias legales al padre y a la madre en el Estatuto de los Trabajadores adoptándose el término "progenitor" que dará cabida a hombres y mujeres. Por lo tanto, "todo ello explica que, a día de hoy, hablar de la adecuación del derecho interno español al ordenamiento comunitario en materia de permisos parentales signifique fundamentalmente, referirse al estado de nuestra normativa tras las reformas operadas por la LOI 3/2007"[592].

Así pues, la concreción de la corresponsabilidad en la norma estatal, de acuerdo a su verdadera naturaleza se traduce principalmente en la introducción de un permiso de paternidad personal e intransferible de 13 días, y que debía prorrogarse hasta alcanzar un mes de duración. En nuestro capítulo II, hemos visto cómo uno de los efectos de la crisis ha sido la "congelación" de su extensión, por lo que siendo ésta la principal medida hacia la corresponsabilidad, su corta duración sigue siendo a todas luces insuficiente. Además, el reconocimiento del permiso de paternidad -aun tratándose de una medida realmente novedosa y sobre todo con un alto valor simbólico que va a suponer el inicio de una alteración en los roles de género tradicionales-, no deja de ser, constituyendo la corresponsabilidad uno de los principios rectores de esta Ley, una aportación insuficiente.

En este sentido, Pose Vidal[593] afirma que el hecho de que se haya introducido un permiso de paternidad de titularidad exclusivamente del padre no quiere decir que ya estemos adaptados a la individualización, sino que ésta debe darse en todos y cada uno de los derechos: "aunque la LOI declara formalmente que se asume el modelo de corresponsabilidad, cuando luego se desciende al detalle de la regulación de los diferentes instrumentos de conciliación, se constata que la realidad no responde exactamente a ese modelo, tal como puede apreciarse al examinar los principios básicos que rigen el modelo de corresponsabilidad y su presencia o ausencia en nuestra

[592] LÓPEZ TERRADA, Eva, «Permisos parentales y conciliación», en *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, 1ª ed. (Coord. Ballester Pastor, M.ª Amparo), (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), pp. 139-165.

[593] POSE VIDAL, Sara, «Incidencia de las directivas europeas sobre descanso diario, semanal y vacaciones, en materia de igualdad». *Cit.* pp. 8.

legislación"[594]. Del mismo modo, la autora analiza otros problemas[595] que, de acuerdo con el enfoque de la corresponsabilidad por la individualización de los derechos de conciliación, no se han corregido en la LOI 3/2007. Estos son:

-El disfrute paterno de la licencia por maternidad continúa siendo un derecho "parásito" o secundario del padre, en la medida en que sólo cabe por cesión de la madre.

-En las reducciones de jornada y excedencias familiares, que según la LOI 3/2007 son derechos que corresponden a hombres y mujeres, se somete a una excepción en los casos de prestación de servicios de ambos progenitores en la misma empresa, y esa excepción a la individualización casa mal con la previsión de la Directiva parental como derecho "intransferible", así como con la previsión de la cláusula 3 apartado 1 c) de la Directiva sobre la posibilidad de posponer el disfrute en determinadas circunstancias, pero no de eliminarlo.

-En materia de excedencia también nuestra regulación interna plantea problemas en orden a la individualización y corresponsabilidad.

-En relación con el permiso de lactancia, aunque tras la reforma efectuada por la Ley 3/2012 -que traspone al ordenamiento español el contenido de la sentencia dictada en el *Asunto Roca Álvarez*, que había declarado la ilegalidad comunitaria del permiso de lactancia español-, ambos progenitores pueden ser titulares del permiso, se limita el disfrute por sólo uno de ellos con lo que dicha redacción sigue presentando problemas de cara a la corresponsabilidad. La misma crítica realiza Ballester Pastor cuando afirma que "no se acierta a comprender que se imposibilite el reparto del derecho entre varios posibles beneficiarios, cuando el fomento de la corresponsabilidad debiera ser el objetivo prioritario"[596].

-Tampoco son ajenos a los problemas de individualización los permisos para exámenes prenatales y la asistencia a cursos de técnicas de preparación al parto, que aparecen más vinculados a la maternidad que a la conciliación, y tal como aparecen configurados legalmente dificultan la extensión de la titularidad y disfrute al padre.

---

[594] Ibid. pp. 8.

[595] Ibid. pp. 8-9.

[596] BALLESTER PASTOR, Mª Amparo, «Igualdad y conciliación en las últimas reformas laborales y de Seguridad Social. Análisis desde las exigencias del derecho de la Unión Europea», *Cit*.

Por ello, como aclara Pérez del Río[597], no basta con un enfoque adecuado para garantizar que la Ley vaya a conseguir la igualdad efectiva, resulta necesario además:

-Su desarrollo normativo reconociendo los derechos relacionados con los mismos.

-El diseño de los instrumentos que garanticen su cumplimiento.

-La garantía de una correcta aplicación siendo para ello imprescindible, tal y como ponen de manifiesto las normas comunitarias, que dicho enfoque sea suficientemente conocido por los operadores jurídicos, por los interlocutores sociales y por toda la ciudadanía.

En el mismo sentido, Cabeza Pereiro critica que las normas estatales en materia de corresponsabilidad han sido -por el contexto educacional general- escasamente pedagógicas y muy poco adecuadas. Así, "a la Ley 39/1999, de 5 noviembre, le ha importado muy poco la corresponsabilidad en la asunción de las tareas familiares, en una época en que los ordenamientos de los Estados de nuestro entorno jurídico optaban por normativas de otro signo. La Ley española sólo pretendió facilitar la conciliación, dejando en manos de las decisiones familiares, ciertamente mediatizadas, el reparto de las tareas laborales y de cuidado. Pero tampoco la LO 3/2007, de 22 marzo, patrocina dicha corresponsabilidad, a pesar de los píos deseos de su Exposición de Motivos. Sólo algo al regular la paternidad, pero con una flexibilidad temporal que augura, más que el desarrollo, por parte de los progenitores varones, de habilidades domésticas, un tiempo de esparcimiento de discutible reparto. Y, en las restantes instituciones ligadas al permiso parental -excedencias, permisos y guardas legales, además del muy perverso permiso de lactancia- nada de nada: sólo facilidades para el *nice work* de las mujeres, sin perjuicio de ciertos nada desdeñables derechos nuevos. Todo lo cual merece muy especial reproche, si se tienen en cuenta que las instituciones citadas, a diferencia de la regulación del tiempo de trabajo, resultan muy propicias para introducir medidas de corresponsabilización, más allá de facilitar que obligaciones laborales y extralaborales resulten compatibles. Sí que es verdad que el art. 44 de dicha Ley Orgánica enuncia un principio, aunque luego no lo plasma en absoluto en las modificaciones que efectúa en los art. 37, 38 y 46 del ET"[598].

[597] PÉREZ DEL RÍO, Teresa, «La Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres. Aproximación para el debate.» *Cit.*

[598] CABEZA PEREIRO, Jaime, «Ejercicio de derechos de conciliación. Discriminación y jurisprudencia constitucional. Una crítica a la STC 233/2007, de 5 de noviembre», *Revista de Derecho Social*, n.º 40 (2008).

Con posterioridad a la LOI 3/2007, el PEIO 2008-2011, plan que traza las directrices generales en el desarrollo de las políticas de igualdad y conciliación para los cuatro años siguientes, destina su tercer eje de actuación a la corresponsabilidad[599]. Sin embargo, la evaluación realizada en 2012 por la Coordinadora de Organizaciones de Mujeres[600] del PEIO 2008-2011, ha puesto de manifiesto, en lo referente al desarrollo de los objetivos trazados en el eje de la corresponsabilidad, la ausencia de desarrollo y puesta en marcha de los objetivos segundo y tercero[601]. En cuanto al PEIO 2014-2016, concretamente el eje 2 está destinado a la "conciliación de la vida personal, familiar y laboral y corresponsabilidad en la asunción de responsabilidades familiares". Nos remitimos a los comentarios realizados en el capítulo I y que básicamente se traducen en la falta de concreción de medidas eficaces y de compromiso por parte de los poderes

---

[599] Se proclama una revisión de los modelos vigentes para que hombres y mujeres compartan espacios, tanto públicos como privados; recursos, para compensar y completar el capital donado por las mujeres a su familia más cercana y a la sociedad; así como decisiones y responsabilidades familiares, profesionales y económicas.
Los objetivos estratégicos del tercer eje dedicado a la corresponsabilidad se dirigen a los tres ámbitos de producción de bienes y servicios: las empresas, el estado y las familias, a fin de superar la desigualdad de género. Estas serían sus líneas de intervención:
1- El desarrollo de un modelo de convivencia familiar y social mas igualitaria.
2- El desarrollo de un nuevo modelo de relaciones laborales y empleo de calidad que facilite la corresponsabilidad para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
3- El fortalecimiento y el desarrollo de la red de servicios de atención y cuidado a menores y personas dependientes.
4- Un cambio en el diseño y el funcionamiento de las infraestructuras urbanas, dirigido a facilitar la conciliación de los diferentes tiempos de las personas.

[600] «Evaluación realizada por la Coordinadora de Organizaciones de Mujeres para la Participación y la Igualdad (COMPI) del Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2008-2011», presentada ante el Congreso de los Diputados el 10 de febrero de 2012. Disponible en: http://coordinadoracompi.wordpress.com/2012/01/23/los-proximos-dias-10-y-11-de-febrero-la-compi-presentara-una-evaluacion-del-plan-estrategico-de-igualdad-de-oportunidades-entre-mujeres-y-hombres-peiomh-2008-2011/. Consultado el 17-02-2012.

[601] - No se ha avanzado hacia el segundo objetivo, con el RDL 2/2009 que fomenta el trabajo a tiempo parcial, pues contribuye, junto a las excedencias y "lagunas de cotización" a la Seguridad Social y regímenes como el de Empleadas de Hogar, a que las mujeres tengamos salarios inferiores y una pensión media inferior en un 39% a la de los hombres.
Por otra parte, aunque el permiso pagado por paternidad de 13 días, implantado por la LOI 3/2007 fue utilizado en 2008 por un 54% de los padres de los niños y niñas nacidos ese año, valoran negativamente el retraso en la aplicación de su ampliación a 4 semanas a partir del 1 de enero de 2011, a pesar de estar legislada.
- En cuanto al tercer objetivo**:** por una parte, en lo que atañe al seguimiento de la cobertura de plazas de educación infantil de 0 a 3 años y la evaluación de sus efectos sobre el acceso al empleo y la carrera profesional de las mujeres, se constata en el curso 2009-2010 una tasa de escolarización del 27%, incongruente con la tasa de actividad laboral de sus madres y padres, del 78,7 y 96,8% respectivamente.
Tampoco se han aplicado las actuaciones de evaluación del impacto de género de la aplicación de la Ley de Dependencia, con relación a la cobertura y tipología de prestaciones, en particular la figura de la cuidadora familiar. El informe de diciembre de 2011 del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) indica que desde 2007 han solicitado prestaciones derivadas de la Ley de Dependencia 5.192.477 personas, de las que 2.080.452 han obtenido prestación, que en el 50% de los casos no es un servicio (ayuda a domicilio, centro de día, residencia), sino una prestación económica para ser cuidada en el entorno familiar, pues el 93% de las cuidadoras familiares son mujeres, lo que perpetua el desigual reparto familiar y social de los cuidados en razón del sexo.

públicos para avanzar correctamente en esta dirección. Habrá que estar a los resultados de una futura evaluacion del nuevo PEIO y plantearse, quizá, si no habrá que empezar a exigir responsabilidades legales derivadas de los incumplimientos reiterados de su contenido.

Por último cabe destacar que aunque la Ley 3/2012 introduce la modificación del permiso de lactancia a favor de ambos progenitores, al trasponer la doctrina del TJUE en el *Asunto Roca-Álvarez*, sin embargo no la extiende a situaciones análogas como la parte destinada al cuidado del permiso de maternidad. Como afirma Quesada Segura, "si se hubiera seguido la argumentación jurídica contenida en la sentencia comentada, esta regla debería haberse modificado en el sentido de considerar la suspensión por nacimiento de hijo como un derecho que puede ser ejercido indistintamente por uno u otro de los padres cuando ambos trabajen por cuenta ajena, dejando a salvo el periodo considerado de recuperación biológica de la mujer trabajadora. El mantenimiento de la regla actual confirma el derecho prevalente de la madre a este permiso y con ello, el modelo familiar tradicional en el que la mujer ha venido durante siglos asumiendo, en exclusiva, las responsabilidades derivadas del ámbito familiar. De esta forma el legislador no ha sido coherente -o sencillamente ha inadvertido- otra importante cuestión relacionada con este principio y con el argumento utilizado por el Tribunal de Justicia comunitario (…) y con ello se ha perdido la ocasión de avanzar en la idea de corresponsabilidad que se defiende (…) Quizá haya que esperar a una nueva resolución del Tribunal europeo que sancione la norma española por contradictoria con las Directivas comunitarias"[602]. Sin embargo, y como hemos indicado anteriormente, los *Asuntos Betriu Montull* de 2013 y *Estrella Rodríguez* de 2016 no caminan en la línea de la corresponsabilidad, sino más bien en la contraria.

En conclusión, dentro del ámbito estatal, y aunque la corresponsabilidad se proclama expresamente con la LOI 3/2007 como uno de los principios básicos de actuación de los poderes públicos, su promoción y desarrollo como hemos visto, no ha sido, al menos hasta el momento, una prioridad en la lucha por la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

[602] QUESADA SEGURA, Rosa, «Los nuevos derechos del trabajador», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 34 (2013).

Por lo que respecta al desarrollo de la corresponsabilidad en el ámbito autonómico, tal y como hemos estudiado en el capítulo I, es aquí verdaderamente donde mayor desarrollo ha experimentado este enfoque, habiéndose proclamado como principio básico de actuación de numerosas leyes autonómicas, algunas incluso anteriores a la propia LOI 3/2007, lo que ha tenido su reflejo en diferentes políticas de conciliación, casi siempre en el ámbito de la Administración pública, como es el desarrollo del permiso de paternidad -que en múltiples comunidades amplía la duración legal del mismo hasta un mes, o incluso mes y medio-, o la promoción de determinadas políticas de acción positiva dirigidas al varón que pretenden incentivar la figura del padre en el ejercicio de sus responsabilidades familiares. Nos remitimos en este aspecto al apartado del capítulo I destinado a la conciliación en el ámbito autonómico por la diversidad de normativa existente respecto al mismo. No obstante cabe señalar que esta promoción y desarrollo de la corresponsabilidad en el ámbito autonómico no es igual en todas las Comunidades, del mismo modo que se producen diferencias significativas en este aspecto entre los trabajadores del sector público y los del sector privado –actualmente en el régimen geneneral los padres tienen 13 días de prestación retribuida mientras que los que son funcionarios de justicia de la Comunidad Valenciana gozan desde 2016 de un permiso de 42 días-, por lo que consideramos que no resulta adecuado que, siendo la corresponsabilidad un principio básico de actuación de todos los poderes públicos, se acaben por instituir derechos de conciliación de diferentes niveles de protección antidiscriminatoria en función del ámbito geográfico o del sector privado o público donde presten servicios los trabajadores/as.

En cuanto a la labor jurisprudencial de nuestros tribunales en la promoción de la corresponsabilidad, algunos TSJ, ya de manera temprana, han venido realizando interpretaciones avanzadas acerca del papel del padre en el ejercicio de los derechos de conciliación. En este sentido, por ejemplo, resulta ejemplar y claramente premonitoria de la STC 26/2011, la Sentencia nº 211/2002 de la Sala Social del TSJ de Madrid, de 3 de abril de 2002[603] que resuelve un caso donde la demandante había sido preterida por

[603] F.D.5º: "Esta Sala viene conociendo, cada vez en mayor proporción, de litigios derivados de la solicitud de los permisos que nos ocupan, tanto de excedencia como de reducción de jornada, en los que los peticionarios son varones, y que igualmente éstos pueden ser y han sido en ocasiones, objeto de discriminación por hacer uso de los mismos, por lo que en fin, hemos de concluir que no es el sexo lo que determina aquélla -la consideración de que es la condición de mujer lo que da lugar a la desigualdad no deja de entrañar un prejuicio discriminatorio al partir de la premisa de que es suya y no del hombre la obligación de cuidado- sino la dedicación de un trabajador, hombre o mujer, a la familia, en detrimento de la permanencia en la empresa, o de su disponibilidad para la misma, siendo esto

la empresa, en cuanto a su formación y a su retribución, al estar en situación de excedencia por cuidado de hijo. La sentencia, aunque en este caso particular acoge la alegación empresarial de la inexistencia en su conducta de discriminación por razón de sexo, aprovecha para dejar claro que, pese a que las mujeres han sido las que tradicionalmente han asumido tradicionalmente el cuidado de la familia siendo dicha realidad social discriminatoria, también los varones son objeto de situaciones de discriminación en el ejercicio de derechos de conciliación, ya que no es el sexo lo que determina la situación discriminatoria, sino la dedicación de un trabajador, hombre o mujer, a la familia, en detrimento de la permanencia en la empresa, lo que se penaliza con conductas de preterición laboral. En realidad, la sentencia apunta por tanto a la existencia de la causa discriminatoria por razón de género en el ejercicio de los DCPL. Esta argumentación es la que debería haber desarrollado el TC en su STC 26/2011, avanzando así al reconocimiento de esta nueva categoría jurídica.

Otro ejemplo del buen hacer jurisprudencial es la Sentencia de la Sala Social del TSJ de Madrid nº 1032/2009, de 30 de noviembre de 2009, donde se analiza la petición de un padre al disfrute de la licencia de maternidad, por la renuncia de la madre, de nacionalidad estadounidense, a la patria potestad, licencia que le había sido denegada por cuanto que la madre no se encontraba trabajando al iniciarse el período de descanso por maternidad, ni optó porque el interesado disfrutara de hasta un máximo de 10 semanas de dicho descanso tal y como determina el art 48.4 ET. En este caso, el Tribunal aplica por analogía la misma regla que en caso de una adopción, afirmando que el derecho destinado al cuidado del menor pertenece sin discriminación por sexo ni por clase de filiación al padre y a la madre de modo íntegro de existir un solo progenitor, y en régimen de cotitularidad en caso contrario.

Con todo, no es hasta la Sentencia del TC 26/2011, de 14 de marzo, cuando nuestro alto tribunal se pronuncia por primera vez acerca de la afectación constitucional del principio de igualdad y no discriminación de un varón en el ejercicio de un DCPL. El demandante de amparo imputa a las resoluciones judiciales impugnadas la

---

lo que se penaliza mediante conductas de preterición laboral. No obstante lo anterior, es lo cierto que, constatada la vulneración del derecho a la igualdad, es indiferente que se haya producido por razón de sexo o, como establece el artículo 14 de nuestra Constitución, por cualquier otra condición o circunstancia personal o social, entre las que se incluye la de tener la obligación del cuidado de las personas a las que se refiere el transcrito precepto del Estatuto de los Trabajadores que ampara un derecho no sólo de los trabajadores sino también de los sujetos pasivos del mismo que por su situación de desvalimiento han de ser protegidos a un estado social de derecho como el nuestro, participando de tal protección tanto el Estado como los empresarios, y, en fin, toda la sociedad, facilitando que se haga efectiva por los familiares más cercanos".

vulneración de sus derechos fundamentales por haber rechazado -mediante una interpretación restrictiva del art. 34.8 ET por consideraciones de estricta legalidad- su pretensión de realizar un horario nocturno con el fin de atender al cuidado de sus dos hijos pequeños, lo que implica privarle del ejercicio de un derecho íntimamente ligado a la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral sin ponderar la dimensión constitucional del asunto planteado. Además, sostiene que el rechazo de su pretensión implica a su vez convertir a su esposa en víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo, al verse obligada a reducir su jornada laboral para atender al cuidado de los hijos. El TC rechaza el argumento de la discriminación por razón de sexo tanto de la esposa -por tratarse de un derecho ajeno al solicitante-, como del varón solicitante –al que no puede aplicar su doctrina de la STC 3/2007, lo que pone en evidencia su limitación al haberse ceñido al sexo-, alegando que no hay pruebas estadísticas de que la asunción del cuidado por parte de los hombres haya supuesto dificultades especiales para este colectivo. En este sentido habría sido más avanzado que el TC hubiese reconocido abiertamente, tal y como decíamos, la doctrina de la STJ de Madrid de 3 de abril de 2002, que reconoce que la causa discriminatoria no es el sexo sino los trabajos de cuidado tradicionalmente asignados al género femenino, los causantes de las situaciones de preterición laboral. Aun así, el TC considera que lo anterior no es obstáculo[604] para que la queja del recurrente en amparo pueda ser analizada desde otra perspectiva del mismo derecho fundamental a la no discriminación, en este caso las circunstancias personales y familiares[605]. Con evidente influencia de la Sentencia del TJUE de 2010, *Asunto Roca Álvarez*, el TC sostiene que la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares y considera que, en el concreto caso, el que los órganos jurisdiccionales no se hayan planteado la cuestión de si denegar al trabajador la pretendida asignación del horario nocturno constituía o no un

[604] Conforme a su doctrina (por todas, SSTC 59/1987, de 19 de mayo; 262/1988, de 22 de diciembre; 99/2000, de 10 de abril).

[605] Conforme a su doctrina (por todas, TC 59/1987, de 19 de mayo; 262/1988, de 22 de diciembre; 99/2000, de 10 de abril), para que la queja del recurrente en amparo pueda ser analizada desde la perspectiva del mismo derecho fundamental a la no discriminación, "pero en relación con otro de los motivos concretos de prohibición de discriminación que la CE art.14 enumera, concretamente el referido a las circunstancias personales o sociales, pues lo que se plantea en el presente caso es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la negativa a acceder a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral".

obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional del art. 14 CE en relación con el art. 39 CE en el asunto planteado. Como vemos, este nuevo planteamiento, con respecto a la Sentencia del TC 3/2007, es mucho más avanzado ya que, por una parte, se desarrolla el objetivo de la corresponsabilidad al reconocer el derecho constitucional del varón en el ejercicio de sus derechos de conciliación, y por otra, se profundiza en la idea de la conciliación de responsabilidades como una causa autónoma de discriminación. A todo ello dedicaremos más ampliamente el capítulo IV.

La Sentencia del TJUE de 2010, *Asunto Roca Alvarez*, también ha extendido su influencia en el ámbito de la Administración Pública en favor de la corresponsabilidad. Prueba de ello es la SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, de 30 de octubre de 2013, Rec. nº 131/2013, que reconoce la posibilidad de que el permiso de lactancia se disfrute de modo compartido por padre y madre[606]. La sentencia, siguiendo las instrucciones dictadas en el *Asunto Roca Alvarez*, permite el reparto del permiso entre ambos cónyuges al no encontrarse expresamente prohibido[607]. En el mismo sentido, el acuerdo firmado el 25 de julio de 2013 por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas por el que se aprueban los criterios de interpretación del permiso de lactancia incluido en el artículo 48, f) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del EBEP, considera que éste ha de interpretarse como un permiso para el cuidado, de manera que los varones empleados públicos podrán disfrutar del permiso de lactancia, en pleno derecho, con independencia de que la mujer trabaje o no.

[606] Hay que recordar que la reforma de la Ley 3/2012 en la individualización del permiso de lactancia no afectó ni al art. 48.1 f EBEP ni al art. 30.1. f de la Ley de Medidas para la reforma de la Función Publica.

[607] La sentencia considera conforme a derecho, en el supuesto de sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido acumulado en jornadas completas, el uso indistinto de dicho permiso ejercido de manera sucesiva entre ambos progenitores que trabajen, con un reparto del total periodo disponible entre ellos es conforme a derecho, según la sentencia de instancia recurrida. La Administración empleadora y la Abogacía del Estado se oponen a esta interpretación del disfrute del permiso de lactancia reconocido por la Ley (EBEP art.48.1.f). No obstante, la Sala confirma la sentencia apelada tomando en consideración los siguientes argumentos:
1. El permiso de lactancia consiste en un mecanismo legal que permite al hijo gozar de la atención que precisa por cualquiera de sus dos progenitores, superando la antigua vinculación exclusiva con el deber de lactancia.
2. Es de aplicación el principio general, donde la Ley no distingue, el intérprete no debe distinguir. De este modo, tan indistinto es su ejercicio por uno solo de los progenitores en todo su tiempo de duración, como que el mismo sea fraccionado en su total tiempo de disfrute de manera sucesiva por cada uno de ellos.
3. La Ley solo impone que el permiso sea disfrutado por uno solo de los progenitores, pero en ningún caso prohíbe el uso compartido.
4. Es una forma de conciliación de la vida familiar el hecho de que el permiso pueda ser fraccionado que, además, coopera a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ya que permite involucrar a ambos géneros en la atención y cuidado del menor.

No obstante hay que decir también que el ejercicio de los DCPL y su correcta tutela antidiscriminatoria, desde la perspectiva de la corresponsabilidad, sigue encontrando algunas resistencias de los tribunales. Un ejemplo en este sentido es el caso de la Sala cuarta del TS, en su Sentencia de 19 de julio de 2012, rec. nº: 3387/2011, que en una interpretación esencialista de los roles de género entiende que las necesidades de conciliación trabajo-familia son diferentes en función de las situaciones particulares de los solicitantes[608]: "Prescindiendo ahora de otras valoraciones, no es lo mismo, desde el punto de vista de la insustituibilidad del cuidado parental, la atención constante al bebé por parte de la madre (o del padre) que la atención a dos hijas menores por parte del padre". En opinión del ponente "la guarda legal de dos niños menores de seis años puede tener muchas exigencias de "conciliación", pero se trata obviamente de requerimientos distintos de los que suscita la protección constante de niños en periodo de lactancia o en los primeros meses de vida"[609]. Nos preguntamos qué valoraciones jurídicas, no subjetivas, pueden llevar al Tribunal a establecer dichas diferencias en función de la edad del menor, diferencias que en ningún momento realiza la legislación ordinaria a la hora de articular la concreción horaria (art. 37. 6 ET), reprochando al padre no haber justificado las circunstancias familiares para la incompatibilidad horaria mientras que en el caso de la madre, el ponente las presume *("*hecho evidente de que el trabajo en turnos plantea especiales dificultades para el cuidado de un bebé*")* por tratarse de un bebé de 9 meses[610].

Sin duda esta consideración tradicional y discriminatoria de los roles de género debería tener sus días contados ya que, pese a las numerosas resistencias, la actual

[608] Considera el Tribunal que la sentencia recurrida y la de contraste no mantienen la debida homogeneidad de hechos y fundamentos, ya que serán "seguramente más apremiantes en el litigio de la sentencia recurrida que en el de la sentencia de contraste". En los dos casos se trata de la adscripción a un turno fijo, en la sentencia recurrida es una madre con un bebé de 9 meses y en la sentencia de contraste es un padre con dos hijas menores de seis años. Además del argumento de las diferentes necesidades de cuidado, el TS afirma que "el demandante "en ningún momento ha justificado las circunstancias familiares en las que se encuentra para afirmar la incompatibilidad de horarios que señala y que lo harían merecedor de un trato distinto al de sus compañeros". Lo que no sucede en la sentencia recurrida, en la que tal justificación se puede presumir teniendo en cuenta que el problema de compatibilidad entre obligaciones laborales y necesidades familiares surge de la atención por parte de la madre de un bebé de pocos meses".

[609] Sin embargo, de acuerdo con el relato de los hechos probados, la solicitud de la madre se realiza cuando el bebé tiene ya 9 meses, por lo que ni se encuentra dentro del periodo de lactancia establecido legalmente ni tampoco en los primeros meses de vida. Tampoco consta en el relato de los hechos la edad de los dos hijos del solicitante de la sentencia de contraste, que siendo menores de seis años podrían en hipótesis tener también meses o incluso pocos años de vida.

[610] Esta interpretación del TS se apoya en la Sentencia del TJUE *Asunto Hoffmann C-184/83*, de 12 julio de 1984 donde se afirma la existencia de una relación "especial" entre una mujer y su hijo en el periodo que sigue al embarazo y nacimiento.

realidad social va imponiendo nuevos modelos familiares por lo que, siguiendo la STSJ Madrid nº 211/2002, de 3 de abril: ″deberá erradicarse en un futuro no muy lejano, de manera que se implante en la cultura de igualdad en la que sea indiferente el sexo para hacerse cargo de las obligaciones derivadas de la familia, de manera que la asunción por parte de cualquier miembro de la misma no obedezca a tal cualidad sino a otras circunstancias concurrentes que puedan hacer para él menos gravosa la tarea, o, en condiciones de igualdad se reparta o se atienda a otras razones no discriminatorias″. Como vemos, en este proceso de deconstrucción de los papeles tradicionales se observa una mayor sensibilidad de los tribunales ordinarios respecto de la propia labor del TC.

3.4. Los permisos parentales iguales, remunerados e intransferibles como medida para la corresponsabilidad efectiva

Como hemos visto en los apartados anteriores, asistimos a una evolución hacia los DCPL de titularidad indiferenciada, excepto en el caso de los permisos de maternidad y paternidad, que además se encuentran muy desequilibrados por las diferencias en su duración. Esta configuración desigual, a riesgo de repetirnos, acaba por favorecer el mantenimiento de roles de género tradicionales que perpetúan la división sexual del trabajo, y por tanto mantienen la discriminación estructural sexo/género, lo cual se manifiesta principalmente en:

-El mantenimiento de la discriminación de las mujeres en el mercado laboral al ser percibidas por el empresariado como "una carga social" a causa de las posibles ausencias por maternidad y cuidado de sus hijos/as, lo que las aparta del mercado laboral y dificulta su desarrollo profesional. En el ámbito privado, además de acabar realizando la doble jornada, se refuerza su rol de cuidadora, siendo quien se ocupa mayoritariamente del cuidado de sus hijos/as.

-La enorme dificultad de que los hombres puedan ocuparse de la crianza de sus hijos/as en igualdad, relegándolos la norma a un segundo plano y privando a los hijos/as de la atención por parte de sus dos progenitores/as.

Por lo tanto, como afirman Castro García y Pazos Morán, la diferencia entre los permisos de padres y madres para la atención infantil es una pieza clave en todo el engranaje que consolida las desigualdades. "¿Como se puede afirmar que los hombres

no quieren cuidar cuando no se les permite hacerlo? Asegurar los derechos de las mujeres implica también darles derechos a los hombres"[611]. Ello supone por tanto apostar por los permisos parentales iguales, intransferibles y pagados para ambos progenitores, siendo ésta la medida mas eficiente para el correcto enfoque de la corresponsabilidad en términos de coste/beneficio.

Con el objetivo de romper estos roles tradicionales y acabar implicando a los hombres en el cuidado en la misma medida que las mujeres, se crea en 2005 la PPiiNA[612] como un proyecto de sociedad civil que apuesta, para eliminar la desigualdad de género, por la implantación de permisos parentales iguales, pagados e intransferibles. Esta reivindicación nace del análisis comparativo de las políticas públicas implementadas en otros países del entorno europeo respecto al cuidado infantil y la forma en que éstas repercuten en la igualdad o desigualdad de género en cada uno de ellos. En el análisis realizado por Castro García y Pazos Morán se revela cómo la regulación de los permisos ha estado influida por el grado de división sexual del trabajo existente en cada país, y también por la mayor o menor complicidad política para diluirla.

Por una parte, la historia de los permisos en las últimas cuatro décadas permite a las autoras diferenciar entre dos perspectivas:

a) Igualdad de roles, que exige la combinación de un sistema público de educación infantil universal con permisos iguales, intransferibles y pagados al 100%.
b) Ideología tradicional, que aboga por el mantenimiento de las mujeres en el hogar el mayor tiempo posible.

Y del estudio de los permisos por nacimiento en Europa extraen las siguientes premisas:

> -Son derechos laborales con prestaciones asociadas a la condición de "cotizante" a la Seguridad Social, por este motivo cabría esperar que les fueran de aplicación los criterios generales que definen este tipo de derechos. Sin embargo esto no es así en ningún país. La posibilidad de ausentarse del puesto de trabajo con la reserva del mismo, ante un nacimiento o adopción, no es igual

[611] CASTRO GARCÍA, Carmen y PAZOS MORÁN, María, «Hombres, cuidados e igualdad de género. Fundamentos para la equiparación efectiva entre los permisos de padres y madres» (presentado en Congreso Iberoamericano de Masculinidades y Equidad, Barcelona, 2011). Disponible en: www.cime2011.org. Consultado el 20-08-2012.

[612] Disponible en: http://igualeseintransferibles.org/.

para los hombres y para las mujeres (los hombres se ven privados o disminuidos de su derecho y prestación correspondiente).

-Proliferan los permisos conjuntos o transferibles.

Sin embargo, estos dos hechos constituyen una excepcionalidad en la normativa laboral. Según la filosofía de la Seguridad Social, cada persona acumula cotizaciones que luego le proporcionan prestaciones económicas cuando determinadas contingencias le impiden trabajar, siendo estas prestaciones personales e intransferibles. Curiosamente, esta regla de individualidad se rompe exclusivamente en el caso del cuidado, que acaba así por tener un efecto determinante sobre el mantenimiento de la desigualdad en la distribución del tiempo dedicado por hombres y mujeres.

Por otra parte, en Europa se establecen básicamente tres modelos diferentes de configuración de permisos:

1) Países con permiso de un año bien pagado y sistema público de educación infantil. Los permisos se distribuyen entre las partes intransferibles de cada progenitor/a y la destinada a la posibilidad de transferibilidad entre ambos. Estos países asumen la necesidad de facilitar que el menor pueda tener la atención y cuidado personal de sus respectivos progenitores durante el primer año de su vida en casa para pasar posteriormente al sistema de educación infantil u otras combinaciones de servicios de cuidado. Este modelo se da en países que han iniciado el cambio de modelo de parentalidad -en los que existe un menor número de familias 'tradicionales'-, con una única persona perceptora de rentas. Entre ellos destacan países como Suecia, Noruega, Dinamarca, Eslovenia, Islandia o Finlandia.
2) Países con un permiso entre uno y tres años, generalmente no bien remunerado y sin sistema público adecuado de educación infantil: las madres se quedan tres años y muchas se retiran del empleo. Este modelo se nutre de la fuerte creencia y aceptación de que es la madre quien ha de permanecer en casa al cuidado del bebe durante al menos los tres primeros años, y se refuerza con los discursos de exaltación de la maternidad y la lactancia materna. En este bloque destacan países como Alemania, Austria, República Checa, Polonia, Hungría, Estonia o Francia.
3) Países con "permisos cortos bien pagados" y excedencias no pagadas: algunas madres se quedan unos meses y luego recurren al cuidado externo pagado; otras

se quedan tres años y/o se retiran del empleo. El papel de los padres en todo este esquema sigue siendo anecdótico en general, aunque en algunos países existan indicios de cambio que deben ser tenidos en cuenta. Se corresponde con países en los que se ofrecen incentivos para que las mujeres puedan retirarse del empleo (total o parcialmente) para dedicarse a ejercer la maternidad. Se les ofrece un permiso de maternidad bien remunerado con una duración de 4 a 5 meses. Después las mujeres pueden acogerse a las facilidades para reducción de jornada en caso de que quieran continuar en el mercado laboral. También pueden tomarse excedencias largas, generalmente no remuneradas. En este bloque se encuentran países como España, Holanda, Bélgica, Portugal, Italia o Grecia.

En resumen, se observa cómo la configuración de los permisos por nacimiento, en conjunción con la preeminencia del sistema de roles de género determina los comportamientos individuales mayoritarios de hombres y mujeres. El mensaje que los países europeos trasladan a su población a través de la configuración de los permisos por nacimiento es que la responsabilidad del cuidado corresponde fundamentalmente a las mujeres, estableciendo unos patrones que definen el diferente comportamiento de ambos respecto al uso de los permisos:

A las mujeres está destinado el mayor tiempo y la mejor remuneración de los permisos intransferibles. Del mismo modo, los permisos transferibles son cada vez más largos, aunque ellas se los toman generalmente salvo cuando están muy mal pagados o hay otros recursos. Por lo tanto, las mujeres utilizan su permiso intransferible y también prácticamente la totalidad del permiso conjunto o transferible. Esta configuración provoca que las mujeres utilicen cerca del 100% del tiempo total.

A los hombres por el contrario, les corresponden permisos intransferibles cortos y/o mal remunerados. Los estudios realizados demuestran que los hombres se toman, en general, su parte intransferible bien pagada. La duración del mismo será el referente en cuanto al tiempo que permanecen ausentes en su puesto de trabajo para ejercer el cuidado ante un nacimiento. En cuanto a los permisos transferibles**,** la mayoría de ellos no se los toman, principalmente porque se consideran socialmente asociados a la madre.

Pero, además, los permisos conjuntos o transferibles constituyen una verdadera trampa para la igualdad. Las autoras ponen el ejemplo de la reciente reforma realizada en Alemania: si se hubieran instaurado doce meses para las madres y dos para los

padres la medida habría generado una fuerte contestación; así que lo que se hizo fue implantar doce meses de permiso parental a dividir "libremente" entre los dos progenitores, que se alargan hasta catorce si cada uno de ellos se toma al menos dos. En la práctica no hubo que esperar a la publicación de las primeras estadísticas de uso para que la ciudadanía hablara de "los dos meses de papá y los doce de mamá". De este modo los permisos transferibles permiten en apariencia el ejercicio de la llamada "elección familiar", pero en la práctica suele tener como resultado que lo siguen usando las mujeres, funcionando como una ampliación del permiso de maternidad, lo que provoca que sean ellas las que se ausenten más tiempo de su puesto de trabajo. Este esquema se observa sistemáticamente en la generalidad de países de la Unión, y constituye la "norma social" implícita acatada por gran parte de la sociedad, que contribuye a mantener el *statu quo* de la división sexual del trabajo y del reparto del cuidado ante un nacimiento. A la vista de esta experiencia, los países que antes instauraron los permisos transferibles, como Suecia, han ido estableciendo posteriormente cuotas intransferibles reservadas a los padres con el objetivo de que participen realmente.

Por lo tanto, del análisis de las características de duración, grado de intransferibilidad y remuneración de los permisos en los distintos países, las autoras llegan a la conclusión de que los estudios comparativos sobre el uso de los permisos por nacimiento revelan en primer lugar que tanto el criterio de intransferibilidad como el de remuneración son los principales factores que influyen en el uso del permiso por parte de los hombres[613]. De ahí que, como afirma Pazos Morán, "si los padres cuidaran a sus bebés igual que las madres, los niños/as aprenderían la igualdad desde el entorno familiar; y la sociedad en su conjunto consideraría a todas las personas como sustentadoras/cuidadoras con los mismos derechos y deberes"[614]. Aunque Pazos Morán

[613] Por lo que respecta a la duración y el grado de intransferibilidad de los permisos remunerados se evidencia lo siguiente: que hay países que todavía no consideran a los hombres como titulares del derecho, la diferente duración entre los permisos dirigidos a los hombres respecto a los de las mujeres, y el menor criterio de remuneración de los permisos conjuntos o transferibles que en algunos países ni siquiera establecen un porcentaje de salario sino un importe fijo que puede ser de poca cuantía.
En cuanto al grado de remuneración: la medida de que los permisos estén remunerados es relevante, además de para el bienestar de la persona beneficiaria, para el uso por parte de ambos sexos. En todos los países se constata que los padres no se toman masivamente los permisos que no están bien remunerados. Del estudio se extrae como conclusión que existe una mayor incidencia de permisos bien remunerados entre los permisos intransferibles de las mujeres que entre los permisos intransferibles de los hombres. También se percibe la menor remuneración que tiene los permisos conjuntos o transferibles y la mayor duración de los mismos respecto a los intransferibles.

[614] PAZOS MORÁN, María, «Permisos de paternidad: ¿cuotas masculinas o reparto equitativo de los cuidados entre hombres y mujeres?» Disponible en: http://www.igualeseintransferibles.org/. Consultado el 20-08-2012.

recuerda que el objetivo de la corresponsabilidad sólo será posible cuando se cumplan tres condiciones: universalización del derecho a la educación infantil desde los 0 años; reducción generalizada de los horarios a tiempo completo e implicación de los hombres al 50%.

En nuestro país, tal y como hemos visto, el permiso de paternidad ha quedado congelado por razones presupuestarias[615] relacionadas con la crisis económica, pese a estar legislada la ampliación progresiva de su duración, sin que se haya hecho avance alguno en este sentido. En este contexto, la PPiiNA ha elaborado una Proposición de Ley de reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores en casos de nacimiento, adopción o acogida. La Proposición presentada por CiU y consensuada con PP y PSOE, en el Congreso de los Diputados fue aprobada por unanimidad ante la Comisión de Igualdad el 10 de octubre de 2012 como Proposición No de Ley. En la misma se aboga por la sustitución de los actuales permisos de maternidad y paternidad por permisos parentales iguales, intransferibles y pagados al 100%, para ambos progenitores, reivindicando la ruptura de estos roles tradicionales y pidiendo al Gobierno que adopte las siguientes medidas:

-Que los permisos por nacimiento y/o adopción se configuren para cada progenitor/a de tal manera que sean intransferibles, de igual duración, con la misma parte obligatoria y pagados al 100%.

-Que se detalle el calendario necesario para aumentar progresivamente el permiso de los padres (o del otro/a progenitor/a) hasta llegar a la igualdad de ambos permisos en un plazo razonable. Para la PPiiNA, el coste de esta reforma es comparativamente muy bajo y puede obtenerse eliminando partidas presupuestarias que originan desigualdad (por ejemplo, bastaría con eliminar la posibilidad de declaración conjunta en el IRPF, cuyo coste actual sería suficiente para financiar todo el proceso de equiparación).

-Que se establezcan de inmediato las seis semanas obligatorias para los padres, parte obligatoria que ya poseen las madres. Cada progenitor/a tendrá igual derecho independientemente de su sexo, opción/orientación sexual o cualquier otra situación. Garantizar los derechos de cada progenitor aumentaría los recursos de muchos hogares,

[615] Desde la PPIINA se afirma que la negativa a la ampliación de la duración de este derecho a los hombres en igualdad no responde a razones presupuestarias pues el coste cada semana de permiso de paternidad es mínimo en comparación con otras partidas antisociales que los grandes partidos no se cuestionan.

que podrían organizarse para cubrir los primeros meses de la criatura sin comprometer la inserción laboral de las mujeres.

Tras ello, el Congreso encargaba a la "Subcomisión Para el Estudio de la Racionalización de Horarios, Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral y la Corresponsabilidad" que estudiara el tema y elaborara recomendaciones para abordar esa "reforma integral de los permisos por nacimiento, adopción o acogimiento" que unánimemente reclaman todos los grupos parlamentarios. Sin embargo, la Subcomisión encargada hizo públicas sus conclusiones el 26 de septiembre de 2013[616] limitándose a proponer al Gobierno la elaboración de estudios económicos. En la Subcomisión se concluye que "debe abordarse en esta Legislatura, y teniendo en cuenta la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el análisis de la situación de los permisos por nacimiento, adopción o acogimiento e implementar las reformas en cuanto la coyuntura económica lo permita", y se insta al Gobierno a "realizar los estudios económicos oportunos para evaluar la posibilidad de implantar los permisos parentales igualitarios e intransferibles, lo cual implicaría doblar la actual duración del permiso parental, de 16 a 32 semanas, puesto que el acuerdo en torno a la validez de esta propuesta es general". De nuevo, la excusa de la situación económica vuelve a posponer *sine die* la Proposición No de Ley presentada por la PPiiNA, aunque tal y como afirman la mayoría de expertos/as consultados, no cabe duda de que estas modificaciones en el régimen actual de permisos de maternidad y paternidad serían determinantes para la deconstrucción de los actuales roles de género y fomentarían efectivamente la corresponsabilidad y por tanto la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

Lo cierto es que hasta el momento, la Proposición continúa sin debatirse ante el Pleno Congreso de los Diputados, si bien el 20 de abril de 2016 lo fue ante la Comisión de Igualdad, convertida en un texto transaccional que recibió once votos a favor y treinta y una abstenciones, votación significativa de la indiferencia que en el ámbito político recibe esta demanda social.

[616] Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, núm. 330 de 26 de septiembre de 2013. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/BOCG-10-D-330.PDF. Consultado el 2-10-2013.

De manera reciente, concretamente el pasado 25 de febrero de 2016, el Parlamento Vasco aprobaba una enmienda transaccional[617] donde, por una parte, se reclama al Gobierno de España, que es quien tiene la competencia, para que realice una "reforma integral" de los permisos de maternidad y paternidad "en cuanto al coyuntura económica lo permita" y que tenga en cuenta las recomendaciones de la Subcomisión para la Racionalización de Horarios y la Conciliación Familiar y Laboral. Dicha reforma, añade el texto, debe garantizar de forma igualitaria los derechos de ambos progenitores a compatibilizar el empleo de calidad con el nacimiento o adopción de un hijo/a y debe "avanzar hacia la equiparación" de los permisos entre ambos sexos. Asimismo se pide al Gobierno Vasco que implante una experiencia piloto en algún departamento de la Administración autonómica para equiparar los permisos de paternidad y maternidad entre los funcionarios/as de forma progresiva hasta los seis meses, e incluso también para las parejas homosexuales y, en la medida de sus competencias, impulse la conciliación con fórmulas como el teletrabajo en los puestos en los que sea posible y que favorezca "medidas de conciliación corresponsable" también en la empresa privada en el marco de la negociación colectiva. El Parlamento insta al Ejecutivo autonómico a que preste especial atención a "los nuevos modelos de familia", sobre todo las monoparentales, por ser un colectivo que tiene mayores dificultades para "simultanear" la atención de los hijos con un trabajo o con la búsqueda de un empleo.

En resumen, creemos que es hora de apostar cuanto antes por esta propuesta, en la medida en que es una demanda que recoge el sentir de la ciudadanía y que responde finalmente a la necesidad de una igualdad real y efectiva de mujeres y hombres, redundando en la idea que ya apuntábamos en el capítulo I acerca de la necesidad de desarrollar políticas de género en las que la diferencia sexual no acabe generando nuevas formas de discriminación. Hoy día nadie se atreve a negar abiertamente la eficacia de los permisos parentales iguales, intransferibles y pagados en promoción del reparto efectivo de responsabilidades. Sin embargo, el ejecutivo estatal, órgano al que compete abordar dicha reforma -y cumplir por cierto los mandatos del legislador

[617] No obstante, aunque durante el debate parlamentario todos los grupos coincidieron en la conveniencia de que hombres y mujeres dispongan de permisos por nacimiento equivalentes como una de las fórmulas para romper con la tradicional asignación del cuidado de los hijos a la mujer, el acuerdo unánime no ha sido posible debido a las discrepancias sobre cómo lograr este objetivo.

orgánico, expresión de las demandas de la ciudadanía- continúa tratando este asunto con una criticable indiferencia reflejada en la falta de acuerdos sobre el modo de ponerlo en marcha. Al final subyace siempre la idea de que en tiempos de crisis el coste de determinados derechos sociales debe aplazarse para tiempos mejores; entre tanto, el carácter oneroso de otros derechos políticos como los derivados del art. 23 CE parece no cuestionarse nunca –pese al gasto que ha supuesto, por ejemplo, la celebración en nuestro país, en 2015-16, de dos elecciones generales consecutivas, o tres, en caso de no alcanzarse finalmente un acuerdo en el momento de la redacción de este trabajo-.

3.5. El desarrollo de la corresponsabilidad en la legislación civil

Al margen del ámbito laboral, el enfoque de la corresponsabilidad, en la última década, está teniendo también una incidencia significativa en nuestra regulación normativa del ámbito privado. En este sentido debemos destacar, en primer lugar, la importante reforma del Código Civil realizada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que ha añadido a los deberes conyugales que ya establecía el art. 68 CC, el de "compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo". Cremades García[618] destaca que dicho precepto viene precedido de la ya existente proclamación de igualdad de los cónyuges en el art. 66, y del art. 67 que establece deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia. Ello ha suscitado algunas críticas en el sentido de que podría considerarse que el contenido del art. 68 CC resultaría innecesario, al hallarse incluido dentro del art. 66, y más aún, que al estar inserto en la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que elimina el sistema causalista en la desvinculación conyugal, reduciría al precepto a una mera declaración de principios sin objeto. La autora, sin embargo, señala que la corresponsabilidad en las tareas domésticas conlleva un deber jurídicamente exigible por cuanto su incumplimiento puede causar un doble perjuicio: patrimonial y moral, reclamables ambos en sede judicial. Asimismo se plantea si la vulneración de este deber específico dentro del resto de los deberes conyugales es causa de nulidad matrimonial por ausencia de consentimiento, al igual

[618] CREMADES GARCÍA, Purificación, «El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar», *Diario La Ley* XXIX, n.º 7079 (2008).

que el resto de los deberes cuando son incumplidos. Y junto a este posible efecto jurídico, no necesitado de concurrencia dañosa, podría añadirse lo preceptuado en el art. 855.1.º del Código Civil, que reputa como justa causa de desheredación la de haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales, es decir que un cónyuge puede privar a al otro de su condición de legitimario en caso de que haya vulnerado de manera grave y reiterada los deberes inherentes al matrimonio. Por último, aclara que la obligación del art. 68 CC no confiere a los familiares la misma legitimidad para reclamar su cumplimiento, sino que sólo los cónyuges, como deber que forma parte del contenido del matrimonio, pueden hacerlo.

En definitiva, la introducción de la corresponsabilidad en el art. 68 CC presenta una trascendencia que supera su calificación como simple obligación moral o social, de forma que su incumplimiento conlleva relevancia jurídica y no cabe duda de que tiene un indudable contenido patrimonial: el trabajo que supone el cumplimiento de dicho deber es evaluable económicamente. Los cónyuges deben colaborar ambos en las tareas domésticas, por tanto se deben ayuda y socorro con respecto a las mismas, y además también deben participar ambos en el cuidado a descendientes, ascendientes y personas a su cargo, actuando en interés de la familia. Pero, a su vez, esta colaboración y ayuda, va a suponer también la cooperación y apoyo de un cónyuge en los proyectos laborales del otro, lo que reviste especial importancia cuando se trata del ejercicio de los DCPL.

Mas adelante, la Ley 20/2011 del Registro Civil, de 21 de julio, establece en el preámbulo V que el nombre y los apellidos se configuran como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad, y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento, de manera que con la finalidad de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos[619]. Esta reforma, aun siendo positiva, no va a tener sin embargo mayor influencia dado que si se deja a la voluntad de las partes la alteración de los roles, aun permitiendo la norma tal posibilidad, seguirá siendo la opción mayoritaria la del apellido del varón

[619] Artículo 49. 2. "La filiación determina los apellidos. Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral.
En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor".

prevalente. Habría sido en este sentido mas aconsejable quizá establecer en la norma algún criterio neutro, por ejemplo, la posición de los apellidos por orden alfabético.

El enfoque de la corresponsabilidad está aplicándose también a la hora de establecer la custodia compartida en los procesos contenciosos de divorcio o separación, una obligación que ya se establece en algunas leyes autonómicas[620], y que parece imponerse con carácter general en todo el territorio español. Así, en junio de 2013 se aprobó en la Comisión de Justicia del Congreso una proposición no de ley presentada por el grupo político UPyD en la que se insta al Gobierno a que impulse las reformas legales necesarias para establecer con carácter general como preferente el régimen de custodia compartida en los procesos contenciosos de separación y divorcio. El anteproyecto denominado ″Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio″, citando en su preámbulo la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, recoge el derecho del niño/a al contacto directo y las relaciones personales con ambos progenitores de manera regular, derecho que se pone aún más de manifiesto ″en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, en los que éstos no están eximidos de sus obligaciones para con los hijos/as, es decir, de su corresponsabilidad parental″, adoptando determinadas medidas para la protección de los derechos del menor, así como los derechos de sus progenitores, y considerando un principio rector de la norma el interés superior de aquél. Por una parte se introduce la figura de la mediación familiar como instrumento para favorecer, tras la ruptura, el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad y fomentar el ejercicio consensuado de la corresponsabilidad parental. En cuanto a la patria potestad, se introduce como norma que el ejercicio sea conjunto, aun cuando los progenitores vivan separados, siendo la autoridad judicial quien determine sus términos atendiendo al interés superior del menor, con lo que no se alteran las responsabilidades parentales respecto a los hijos. Se incluye asimismo la necesidad de aportar el plan para el ejercicio de la corresponsabilidad parental en el convenio regulador, o con la demanda contenciosa, así

[620] En Cataluña se regula la custodia compartida a través de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. En la Comunidad Valenciana, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat de Relaciones Familiares de los Hijos cuyos Progenitores no Conviven, más conocida como Ley de Custodia Compartida. En Aragón, la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. En el País Vasco, Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

como el inventario y la liquidación del régimen económico matrimonial y adjudicación de los bienes -si hubiera acuerdo y procediera, por no haberse liquidado previamente-, o las propuestas para la formación del inventario y liquidación, en su defecto.

Aunque el ″Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio″ sostiene que la imposición de este nuevo régimen de custodia compartida favorecerá el principio de igualdad entre mujeres y hombres, no han sido pocas las voces críticas que, desde muchos sectores feministas, se han alzado en contra de la "utilización" de la corresponsabilidad y la igualdad de género en favor de la imposición de la custodia compartida en los casos contenciosos de separación o divorcio de la pareja durante cuya convivencia no se ha ejercido realmente esa corresponsabilidad. En este sentido, por ejemplo, Esquembre Valdés sostiene: "Alegan que la custodia compartida fomenta la corresponsabilidad, evitando que sea la madre la que, generalmente, asuma en exclusiva las cargas que la custodia individual conlleva y se perpetúe así el rol de cuidado atribuido a las mujeres. Pero es que en la mayoría de ocasiones esa corresponsabilidad no se ha ejercido desde el nacimiento de las criaturas" (...) la corresponsabilidad debe comenzar antes de las desavenencias. Una paternidad responsable es la que se ejerce desde el principio y no a partir de la ruptura. La imposición de la custodia compartida cuando antes no la ha habido no creo que favorezca el interés superior del menor ¿No es ése el objetivo que debe presidir cualquier régimen de atribución de guarda y custodia? Pues eso ya está recogido en la regulación actual que ahora se pretende reformar″[621]. Igualmente en contra, la Plataforma ″No a la custodia compartida impuesta″[622] afirma en su manifiesto que la imposición de la custodia compartida cuando existe una relación conflictiva entre los progenitores traerá consecuencias negativas para el hijo, considerando además que las leyes de custodia compartida se asientan sobre la base de que ya está generalizado en la sociedad el reparto de igualitario de tareas, aunque las cifras digan lo contrario.

Así y todo, la custodia compartida parece estar imponiéndose como criterio general de aplicación. En este sentido se ha pronunciado recientemente la sentencia del TS, Sala Civil, nº 257/2013 de 29 de abril de 2013, que fija doctrina en torno a la interpretación de los apartados 5, 6 y 7 del artículo 92 del Código Civil, en lo relativo a

[621] Columna dominical de Mar Esquembre en el diario "Información" publicada el 30 de junio de 2013. Disponible en: http://maresquembre.wordpress.com/2013/06/30/el-interes-superior-de-quien/. Consultado el 23-09-2013.

[622] Disponible en: http://contralacustodiacompartidaimpuesta.blogspot.com.es/. Consultado el 23-09-2013.

los presupuestos que han de concurrir y valorarse para que pueda adoptarse, en interés del menor, el régimen de guarda y custodia compartida. En resumen, el tribunal considera que el régimen de custodia compartida de los hijos menores de edad en casos de separación o divorcio no se considerará excepcional y será impuesto por decisión del juez sin necesidad de un informe fiscal que lo avale, debiendo estar fundado en el interés del menor afectado, que no de sus padres[623]. Sin embargo las dudas sobre su efectividad se han manifestado también en el primer informe[624] al "Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio" realizado por Consejo General del Poder Judicial el 19 de septiembre de 2013 que, aunque valora de manera positiva la relevancia de la reforma en lo que a la mediación en el Derecho de familia se refiere, considera al mismo tiempo que la concesión de la guarda y custodia conjunta de los menores debería quedar condicionada a que al menos uno de los progenitores solicite la aplicación de ese régimen, como acontece actualmente, rechazando que los jueces puedan imponer la custodia compartida de los hijos. Para el Consejo, la reforma propuesta puede originar situaciones problemáticas, y difícilmente puede revertir en interés de los hijos/as ni servir para que los padres puedan desempeñar de mejor manera las funciones inherentes a la guarda y custodia. Por el contrario, es previsible que el otorgamiento de oficio de la guarda y custodia compartida agudice las tensiones y controversias que frecuentemente pueden surgir tras la ruptura de convivencia en aspectos tan transcendentes como la educación, la vigilancia y el cuidado de los hijos.

Como vemos, el conflicto sobre la custodia compartida en favor de la corresponsabilidad está servido. En este sentido, conviene aclarar, siguiendo a Pérez-Villar Aparicio[625] que "la custodia compartida no es, ni más ni menos que el reparto de la convivencia de los y las menores con sus progenitores, al momento de la ruptura de pareja, ya que los deberes de custodia vienen referidos al cuidado ordinario que se

[623] "Es al Juez al que, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, corresponde valorar si debe o no adoptarse tal medida considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo a aquel le corresponde la facultad de resolver el conflicto."

[624] Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/En_Portada/El_CGPJ_aprueba_el_informe_al_Anteproyecto_de_Ley_de_corresponsabilidad_parental#bottom. Consultado el 24-09-2013.

[625] Blog laboral Francis Lefebvre, post de 24 de junio de 2013 "Sobre la custodia compartida" realizado por la abogada de familia (PÉREZ-VILLAR APARICIO, Rosa). Disponible en http://bloglaboral.es/sobre-la-custodia-compartida/. Consultado el 23-09-2013.

produce en la convivencia diaria y por tanto entraña una responsabilidad, digamos, doméstica del cuidado y atención cotidianos. En los debates sobre custodia compartida se ignora, o se omite intencionadamente que en todos los supuestos de ruptura de la convivencia de pareja, ya sea matrimonial o extramatrimonial, el ejercicio de la patria potestad se mantiene compartido (...) es decir que la ruptura de la convivencia no excluye al progenitor/a no custodio de su intervención en la toma de decisiones que afecten a los hijos e hijas menores". Para la autora, a la hora de atribuir la responsabilidad en el momento de la ruptura, habría que tener en cuenta cómo se distribuía dicha responsabilidad durante la convivencia. Por ejemplo, en las familias en las que durante la convivencia es la madre la que ha venido ejerciendo el cuidado de los hijos/as (con las consecuencias que ello supone tanto de tipo personal como profesional) parece difícil pensar que resultaría beneficioso para los hijos/as un cambio de estructura familiar al momento de la ruptura, máxime cuando implica al progenitor que no se ha corresponsabilizado durante la convivencia del cuidado de los hijos/as, careciendo en la mayoría de los casos de tiempo, habilidades y aptitudes para realizar unas labores de cuidado en las que no se ha instruido durante la convivencia.

No podemos sino manifestar nuestro acuerdo con lo expresado por las autoras, por lo que la custodia compartida nunca debería ser impuesta. Es cierto que habrá que analizar en todo caso las concretas circunstancias, y que no se puede seguir utilizando como único argumento en contra de la custodia compartida el de que, habiendo sido mayoritariamente las mujeres quienes han ejercido las labores de cuidado, éstas deben seguir haciéndolo una vez disuelto el matrimonio o unión. El hecho de que una norma establezca una preferencia –que no imposición- por la custodia compartida para promover la corresponsabilidad puede acabar favoreciendo la lucha contra la discriminación estructural sexo/género. Sin embargo, por otra parte, también debe tenerse en cuenta que la estabilidad física y emocional del menor podría verse afectada por los continuos vaivenes que le supondrá habitar en dos domicilios diferentes en un escenario conflictivo tras la ruptura de la convivencia, y asimismo que en no pocas ocasiones la defensa de la custodia compartida esconde la tan habitual renuencia a afrontar una pensión compensatoria por parte del varón deseoso de iniciar una nueva vida. Aspectos todos ellos que continúan avivando la polémica en torno a esta medida.

3.6. ¿De la conciliación a la corresponsabilidad?

A estas alturas no cabe ninguna duda de que para la consecución de la igualdad efectiva de mujeres y hombres tanto en el ámbito público como en el privado, era necesario que los DCPL dejasen de ser derechos "para las mujeres" y que desde el enfoque de la corresponsabilidad se apostase por nuevos DCPL para toda la ciudadanía social con independencia de su sexo. Hemos visto en el estudio de su desarrollo normativo y jurisprudencial cómo esta perspectiva empieza a cobrar fuerza a finales de los 90 y durante la primera década de 2000, actuando como política de alteración de los roles de género que, aunque muy lentamente, está haciendo que estos comiencen a equilibrarse. El acervo comunitario ha puesto especial hincapié en ello y también es muy destacable en este sentido tanto la labor realizada por el TJUE en el *Asunto Roca Álvarez* que como hemos visto ha extendido su influencia a diferentes ámbitos, como del propio TEDH en el *Asunto Konstantin Markin*, si bien, por otra parte, resulta preocupante el cambio de criterio observado por el TJUE en el *Asunto Betriu Montull y Asunto Estrella Rodríguez*. Por lo que respecta a la normativa estatal, las reformas para promover el reparto de responsabilidades han sido hasta el momento claramente insuficientes y la crisis económica ha frenado completamente el desarrollo de aquellas que se habían adoptado. Por el contrario, en el ámbito autonómico la corresponsabilidad ha tenido una mayor presencia y promoción, si bien limitada a los trabajadores/as del sector público lo que comienza a generar disfunciones cada vez mayores con respecto a los trabajadores/as del ámbito laboral privado.

Pese a todo ello, debemos insistir además en la idea de que, para que la conciliación sea un derecho real y efectivo de toda la ciudadanía social, no es suficiente -aunque sí resulta imprescindible- que mujeres y hombres participen de la misma medida de sus obligaciones familiares a través de la equiparación de sus permisos en el ámbito laboral. La corresponsabilidad sólo será posible, tal y como han planteado autoras como Pazos[626], si a la vez se articulan otras acciones como la universalización de la enseñanza infantil, o la racionalización los horarios, del mismo modo que también

[626] PAZOS MORÁN, María, «Permisos de paternidad: ¿cuotas masculinas o reparto equitativo de los cuidados entre hombres y mujeres?» *Cit.*

son necesarias políticas de alteración de los roles tradicionales de género en otros ámbitos de amplio impacto, como el mundo de la publicidad o los medios de comunicación. Es decir, el enfoque de la corresponsabilidad ha de aplicarse de manera transversal en todos y cada uno de los sectores de la sociedad.

Así pues, en el camino de la conciliación hacia la corresponsabilidad, siguen apareciendo nuevos obstáculos que, de un modo u otro, dificultan el avance hacia la igualdad real de mujeres y hombres.

Otro escollo de la corresponsabilidad es que sustenta sus planteamientos básicamente en un modelo de pareja heterosexual, pero no está pensada como solución para otras manifestaciones de familia cada vez mas numerosas en nuestra sociedad, como son las parejas del mismo sexo, los hogares monoparentales... De ahí que poner todo el foco de atención en un discurso jurídico construido de manera unívoca por una pareja hombre/mujer pueda ser generador de desigualdades. Y en este sentido nos encontramos de nuevo con la problemática que plantean las políticas de conciliación basadas en la diferencia sexual. Así, Martínez Yáñez que ha estudiado el principio de la corresponsabilidad en las políticas autonómicas de conciliación pone de manifiesto, entre otras cuestiones, la falta de adecuación de las medidas de acción positiva diseñadas en las CC.AA. para estimular el reparto equilibrado de las responsabilidades familiares en las familias compuestas por uniones homosexuales[627]: ″en el fondo, no deja de ser paradójico que cuando se está abriendo camino el concepto de género, más flexible e integrador de las nuevas realidades personales, familiares y sociales, se mantengan y estimulen medidas a favor de la igualdad y de la conciliación basadas exclusivamente en el sexo. Probablemente sea necesaria una reflexión sobre el alcance del principio de corresponsabilidad y sobre la conveniencia de extender sus efectos a todos los tipos de familia, pero en ese caso el concepto sexo debería ceder todo o parte de su protagonismo a otros que han sido obviados hasta ahora, como género, pareja o unidad familiar″[628]. Sin embargo algunos sectores de la doctrina conciben un único

[627] De un lado, las acciones positivas que identifican al destinatario por su sexo, "hombres trabajadores" conducirán a las siguientes situaciones:
-los miembros de las parejas homosexuales de sexo masculino podrán solicitar y ser beneficiarios de las ayudas, aunque en ese caso concreto no se cumpla el objetivo mediato de la norma.
-las mujeres que formen parte de una pareja homosexual no podrían solicitar este tipo de ayudas, únicamente a causa de su sexo, cuando, por el contario, aquí sí que se podría cumplir el objetivo mediato de la norma, lo que comporta una discriminación por razón de orientación sexual.

[628] MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María, «El principio de corresponsabilidad en las políticas autonómicas de conciliación», *Cit*.

modelo de familia formado por una pareja heterosexual, y por tanto apuestan por la diferenciación por sexo considerando que la sustitución de las referencias de "padre" o "madre" a favor de "progenitor" para incluir a las personas del mismo sexo hace que en muchos casos desaparezca o quede difuminada la intención inicial perseguida por algunas medidas en favor de la corresponsabilidad[629]. Y aunque ciertamente el enfoque de la corresponsabilidad nace con el objetivo de implicar a los varones en el cuidado doméstico, no hay que olvidar que las parejas homosexuales también están sujetas a los tradicionales roles de género y por tanto a las mismas situaciones discriminatorias derivadas de ellos. Por otra parte, el hecho de que dos mujeres o dos hombres puedan disfrutar en igualdad de condiciones de los mismos permisos parentales que las parejas heterosexuales no deja de ser una medida a favor de la eliminación de la discriminación por razones de orientación sexual, y flaco favor se haría si una medida en favor de la igualdad de género acabase provocando otro tipo de discriminación.

En la misma línea, se aprecia una nueva limitación del enfoque de la corresponsabilidad cuando nos encontramos ante la falta de inclusión en un régimen de Seguridad Social o la falta de ocupación efectiva de la pareja del beneficiario/a. En cuanto al primer supuesto, hemos visto la problemática planteada en la STJUE *Asunto Betriu Montull* C-5/2012, que no permite al padre disfrutar del permiso de maternidad con la alegación de que se trata de un derecho diferido y que la madre no posee al no estar incluida en un régimen de Seguridad Social. A ello se une la consideración de este permiso no como un parental de cuidado, sino a la manera de un permiso de maternidad "específico" para afianzar las especiales relaciones entre la madre y el hijo. En este caso, nuevamente la diferencia sexual acaba afianzando la discriminación sexo/género. Por lo que respecta a la falta de ocupación efectiva de la pareja del beneficiario, tal y como sostiene Martínez Yáñez[630], los requisitos que exigen a la pareja o al cónyuge del

[629] AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Cit.*. Para la autora, de conformidad con el art. 48.6 modificado por la LOI, la madre podrá ceder al «otro progenitor», cuando éste trabaje también, parte del descanso posterior al parto, con el limite absoluto del disfrute por la mujer de las seis semanas inmediatamente posteriores a dicho acontecimiento. La finalidad inicial de esta norma era favorecer tanto a la mujer (madre) como al hombre (padre) y corresponsabilizar al hombre en el cuidado de los hijos. Esta finalidad cambia para pasar a favorecer a dos mujeres cuando se trata de parejas del mismo sexo. Lo mismo sucede con el nuevo supuesto de suspensión del contrato de trabajo creado por la LOI relativo a la paternidad. Parece claro, y así se señala en la Exposición de Motivos de la Ley, que la intención perseguida por el legislador al crear este nuevo derecho, como acabamos de señalar, es fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción obligatoria de obligaciones familiares.

[630] MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María, «El principio de corresponsabilidad en las políticas autonómicas de conciliación». *Cit.*

beneficiario -que ésta desarrolle una actividad por cuenta propia o ajena- juegan en contra de la corresponsabilidad ya que, en primer lugar, siendo la tasa de empleo femenino inferior a la de empleo masculino, dicha exigencia impedirá solicitar las ayudas a un mayor número de hombres que de mujeres y en consecuencia se obtenga un efecto contrario al buscado. A su vez se obvia la faceta de la igualdad en el acceso al empleo, lo que redunda en contra de las que estando desempleadas, precisamente por ello deben seguir asumiendo dichas responsabilidades, con la consiguiente pérdida de oportunidades formativas y profesionales, que las aleja cada vez más del mercado laboral. Por tanto sería conveniente eliminar todo requisito de ocupación relativo a la pareja o cónyuge del beneficiario. O bien incluir situaciones en las que pese a no llevar a cabo una actividad laboral o profesional se pueda acreditar una intención de incorporación al mercado de trabajo.

Otro de los aspectos que contribuye a reducir la eficacia de estas medidas es la excesiva restricción del enfoque de la corresponsabilidad en el propio desarrollo de los derechos de conciliación. Así, en el ámbito normativo estatal hemos visto que únicamente se han dado pasos con la exclusiva aprobación del permiso de paternidad, y lo mismo ocurre en el ámbito normativo autonómico a tenor del estudio realizado por Martínez Yáñez, que afirma que "la corresponsabilidad se fomenta sólo en unos supuestos muy específicos, quedando desatendida en numerosas ocasiones".[631] A ello se une el hecho de la falta de desarrollo y puesta efectiva en marcha de las pocas medidas legislativas aprobadas y que se encuentran actualmente relegadas a un segundo plano con fundamento en la crisis económica.

Por otra parte, la corresponsabilidad usualmente se refiere al cuidado de los hijos/as olvidando a otros familiares discapacitados o dependientes, lo que, para la autora, muestra el diferente trato del que todavía es objeto la conciliación en función del sujeto que genera las necesidades, máxime si se piensa que el cuidado de las personas dependientes recae casi en exclusiva sobre mujeres de mediana edad, que tendrán más dificultades para mantenerse en el mercado de trabajo y, sobre todo, para acceder a él si la atención a estas personas las ha apartado de la actividad laboral.

[631] Ibid.

Asimismo es oportuno referirnos a un fenómeno legislativo de reciente cuño, al que autoras como Stratigaki[632] denominan "cooptación", y que supone acabar subordinando la idea inicial del concepto a otras prioridades políticas. Hemos visto que la corresponsabilidad tiene como fin último acabar con la discriminación sexo/género, sin embargo en las medidas adoptadas en materia civil sobre la custodia compartida parece prevalecer como finalidad el interés general del menor, aunque durante la convivencia no se haya ejercido la corresponsabilidad en el cuidado por parte de ambos progenitores. En este sentido nos encontramos también con algunos fallos judiciales como el de la SJS Almería núm. 4, de 1 de abril de 2012, que apelando a la corresponsabilidad acaba por denegar el ejercicio de un DCPL a una trabajadora, entre otras razones con el argumento de que "la actora no ha acreditado que sea viuda o que no haya un padre que se pueda hacer cargo de la niña" y que "asimismo pueden existir familiares". Y es que con independencia de que haya o no un padre, o incluso un familiar que hipotéticamente sea capaz de hacerse cargo del menor, ¿hasta que punto puede el órgano judicial en su labor de ponderación valorar estas cuestiones cuando se está solicitando un derecho individual?

En resumen, estamos aún en el inicio de ese camino de la conciliación tradicional hacia la conciliación corresponsable y, según hemos visto, se trata de un recorrido plagado de obstáculos. En lo que al ámbito laboral se refiere, un diseño de los permisos parentales que los configure como individuales, remunerados e intransferibles serían sin duda la mejor solución para avanzar hacia la deconstrucción de los tradicionales roles de género, y por tanto hacia la igualdad real entre mujeres y hombres tanto en el ámbito privado como en el ámbito público. Pero a la vez la sociedad actual es cada vez más diversa y van surgiendo nuevas relaciones interpersonales y sociales que se apartan del modelo de familia heterosexual. Son necesarios, pues, DCPL que dejen de establecer diferencias por sexo, pero también aquellos que permitan adaptar la jornada, o que, contemplen la posibilidad de compatibilizar con el trabajo nuestra vida personal en su más amplio espectro. A ellos dedicaremos el siguiente apartado. Sólo de

[632] STRATIGAKI, Maria, «The cooptation of Gender concepts in EU Policies: The Case of “Reconciliation of Work and Family”», *Cit.*. El concepto de “reconciliación entre el trabajo y vida de familia", que los movimientos feministas lograron introducir para desarrollar la igualdad de género en el mercado de trabajo fue gradualmente convirtiéndolo en un objetivo orientado hacia el mercado (desarrollar formas flexibles de trabajo).

ese modo, mujeres y hombres podrán desarrollarse libre y dignamente en todas las facetas de su vida.

4. EL DERECHO A ADAPTAR Y DISTRIBUIR LA JORNADA DE TRABAJO PARA CONCILIAR LA VIDA PERSONAL Y LABORAL

4.1. El derecho de los trabajadores/as a la adaptación y distribución de la jornada de trabajo como principal garante de los "derechos de conciliación presenciales"

Podemos afirmar que el derecho a la adaptación y distribución de la jornada de trabajo introducido en la LOI 3/2007 mediante un nuevo artículo -34.8- en el ET es una de las medidas más eficaces para llevat a efecto la conciliación efectiva de responsabilidades.

Por un lado, la medida supone para el trabajador/a solicitante la posibilidad de mantenerse en el trabajo sin pérdida de retribución, o la menor posible, compatibilizándolo con el resto de sus obligaciones personales y familiares. Es decir, permite conciliar “efectivamente” ambas esferas, pública y privada, en el sentido de compaginarlas, sin producir los perjuicios que los DCPL tradicionales ocasionan. Esto es importante porque hasta ahora estos derechos apartaban a los trabajadores/as, principalmente las mujeres, del ámbito laboral, lo que en cierto modo resulta paradójico teniendo en cuenta el significado real del término conciliación.

Por otra parte, la medida permite dar cabida a toda una amplia diversidad de supuestos de la vida personal y familiar que no tienen amparo legal actualmente en nuestra normativa, la cual no evoluciona al mismo tiempo que las nuevas realidades sociales y los nuevos modelos de familia. Ello, claro está, siempre que dichas necesidades personales y familiares tengan la suficiente relevancia para interferir en el poder de dirección del empresariado.

Por último, y como consecuencia de lo anterior, al tratarse de una medida que no aparta a los trabajadores/as de sus empleos y permite que mantengan su retribución, evita la consolidación de los roles tradicionales de género -ya que como hemos visto, si se debe prescindir de todo o parte del salario, acaba siendo la mujer quien solicita el

derecho-, por lo que a la postre es efectiva para acabar con la discriminación por razón de sexo/género en el trabajo.

La adaptación de la jornada de trabajo, como medida al servicio de lo que por la doctrina científica se está denominando como "derechos de conciliación presenciales"[633], aparece en nuestra normativa interna, según hemos apuntado, con la introducción en la LOI 3/2007 del nuevo apartado octavo del art. 34 ET, que introduce el derecho de los trabajadores/as a la adaptación y la distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. De este modo, tal y como afirma Fernández Docampo, el art. 34.8 ET introduce uno de los mecanismos esenciales para poder conciliar trabajo y familia pues "lo importante a efectos de conciliación no es tanto poder ausentarse del trabajo para poder atender así las responsabilidades familiares como seguir desarrollando el trabajo compatibilizándolo con las atenciones y cuidados a la familia. Se busca con ello incidir en el derecho de presencia del trabajador o trabajadora con responsabilidades familiares en el mundo laboral, frente al tradicional y contrapuesto derecho a la ausencia del trabajo como único instrumento para poder atender las responsabilidades familiares"[634] .

No obstante, conviene aclarar que las solicitudes de adaptación horaria principalmente para conciliar familia y trabajo ya se venían canalizando con anterioridad a la LOI 3/2007 a través del art. 37.6 ET, -aunque como veremos no exentas de conflicto-, lo que de alguna manera pone ya de manifiesto la necesidad de este derecho de adaptación de jornada de los trabajadores/as para poder llevar a cabo efectivamente esta conciliación.

En cuanto a otros aspectos de la conciliación relacionados con la vida personal, el derecho de adaptación horaria también está presente en el ET, art. 23, concretamente para conciliar la formación de los trabajadores/as con el trabajo.

Sin embargo, pese a la evidencia de esta necesidad real, el ejercicio de las solicitudes de adaptación horaria por parte de los trabajadores/as, al menos en lo relacionado a la vida familiar, no ha sido en absoluto pacífico y prueba de ello es que ha originado buena parte de toda la jurisprudencia existente en materia de conciliación. Por

[633] Por todas, BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad». *Cit.*

[634] FERNÁNDEZ DOCAMPO, Belén, «La reincorporación al trabajo tras el disfrute del permiso parental. Medidas previstas en la Directiva 2010/18, de 8 de Marzo», en *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo* (Dirs. Fernández Prieto, Marta y Cabeza Pereiro, Jaime), (Albacete: Bomarzo, 2012), pp. 137-154.

un lado, las empresas, siguiendo la temprana doctrina que el TS en sus Sentencias 13 y 18 de junio de 2008 realiza del art. 34.8 ET, han venido rechazando mayoritariamente este tipo de solicitudes apoyándose estrictamente en ellas sin demostrar siquiera que no existía posibilidad, o al menos de la dificultad de cumplir con lo solicitado por el trabajador/a. Del mismo modo, los tribunales también han desestimado mayoritariamente estas solicitudes, ignorando la dimensión constitucional de los DCPL y sin realizar la necesaria ponderación de los derechos fundamentales en juego[635].

Sin embargo, y aunque las medidas de adaptación horaria en algunos casos concretos sean difíciles de adoptar por las circunstancias organizativas de la empresa, lo cierto es que sí es posible llevarlas a cabo en otros muchos supuestos, por lo que tratándose de uno de los derechos más efectivos para la conciliación de responsabilidades, no se explican bien las resistencias con que se encuentra este derecho de conciliación. Tal vez su ejercicio continúa viéndose como una cierta amenaza al poder de dirección del empresariado, por lo que requeriría de un mayor compromiso político y su reforzamiento normativo. La reforma laboral de 2012, RDL 3/2012, como hemos visto en el capítulo II, lejos de esta idea, no ha hecho sino reforzar unidireccionalmente la capacidad de las empresas de disponer en cualquier momento y con mayor facilidad del tiempo de los trabajadores/as mediante diferentes medidas de flexibilidad interna[636]. No obstante, en el marco europeo, principalmente a partir de 2010, se empieza a poner de manifiesto en diferentes textos la importancia de buscar soluciones para la conciliación que no aparten a los trabajadores/as del mercado de trabajo, principalmente a las mujeres, introduciéndose esta idea de los DCPL como derechos presenciales.

Analizaremos todo ello en los apartados siguientes para acabar respondiendo a la pregunta sobre si existe en nuestra normativa un derecho efectivo a la adaptación y distribución de la jornada de trabajo más allá de lo que se puede establecer en la

[635] Existen al respecto muchos trabajos doctrinales en los que se pone de manifiesto esta mala praxis por parte de los Tribunales. Entre otros:
UBILLÚS BRACAMONTE, Rolando Enrique, «La concreción horaria y la reducción de la jornada por cuidado de un hijo menor», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. n.º 21/2013.
TATAY PUCHADES, Carmen, «La concreción horaria en supuestos de reducción de jornada por guarda legal». *Cit.*
MOLINA HERMOSILLA, Olimpia, «Un nuevo -y esperado- ataque al maltrecho derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral», *Aranzadi Social paraf. n.º* 40/2009 (Presentación).

[636] Recordemos que la reforma laboral de 2012, no hace referencia expresa a las necesidades de conciliación de los trabajadores, es mas, ignora cualquier necesidad subjetiva que pudiera tener el trabajador/a para centrarse únicamente en las necesidades empresariales que parecen ser las únicas razones válidas y legítimas para justificar una adaptación de las condiciones de trabajo.

negociación colectiva o el acuerdo individual, y si es éste un derecho necesario para poder conciliar efectivamente responsabilidades. Trataremos de aportar algo de luz en este controvertido asunto.

4.2. El derecho a la adaptación y distribución de la jornada de trabajo en la Unión Europea

En el capítulo precedente hemos visto que la normativa de la UE sobre el tiempo de trabajo se ha venido desarrollado a espaldas de las repercusiones directas de su regulación tanto en materia de igualdad de género como de conciliación, siendo esta falta de perspectiva de género en la materia una de las causas principales de la pervivencia de la división sexual del trabajo, consolidando así las diferentes situaciones de discriminación que sufren las mujeres tanto en el acceso como en el mantenimiento del trabajo. Por ello, el legislador europeo comienza a tomar conciencia en los últimos años de la necesidad de introducir la perspectiva de género en la regulación del tiempo de trabajo para avanzar en la lucha frente a la discriminación, sin abandonar otros aspectos como el mantenimiento en el empleo de las mujeres o la protección a la familia.

Podemos encontrar un primer antecedente relacionado con la atención a la familia en la Recomendación 92/241/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas donde se recoge en su art. 2.1, el criterio de que el entorno, la estructura y la organización del trabajo se "adapte" a las necesidades de los trabajadores/as con hijos/as. Pero será a partir de 2010 cuando la cuestión de la adaptación horaria ligada a la conciliación de la vida personal y laboral comience a introducirse en algunos textos europeos, principalmente en el *soft law*.

Como ya indicamos en el capítulo I, la propuesta de reforma de la Directiva de maternidad 92/85[637] de 2008 incorporaba la posibilidad de adaptar la jornada de trabajo a la reincorporación del permiso de maternidad. Concretamente, la redacción del art. 11 añadía un quinto párrafo con el siguiente tenor: "Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras, en el sentido del art. 2, puedan durante el

[637] Propuesta de reforma presentada por la Comisión en Octubre de 2008 COM (2008) 637 final.

permiso de maternidad o al volver del mismo, como contempla el artículo 8, pedir a su empleador que adapte sus modalidades de trabajo y su horario, y el empleador estará obligado a tener en cuenta dicha petición, teniendo presentes las necesidades del empleador y de la trabajadora".

También la Estrategia para la igualdad entre hombres y mujeres 2010-2015, Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 21 de septiembre de 2010, COM (2010) 491 final, menciona la necesidad de buscar nuevas formas para la compatibilización, relacionadas con la organización del trabajo en general y del tiempo de trabajo en particular, haciendo expresa mención a la preferencia por mantener la actividad de las mujeres en puestos de alta cualificación.

Por su parte, la Estrategia Europea 2020, COM(2010) 2020, de 3 de marzo de 2010, acordada por el Consejo Europeo a propuesta de la Comisión, pone en marcha una nueva estrategia en favor del empleo para lograr "un crecimiento sostenible, inteligente e integrador". Dentro de la iniciativa "una agenda para nuevas cualificaciones y empleos" insta a los Estados miembros a ejecutar planes nacionales de flexiseguridad con el objetivo de reducir la segmentación del mercado laboral y facilitar las transiciones, así como la conciliación entre la vida laboral y familiar, estableciendo expresamente lo siguiente: "en su respectivo nivel, los Estados miembros necesitarán promover nuevas formas de equilibrio entre la vida laboral y familiar y políticas de envejecimiento activo e incrementar la igualdad entre sexos".

Más concretamente, las "Directrices Integradas Europa 2020", que fijan el marco para la Estrategia Europa 2020 y para las reformas en cada Estado miembro, decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo en los Estados miembros (2010/707/UE), establecen en su anexo (Orientación nº 7 dedicada a "Aumentar la participación de mujeres y hombres en el mercado laboral, reducir el desempleo estructural y fomentar el empleo de calidad") lo siguiente: "Las políticas en materia de equilibrio entre la vida profesional y personal, junto con la prestación de una atención asequible y la innovación en la manera en que el trabajo está organizado, deben orientarse a mejorar las tasas de empleo, especialmente de los jóvenes, los trabajadores de más edad y las mujeres".

De estos enunciados se desprende la percepción de la adaptación del tiempo de trabajo ligada a cuestiones como la igualdad de género, la conciliación, el empleo y más concretamente el mantenimiento de las mujeres en sus puestos de trabajo. Tal y como

señala Ballester Pastor[638], introducen la idea de la obligación de las empresas de realizar una reestructuración en sus políticas de tiempo de trabajo que faciliten la conciliación de los trabajadores/as mediante la reorganización del trabajo a la vez que hacen referencia a una nueva vertiente presencial del derecho a la conciliación**.**

Sin embargo, por su valor normativo, adquiere mayor relevancia la Directiva 2010/18 de reforma de permisos parentales, ya que en su cláusula sexta apto. 1º titulada "Reincorporación al Trabajo"[639], establece, aun con carácter indicativo, atribuciones a los trabajadores/as para adaptar su jornada con motivo de la reincorporación tras el permiso parental. Esta referencia, sin precedente en la anterior Directiva de permisos parentales, como ha destacado Ballester Pastor[640], adquiere una particular importancia porque parece introducir un sentido de mayor extensión en el concepto de conciliación, superando la estricta vertiente de los permisos parentales y, si bien tiene un efecto testimonial –dado su carácter de mera consideración-, éste debe ser subrayado puesto que se trata de la primera vez que aparece en un texto normativo de la UE el derecho a la adaptación de la jornada por razones de conciliación de responsabilidades, lo que es particularmente interesante en una norma que se dedica exclusivamente a los permisos parentales.

Para Fernández Docampo[641], la novedad de una cláusula de estas características en el ámbito comunitario es que reconoce expresamente a la legislación interna la posibilidad de determinar las diferentes modalidades de adaptación de jornada por motivos de conciliación, lo que puede servir en nuestro caso concreto para replantear la conveniencia de introducir reglas legales que favorezcan la posición del trabajador/a que necesite adaptar su tiempo de trabajo para poder compatibilizarlo con sus responsabilidades familiares. Tal y como afirma esta autora, las previsiones de adaptación horaria supondrán un avance significativo capaz de reducir los efectos

[638] BALLESTER PASTOR, Mª Amparo, «Igualdad y conciliación en las últimas reformas laborales y de Seguridad Social. Análisis desde las exigencias del derecho de la Unión Europea». *Cit.*

[639] Cláusula 6.1º: "Para promover una mejor conciliación, los Estados miembros o los interlocutores sociales tomarán las medidas necesarias para velar por que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un periodo determinado de tiempo. Los empresarios tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores".

[640] BALLESTER PASTOR, Mª Amparo, «Igualdad y conciliación en las últimas reformas laborales y de Seguridad Social. Análisis desde las exigencias del derecho de la Unión Europea». *Cit.*

[641] FERNÁNDEZ DOCAMPO, Belén, «La reincorporación al trabajo tras el disfrute del permiso parental. Medidas previstas en la Directiva 2010/18, de 8 de Marzo». *Cit.*

negativos que pueden producir en la carrera laboral de los trabajadores/as, principalmente mujeres, otros permisos parentales de ausencia, por lo que considera que esta nueva regulación adquiere especial relevancia desde la perspectiva más amplia del principio de igualdad de oportunidades y la eliminación de la discriminación por razón de género. Por ello, aunque la norma comunitaria no reconozca a los trabajadores/as ningún derecho individual a adaptar temporalmente su tiempo de trabajo, sí obliga a que internamente se regule el procedimiento que habilite dicha adaptación. De este modo, "la obligatoria transposición de la Directiva 2010/18 se convierte en la justificación perfecta para dotar de contenido material el art. 34.8 ET"[642].

Este razonamiento ha llevado al Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona a plantear al TJUE una cuestión prejudicial sobre si puede interpretarse el art. 34.8 ET a la luz de la cláusula sexta de la Directiva 2010/18[643]. A la vista de las circunstancias del caso el juzgador formula al TJUE las siguientes cuestiones:

a) Si la cláusula sexta puede tener influencia en la resolución del litigio de que conoce dado que en España se entiende que un permiso de maternidad disfrutado con arreglo a esta base jurídica es también un permiso parental como es el que es objeto de la cláusula 2 apartado 1[644] del Acuerdo marco revisado.

b) Para el caso de que la cláusula sexta se aplique a una situación como la controvertida en el litigio principal, se pregunta si ésta se ha traspuesto correctamente en el Derecho interno, visto el art. 34.8 ET. Para el Juzgado, el art. 34.8 ET no puede subordinar el acceso al derecho que instituye la cláusula sexta. En caso de no haber sido correctamente traspuesta, se plantea entonces si la cláusula podría tener efecto directo horizontal por ser norma mínima comunitaria.

---

[642] Ibid.

[643] A grandes rasgos las circunstancias son las siguiente: la trabajadora, al final su permiso de maternidad, el 27 de diciembre de 2013, formuló a la empresa una solicitud de reducción de jornada pasando ésta a ser de 30 horas semanales y, a la vez, su adscripción al turno de mañana fijo de 9.00 a 15.00, de lunes a viernes. Ello por guarda legal de su hijo amparándose en el artículo 37, apartados 5 y 6 ET. La empresa reconociéndole el derecho a la reducción, no contesta a su solicitud de adaptación por lo que la trabajadora interpone procedimiento judicial al amparo del art. 139 LRJS 36/2011. En marzo de 2014, se suspende el procedimiento, a instancia del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, para que se pudiera iniciar el procedimiento previsto en el artículo 34.8 ET por considerar que la discrepancia entre las partes se limita ahora a la posibilidad de adaptar el horario y la distribución de la jornada con arreglo a este artículo, ya que se ha concedido la reducción de la jornada laboral con arreglo al artículo 37.5 ET.

[644] "En virtud del presente Acuerdo, se concede un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder cuidarlo hasta una edad determinada, que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros o los interlocutores sociales".

Para responder a estas cuestiones -y salvando un primer obstáculo derivado del hecho de que la trabajadora no se encuentra estrictamente en la situación de reincorporación después del permiso parental sino durante el disfrute del mismo por lo que, tal y como sugiere la Comisión, no estaría incluida en el ámbito de aplicación del Acuerdo marco revisado, tal como lo define su cláusula sexta apto. 1º-, el Abogado general, a fin de dar una respuesta útil al Juzgado, sostiene que sí pueden aplicarse otras cláusulas del Acuerdo marco, reformulando la pregunta del juzgado de modo que ésta se examine a la luz de las cláusulas segunda[645] y tercera[646] del mismo. Por tanto la cuestión "debe entenderse en el sentido de que tiene por objeto, en esencia, que se dilucide si las cláusulas 2 y 3 del Acuerdo marco revisado se oponen a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, prevea un permiso parental en forma de reducción de jornada acompañada de una concreción horaria en el marco de la jornada ordinaria, pero subordine la aplicación de la concreción fuera de la jornada ordinaria a las modalidades establecidas en lo dispuesto en la negociación colectiva"[647] , llegando a la conclusión final de que no existe oposición entre el derecho de la Unión –clausulas 2 y 3- y nuestra normativa al respecto, arts. 37.5 y 34.8 ET[648].

Finalmente la respuesta del TJUE dada en la Sentencia del TJUE de 16 de junio de 2016, *Asunto Estrella Rodríguez*, C 351/14, por la que inadmite la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social deja a un lado las conclusiones del Abogado general alegando que la Directiva de permisos parentales no resulta de aplicación a la trabajadora[649] y afirmando a continuación que el derecho a la adaptación de jornada del art. 34.8 ET no aborda específicamente las situaciones de reincorporación tras un permiso parental, en el sentido de la cláusula sexta apto. 1º de la

[645] Cláusula 2.1: "En virtud del presente Acuerdo, se concede un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder cuidarlo hasta una edad determinada, que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros o los interlocutores sociales".

[646] Cláusula 3.1: "Las condiciones de acceso y las normas de aplicación del permiso parental se definirán por ley o convenio colectivo en los Estados miembros con arreglo a las disposiciones mínimas del presente Acuerdo. (...)".

[647] Punto 62 de las conclusiones.

[648] Punto 72 de las conclusiones.

[649] "Y aunque la petición de concreción horaria inicialmente formulada al reincorporase tras su permiso de maternidad fue seguida de una reiteración de dicha petición fundada en otra base jurídica del Derecho nacional, ya no procedería, considerar que la segunda de ellas se formuló con motivo de la reincorporación tras su permiso de maternidad. Pero tampoco puede entenderse que dicha solicitud sea como consecuencia de la "reincorporación tras un permiso parental" ya que la demandante no se encuentra en modo alguno en la situación de "reincorporación" al trabajo tras dicho permiso".

Directiva de permisos parentales, del mismo modo que la cláusula sexta no ha pasado a ser aplicable de manera directa e incondicional a las situaciones de reincorporación tras el permiso de maternidad o a otras situaciones que no estén relacionadas con la reincorporación tras el permiso parental, ni la normativa nacional ha pretendido atenerse a las soluciones aplicadas por esta misma disposición, con el fin de garantizar un tratamiento idéntico de esas situaciones y de las comprendidas en el ámbito de aplicación referido. La sentencia, en fin, llama la atención por una argumentación restrictiva pero sobre todo muy poco razonada en este aspecto, al menos desde la perspectiva de la tutela del derecho a la no discriminación de la trabajadora y su doctrina al respecto. Nos planteamos si tal vez la pregunta formulada por el Juzgado de lo Social no debería haberse realizado al amparo del art. 37.5 ET, tratándose de una solicitud de reducción de jornada y dado que dicho artículo permite la posibilidad de adaptación horaria desde una perspectiva amplia de lo que debe entenderse por jornada ordinaria, conforme a la doctrina de la STC 3/2007 y que el propio magistrado ha defendido[650]. Pero también cabe obtener otra conclusión, y es que en todo caso el Estado español no ha traspuesto correctamente la Directiva 2010/18, al menos desde la perspectiva de la cláusula sexta apdo. 1º. Es por ello que deberían abordarse en un futuro próximo reformas legislativas a fin de garantizar la eficacia de aquellos derechos recogidos en el ET que contemplan solicitudes de adaptación horaria relacionadas con la conciliación, en vez de contribuir a su deterioro como se lleva haciendo -veremos a continuación- en mayor profundidad.

En resumen, podemos afirmar que este interés creciente del legislador europeo sobre el tiempo de trabajo, en normas que hasta entonces se ocupaban de la maternidad y los permisos parentales desde un enfoque principal de "ausencias", debería desarrollarse en los próximos años en esta dirección: la potestad del trabajador/a de adaptar su jornada de trabajo en determinadas situaciones, ya que a fin de cuentas ello posibilitaría alcanzar a través de la conciliación diferentes objetivos que aúnan la igualdad de género, protección a la familia y el pleno empleo.

[650] AGUSTÍ MARAGALL, Joan, «El carácter “diario” de la reducción de jornada por guarda legal. Razones para una interpretación alternativa y constitucional del art. 37.5 ET», *IUSLabor*, n.º 2 (2014).

4.3. Supuestos normativos de adaptación y distribución de la jornada de trabajo para conciliar vida personal y profesional en el ámbito estatal: Conflictos y soluciones

El derecho a adaptar la jornada de los trabajadores/as para cuestiones tanto de carácter personal como familiar tiene en nuestro ordenamiento jurídico mayor recorrido que en la normativa de la UE, incluso, como veremos, con anterioridad a la publicación de la LOI 3/2007. Los diferentes supuestos normativos de adaptación y distribución horaria que analizaremos a continuación nos servirán tanto para explorar todas las posibilidades legales existentes actualmente como para obtener conclusiones respecto a la manera de interpretar el "genérico" art. 34.8 ET, a falta de un mayor compromiso tanto del legislador como de la negociación colectiva en cuanto a su aclaración y desarrollo.

A) El derecho a la adaptación horaria para la promoción y formación profesional en el trabajo

El art. 23 ET[651] establece diferentes posibilidades de adaptación horaria relacionadas con la promoción y formación profesional del trabajador/a. Como

[651] Artículo 23. Promoción y formación profesional en el trabajo:
1. El trabajador tendrá derecho:
a) Al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, así como a una preferencia a elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional.
b) A la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional.
c) A la concesión de los permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo.
d) A la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. La misma correrá a cargo de la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo.
2. En la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores de uno y otro sexo.
3. Los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa tienen derecho a un permiso retribuido de veinte horas anuales de formación profesional para el empleo, vinculada a la actividad de la empresa, acumulables por un período de hasta cinco años. El derecho se entenderá cumplido en todo caso cuando el trabajador pueda realizar las acciones formativas dirigidas a la obtención de la formación profesional para el empleo en el marco de un plan de formación desarrollado por iniciativa empresarial o comprometido por la negociación colectiva. Sin perjuicio de lo anterior, no podrá comprenderse en el derecho a que se refiere este apartado la formación que deba obligatoriamente impartir la empresa a su cargo conforme a lo previsto en otras leyes. En defecto de lo previsto en convenio colectivo, la concreción del modo de disfrute del permiso se fijará de mutuo acuerdo entre trabajador y empresario.

decíamos, se puede considerar, al menos desde la entrada en vigor de la LOI 3/2007, como uno más de los derechos de conciliación dispersos en el ET, en este caso referido a la vida personal y profesional de los trabajadores/as, y un derecho pionero en las solicitudes de adaptación horaria; nos servirá por tanto como punto de referencia a la hora de estudiarla en el resto de derechos de conciliación.

Como ya vimos en el capítulo I, el art. 23 ET contempla concretamente, además de ciertos permisos de ausencia al trabajo, la preferencia del trabajador/a para elegir turno de trabajo cuando se cursen estudios para la obtención de un título académico o profesional así como la posibilidad de adaptar su jornada de trabajo ordinaria para la asistencia a cursos de formación profesional. Inicialmente su redacción en la norma legal dio pie a la ausencia de un criterio judicial definido y único en torno a su aplicabilidad: una parte abogaba por su carácter meramente programático –del mismo modo que ha sucedido con el art. 34.8 ET-, con el argumento de que no existiendo en el convenio previsión alguna respecto a la obtención de preferencia en el turno de trabajo para actividades académicas ajenas a las labores propias de los trabajadores/as de la empresa, el derecho previsto en el ap. 1 art. 23 ET no sería ejercitable al ser materia absolutamente desregulada; otra parte sostenía la posibilidad de su directa aplicación, ya que, entre otras alegaciones, ni la redacción de la norma ni la propia inacción de la negociación colectiva podían dejar vacíos de contenido al art. 23 ET[652]. Finalmente, el TS en sus Sentencias de 25 de octubre de 2002[653] (Rec. 4005/2001) y de 6 de julio de 2006 (Rec. 1861/2005), al interpretar el art. 23.1.a) ET acabó resolviendo que el derecho a la formación profesional "conecta con el derecho a la educación consagrado en el artículo 27 de nuestra Constitución, y que se prevé en el artículo 40.2 del propio texto constitucional entre las tareas de los poderes públicos dirigidas al ámbito laboral",

---

[652] En este sentido la STSJ Canarias de 16 de mayo de 2001, rec. 854/1999.

[653] La STS 25 de octubre de 2002 en su FD.6º establece lo siguiente: "las normas fundamentales (artículos 27.1, 35.1 y 40 de la Constitución) y las de rango de legalidad ordinaria [artículos 4.2 b) y 23.1 a) del Estatuto de los Trabajadores] hacen prevalecer sobre cualquier otra circunstancia, salvo prueba en contrario, el ejercicio por los trabajadores de su derecho a la promoción profesional, y en tal sentido no es aceptable limitar el alcance y el efecto de las normas que reconocen tal derecho más allá de lo razonable, mediante una interpretación restrictiva que no encuentra justificación alguna; ya el extinguido Tribunal Central de Trabajo había declarado en las sentencias de 5 de abril de 1984 y 5 de octubre de 1988 que esas normas no son susceptibles de una interpretación restrictiva, sino que deben ser aplicadas con criterio amplio, para dotarlas de una eficacia real; por tanto, aceptando la corrección de tal doctrina, hay que rechazar toda interpretación que imponga al derecho invocado otras limitaciones distintas a las que son propias de su naturaleza, y de ahí que los trabajadores que cursen estudios para la obtención de un título académico o profesional, hecho que en este caso no se ha cuestionado tienen preferencia a elegir turno de trabajo, con independencia del régimen instaurado por la empresa, ya se trate de turno fijo o rotatorio, siempre que este sistema de trabajo sea el implantado en la empresa.

y, por ello, “las normas fundamentales (artículos 27.1, 35.1 y 40 de la Constitución) y las de rango de legalidad ordinaria (artículos 4.2 b) y 23.1 a) del Estatuto de los Trabajadores) hacen prevalecer sobre cualquier otra circunstancia, salvo prueba en contrario, el ejercicio por los trabajadores de su derecho a la promoción profesional"*;* lo que obliga a realizar una interpretación y aplicación favorable a la efectividad del derecho a la elección de turno, el cual, además, es de eficacia directa, sin que su ejercicio quede obstaculizado porque no se haya efectuado un desarrollo del mismo en los convenios colectivos. Por lo tanto, y al contrario de lo que ocurre en las solicitudes de adaptación horaria para conciliar cuestiones familiares, como veremos más adelante, y según ha destacado Trillo Párraga[654], los conflictos en materia de adaptación horaria para la conciliación formación/trabajo se han resuelto de forma bastante favorable para los intereses educativos del trabajador/a, al realizar el TS una interpretación amplia del precepto.

Así, de acuerdo con reiterada jurisprudencia[655], este derecho no es susceptible de aplicación restrictiva sino que debe ser aplicado con criterio amplio para dotarlo de una eficacia real posibilitando el desarrollo del derecho del trabajador/a a su formación y promoción profesional.

De este modo, afirma la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 1133/2004 de 30 julio, "debe de partirse, como se ha señalado por la doctrina científica (Mirón Hernández), del derecho del trabajador a su formación profesional como un derecho de configuración constitucional (artículo 40.2 CE), íntimamente relacionado con la cláusula de “Estado social” (artículo 1º.1 CE), a la hora de realizar una interpretación de la regulación ordinaria del mismo que sea ajustada a parámetros adecuados de legalidad. Y dentro de este ámbito, relacionado además con el derecho a la promoción en el trabajo (artículo 35.1 CE, artículo 4.2.b ET), el artículo 23.1.b del Estatuto de los Trabajadores recoge, como derecho del trabajador, mejorable por la negociación colectiva, el de adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional, o la concesión del permiso oportuno de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo. De tal modo que se haga viable el esfuerzo formativo realizado por el trabajador, compatibilizándolo con el

[654] TRILLO PÁRRAGA, Francisco J., «Las dos direcciones de la flexibilización del tiempo de trabajo», *Relaciones Laborales* tomo 1, Editorial La Ley, n.º 12 (2010), pp. 693.

[655] Entre otras: STS de 25 octubre 2002, Sentencia núm. 2640/1999 de 9 septiembre TSJ C. Valenciana, Sentencia núm. 1133/2004 de 30 julio TSJ Castilla-La Mancha.

desempeño del trabajo, y no debe ello olvidarse, tanto en beneficio propio del mismo como, sin duda, de la propia empresa, si tiene relación la formación con su actividad, o del sistema productivo en general, al que beneficia genéricamente una mano de obra más cualificada".

Y aunque, tal como advierte Trillo Párraga -citando la STC nº 129/1989, de 17 de julio-, los derechos que la CE garantiza como ciudadano/a al trabajador/a no constituyen un factor de alteración del entramado de derechos y obligaciones derivados de la relación laboral, puesto que no añaden a ésta contenido determinado alguno al no constituir por sí mismos ilimitadas cláusulas de excepción que justifiquen el incumplimiento por parte del trabajador/a de sus deberes laborales -sin perjuicio de que por contraste con las normas constitucionales puedan ser invalidadas las normas legales o estipulaciones convencionales rectoras de la relación laboral[656]-, en el caso de la formación, el derecho fundamental a la educación (art. 27 CE) se llena de contenido con la norma legal (art. 23 ET), por lo que reúne los requisitos necesarios para salvar las limitaciones impuestas por el TC en materia de aplicación de derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, salvando de este modo un posible incumplimiento laboral del trabajador/a, si bien a través de esa interpretación amplia del concepto de trabajo a turnos rotatorios (art. 36.3 ET).

En coherencia con esa necesidad de interpretación amplia, corresponde a la empresa alegar y probar las circunstancias que razonablemente imposibiliten o restrinjan tal derecho, como la existencia de necesidad organizativa o de perjuicio concreto para el resto de trabajadores/as. En este sentido, la STSJ C. Valenciana núm. 2640/1999, de 9 septiembre, señala: "correspondiendo a la empresa alegar y, como es el caso, probar cuando su decisión denegatoria del cambio es impugnada en vía judicial, las circunstancias que razonablemente pudieran imposibilitar o restringir la satisfacción de la preferencia ejercida por el trabajador; actividad probatoria que, al no haber sido llevada a cabo por la recurrente, ha de dar lugar a que se estime que el juzgador de instancia ha aplicado adecuadamente los preceptos que se denuncian infringidos,

[656] Pese a ello, no hay que perder de vista que no cabe defender la existencia de un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprensivo de sujeción del trabajador/a al interés empresarial, pues ello no es acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales (SSTC 186/1996, de 25 de noviembre; 204/1997, de 25 de noviembre; 1/1998, de 12 de enero; 197/1998, de 13 de octubre; 241/1999, de 20 de diciembre; o 192/2003, de 27 de octubre), de modo que aunque la relación laboral tiene como efecto típico la supeditación de ciertas actividades a los poderes empresariales, no basta con la sola afirmación del interés empresarial para restringir los derechos fundamentales del trabajador, dada la posición prevalente que éstos alcanzan en nuestro ordenamiento en cuanto proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y fundamentos del propio Estado democrático (art. 1 CE).

procediendo por ello la desestimación del motivo de recurso". O la STSJ Castilla y León núm. 249/2009, de 22 abril**:** "Lo único que se viene a alegar es que la atribución al actor del derecho a elegir turno implicaba un perjuicio para los demás compañeros, que habrían de ajustar sus horarios a las necesidades formativas del actor. Pero esa causa es connatural a todo sistema basado en preferencias, puesto que al atribuir la preferencia a un trabajador se hace en detrimento de las expectativas de otros. No consta en los hechos probados cuál sea el perjuicio que tal elección implicaba en concreto para otros trabajadores, de manera que pudiera valorarse la proporcionalidad del sacrificio exigido. Y no consta ni se alega ninguna otra necesidad organizativa de la empresa que impidiese la adaptación de la jornada para liberar al actor de prestación de servicio las mañanas de los días lectivos." (...) "Si el único motivo de la negativa de la Administración empleadora es una alusión genérica a los perjuicios no acreditados para sus compañeros de trabajo, dicha alegación no puede sino ser desestimada, porque no se fundamenta en hechos objetivos declarados probados".

De ahí que, como sostiene Trillo Párraga, cabría extender estas interpretaciones jurisprudenciales a cualquier otro aspecto de la conciliación de la vida personal y/o familiar del trabajador/a ya que de otra forma, "el derecho a conciliar vida personal, familiar y laboral quedaría relegado a un segundo plano pudiendo desarrollarse únicamente cuando las exigencias empresariales así lo permitan (...) Dicho de otro modo, si se mantuviese una interpretación estricta del necesario carácter rotatorio en el trabajo a turnos, el trabajador se encontraría ante una situación en la que solo podría atender/conciliar su vida personal, familiar y laboral de forma fragmentada. Circunstancia ésta que equivale tanto como a negar su derecho a la conciliación de los "tiempos de vida"[657]. Así pues, la colisión entre la libertad de empresa y los DCPL del trabajador/a introduciría un "reequilibrio de derechos", estableciéndose la preferencia del trabajador/a a adaptar su jornada, para con ello dar desarrollo a la necesaria "reconciliación de la vida familiar y laboral" adoptando criterios flexibilizadores de la propia normativa laboral.

B) El derecho a la adaptación horaria en el permiso de lactancia

[657] TRILLO PÁRRAGA, Francisco J., «Las dos direcciones de la flexibilización del tiempo de trabajo». *Cit.*

Actualmente el permiso de lactancia, regulado en el art. 37.4 ET, supone con carácter general la posibilidad de ausentarse del puesto de trabajo durante una hora, pudiendo sustituirse por una reducción de la jornada en media hora con la misma finalidad. Con la entrada en vigor de la LOI 3/2007 se introduce una nueva posibilidad de adaptación horaria en el disfrute de este permiso, para lo cual se establece lo siguiente: ″quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla″. Se trata de una fórmula similar a la recogida en el art. 34.8 ET, es decir, se admite la posibilidad de adaptar la jornada, en este caso acumulando el permiso en días completos, pero en los términos previstos en la negociación colectiva o el acuerdo a que se llegue con el empresariado.

Sin embargo, esta posibilidad de adaptación horaria del permiso en jornadas completas ya se venía contemplando por la regulación convencional de algunos sectores[658] sin que ello supusiese contravenir la normativa legal; y de este modo, por ejemplo, la doctrina judicial, entre otras SAN, 29 de marzo de 2004 y STS 20 de junio de 2005[659], no había planteado ningún problema a esa regulación, permitiendo la

[658] Ejemplos en este sentido son:
El art. 41 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, publicado en el BOE de 27 de abril de 2006 y con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2008, establece expresamente lo siguiente: "el permiso por lactancia se regulará según lo establecido en el art. 37.4 ET. Los trabajadores podrán optar por acumular el disfrute de este derecho de reducción de la jornada por lactancia, en catorce días naturales, uniéndolo al período de baja por maternidad".
El art. 41.d) del Convenio Colectivo de Aldeasa para los años 2003 a 2006 establece: "Lactancia. Las horas establecidas como permiso para la lactancia podrán acumularse mediante el disfrute de un mes de permiso retribuido, o la proporción que corresponda en función del período de alta de la madre con posterioridad al parto, hasta que el hijo cumpla nueve meses".

[659] STS 20 de junio de 2005. FJ.2º: "1.–La posibilidad establecida en el artículo 41.d) del convenio colectivo –así lo han afirmado las partes firmantes del Convenio en los escritos presentados ante la Dirección General del Trabajo– constituye una facultad otorgada al progenitor que no supone renuncia a derecho alguno y que no se opone, sino que cumple con la finalidad prevista por los artículos 37.4 y 6 ET. Ello es así, porque conforme a la realidad social del momento en que ha de ser aplicada la Ley (artículo 3 del Código Civil) constituye un hecho notorio que en la sociedad actual y en un entorno urbano que obliga a la inversión de considerable tiempo en los desplazamientos –máxime en un supuesto como el de Aldeasa, en el que la mayor parte de los trabajadores prestan sus servicios en aeropuertos, cuya sede está lejos de los domicilios urbanos–, la ausencia del trabajo, en dos fracciones de media hora, constituye un derecho prácticamente inejercitable para el fin previsto, ya que en la mayor parte de los casos el tiempo invertido en los desplazamientos del centro de trabajo al domicilio es superior al tiempo de interrupción de la jornada laboral".
De otra parte, es evidente que la asistencia que se puede dar al hijo durante la media hora de disminución de la jornada es sensiblemente menor a la que reconoce la norma paccionada, que alcanza a un mes completo sin obligaciones laborales. Es sintomático, al efecto (hecho probado tercero) que trabajadores de Aldeasa han optado por ejercitar de esta forma el permiso de lactancia en forma mayoritaria.
2.–El art. 37 ET es un precepto de derecho necesario relativo, que puede ser mejorado por norma convencional, tal como de forma constante sostiene un sólido criterio jurisprudencial.

acumulación del permiso de lactancia en aplicación del Convenio nº 103 OIT sobre protección de la maternidad, que no configura expresamente el permiso de lactancia como una interrupción diaria, limitándose a remitirse a la legislación nacional para la determinación de la duración del período o períodos en que la mujer lactante podría interrumpir su trabajo para este fin. Con tal redacción no parecía encontrarse impedimento alguno para acumular el permiso aquí analizado. Del mismo modo, cuando el convenio o pacto establece el derecho a la acumulación del tiempo de lactancia sin más concreción, se ha interpretado que el tiempo de lactancia a acumular debe referirse a la hora de ausencia retribuida del art. 37.4 ET y no a la media hora de reducción de la jornada[660].

Cabe preguntarse entonces qué añade la LOI 3/2007 en este concreto aspecto, además de una especie de llamamiento a la negociación colectiva para desarrollar esa posibilidad, y por qué, si ya el propio TS en su STS 20 de junio de 2005 había admitido que la adaptación horaria era una medida más acorde con la nueva realidad social, dicha opción no se incorporó al propio texto legal sin necesidad de la existencia de previsión convencional. Consideramos que, tras la LOI 3/2007, y de conformidad con su espíritu y finalidad (promover la igualdad efectiva), a falta de cláusula convencional deberá al menos intentarse un acuerdo entre trabajador/a solicitante y empresa, máxime teniendo en cuenta la finalidad del permiso parental, es decir, favorecer la conciliación de responsabilidades, sin que ello deba suponer una minoración del derecho reconocido legalmente; es decir, el cómputo de la acumulación horaria en días completos no puede realizarse en detrimento del trabajador/a solicitante, aunque algún caso se ha resuelto ya en ese sentido[661]. Abundaremos en la cuestión del pacto o acuerdo individual entre empresa y trabajador/a cuando abordemos el derecho genérico a la adaptación de jornada del art. 34.8 ET. Y es que el significado del acuerdo individual no puede suponer que en estos casos el trabajador/a deba aceptar una oferta minorada de su derecho. De momento, tal y como ha señalado la STS de 11 de noviembre de 2009, rec.

---

[660] Así lo han establecido las STSJ Cataluña de 21/9/2007 y 23/10/2009 rec. 4853/2008 o la STSJ Castilla-León de 30/05/2012, rec. 287/2012.

[661] La STSJ Galicia de 29/05/2012, rec. 5544/2011, sin embargo, da la razón a la empresa considerando que la posibilidad de la modalidad acumulada depende de lo que se establezca el convenio o el acuerdo que se llegue con el empresario y en este caso era práctica habitual de la empresa conceder sólo 13 días completos (el equivalente a media hora diaria y no a una hora diaria).

133/2008, en los supuestos en los que no haya previsión convencional o acuerdo con el empresario, en principio, no procedería la acumulación.

C) El derecho a la adaptación horaria para las víctimas de violencia de género y del terrorismo

El art. 37.8 ET[662], introducido por la LO 1/2004 y modificado por la disp. final 15.2 de la Ley 3/2012, reconoce tanto a los trabajadores/as víctimas de la violencia de género como a las víctimas de terrorismo la posibilidad de poder reducir su jornada de trabajo, con disminución proporcional del salario, o bien reordenar el tiempo de trabajo a través de diferentes fórmulas de adaptación horaria. Siguiendo la misma fórmula que en otros supuestos de conciliación, la concreción del derecho deberá ejercitarse en los términos establecidos en el correspondiente convenio colectivo, en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores/as o en el acuerdo entre la empresa y la propia trabajadora afectada. Al contrario que en los supuestos anteriores, el legislador, aquí sí ha concretado que en defecto de estos términos corresponderá al trabajador/a la concreción de estos derechos conforme a las reglas del 37.7 ET. Esta mayor garantía obedece a asegurar la máxima protección jurídica posible a la víctima, del mismo modo que según veremos en el apartado dedicado al régimen procesal, también se establecen en el proceso de DCPL medidas cautelares específicas para las víctimas de violencia de género.

Sin embargo esto nos lleva a reflexionar nuevamente sobre la conveniencia de establecer diferentes niveles de tutela normativa entre los derechos de conciliación. Bien es cierto que su dispersión, falta de sistematización e incluso de conceptualización no facilita la tarea. Todos ellos, empero, deberían gozar de las mismas garantías, lo cual se relaciona asimismo con los diversos supuestos de la vida personal que podrían

[662] Art. 37.7 ET: "Los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo tendrán derecho para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.
Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y los trabajadores afectados. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a éstos, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias".

constituir el objeto de una solicitud de DCPL, y con ello generar distintos grados de protección.

D) El derecho a la adaptación horaria en las solicitudes de reducción de jornada por razón de guarda legal de menor o cuidado directo de familiares

Como vimos en el capítulo II, el art. 37.5 y 6 ET[663] ha sido modificado de manera importante por la reforma laboral de 2012 en aspectos que tienen que ver directamente con el tema que nos ocupa, debemos por tanto delimitar el alcance de este precepto en lo que a adaptación horaria se refiere, ya que el amplio desarrollo normativo y doctrinal existente desde su primigenia redacción estatutaria hasta la reforma de 2012 nos dará algunas respuestas al porqué de la modificación de este artículo en un RDL con carácter de urgencia, y en un asunto que desde luego estaba lejos de tenerla en sentido estricto. Y es que como ha señalado Charro Baena, "esta modificación no obedecía a una “extraordinaria y urgente necesidad” como para haberla acometido mediante RDL, pero sí se encuentra en consonancia con el incremento de las potestades de flexibilidad interna empresarial que constituye uno de los objetivos fundamentales de la última reforma"[664].

Con anterioridad a la reforma laboral de 2012, los supuestos de reducción horaria que se venían solicitando a petición del trabajador/a al amparo del art. 37.5 ET, aun ciertamente sometidos a un alto grado de conflictividad, admitían una amplia variedad de adaptaciones y distribuciones horarias, inclusive sin reducción alguna, con base, principalmente, en una interpretación amplia y -acorde con la finalidad del derecho- sobre qué debía entenderse por jornada ordinaria. Ello ha traído consigo una serie de criterios jurisprudenciales sobre el derecho a la adaptación y distribución de la jornada para conciliar que conviene recordar.

En una primera aproximación, podemos afirmar, una vez estudiada la numerosa doctrina científica y jurisprudencial sobre este tema, que estamos ante un asunto en

[663] Actuales arts. 37.6 y 7 ET, según redacción dada por el RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Hemos optado por mantener la numeración del art. anterior para no alterar el contenido, cuyas referencias tanto bibliográficas como jurisprudenciales responden a dicho articulado.

[664] CHARRO BAENA, Pilar, «La concreción horaria en la reducción de jornada por cuidado de hijo menor: ¿la búsqueda de un justo equilibrio de los intereses en juego?», 2013, pp. 2-7. Disponible en: http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/comunicacions/any-2013/ . Consultado el 12-1-2014.

permanente litigiosidad y en el que las múltiples resoluciones judiciales parecen no ponerse de acuerdo, de hecho "el tema permite que aparezcan dos modos antagónicos de entender no sólo el alcance de las normas, sino también el papel de los órganos judiciales"[665], redundando esta disparidad de criterios principalmente en perjuicio de los trabajadores/as solicitantes, que a la hora de ejercer sus DCPL encuentran en la práctica mermadas sus posibilidades. Causa directa de ello es la interpretación del art. 37.6 ET en lo que atañe a la expresión "dentro de su jornada ordinaria", de tal forma que cuando los tribunales se ciñen a su interpretación literal, sin tener en cuenta el espíritu y los principios que inspiraron la norma, constituyen en la práctica un fuerte obstáculo en el avance de la igualdad efectiva de oportunidades entre mujeres y hombres. Azagra Solano[666] entiende que esta deficiente regulación ha determinado que el precepto se convierta en ocasiones en un instrumento de desigualdad que repercute en la calidad de vida de quien lo ejercita, puede traer consecuencias en la organización y productividad empresarial, y ser motivo de desencuentro entre los trabajadores/as que prestan servicios en el seno de la empresa. Y ello es debido en gran parte a que estos desajustes vienen determinados por los problemas interpretativos que la aplicación del derecho lleva consigo y por la diversa doctrina judicial dictada al respecto.

Para Ballester Pastor y Sala Franco, "el conflicto generado por la confluencia de intereses y derechos contradictorios no quiso ser solucionado por la LCVFL 39/1999 con criterios de jerarquía, sino con criterios de mero contenido esencial de los derechos en liza. Sin embargo comoquiera que el derecho a la reducción de jornada del art. 37.5 ET se configura a favor del trabajador cuando se cumplen los requisitos objetivos y subjetivos para ello (configuración normativa objetiva y automática), comoquiera también que las condiciones en que se solicita la conciliación no son demasiado flexibles para el trabajador, dado asimismo que el ejercicio del derecho a la conciliación entronca directamente con el ejercicio de derechos fundamentales y con el principio de no discriminación (STS de 20 de julio de 2000 y STC 3/2007 de 15 de Enero de 2007) y dado que la tradición jurisprudencial previa ha justificado la limitación del derecho del trabajador/a exclusivamente en supuestos de grave desproporción y mala fe (que no

[665] SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y CHARRO BAENA, Pilar, «Adaptación del horario de trabajo por cuidado de un hijo discapacitado», *Repertorio de Jurisprudencia* nº. 22/2008 (Comentario). Editorial Aranzadi, S.A, Pamplona, 2008.

[666] AZAGRA SOLANO, Miguel, «El conflicto de la conciliación de la vida laboral y familiar: especial atención a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor», *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 1 (marzo de 2010). *Cit.*

puede presumirse), es razonable concluir que, de hecho, el derecho del trabajador sigue siendo en la actualidad claramente prevalente"[667].

A continuación delimitaremos brevemente los principales problemas en torno a su aplicación y sus soluciones jurisprudenciales:

- El alcance del derecho a la elección del horario establecido en el art. 37.6 ET

Una de las controversias surge cuando se trata de decidir sobre a quién corresponde la decisión de la concreción horaria y la determinación del periodo de su disfrute. Al respecto diremos que, tal y como establecía la norma antes de la reforma de 2012, la determinación del período de disfrute y la concreción horaria del permiso de lactancia y de la reducción de jornada "corresponderá al trabajador dentro de su jornada ordinaria" (art. 37.6 ET). Parece lógico pensar que así sea puesto que son los trabajadores/as, titulares del derecho, los que están en mejores condiciones de ponderar sus necesidades familiares y personales; no obstante, el ejercicio del derecho a la reducción de jornada y a la concreción horaria por cuidado de un menor está condicionado a la conformidad o disconformidad mostrada por la empresa y corresponde en todo caso la última palabra a la jurisdicción social. Este razonamiento ha sido corroborado por la mayoría de los tribunales que han establecido, como únicas excepciones a la concreta decisión del trabajador/a, la ausencia de buena fe por su parte o que dicha petición suponga un grave quebranto para la empresa imposible de salvar con otras actuaciones razonables[668]. Por tanto, en caso de duda, "tal colisión ha de resolverse prevaleciendo el criterio del trabajador afectado por el problema familiar, pues el empresario no tiene idénticas prerrogativas, en este caso, a las que le concede el art. 38 CE" (STSJ Madrid 8-2-1999). De este modo el conflicto entre los intereses empresariales y los del trabajador/a ha de resolverse en atención a las circunstancias concurrentes. Entre ellas, la necesidad de que el derecho del trabajador/a sea ejercitado

[667] BALLESTER PASTOR, María Amparo y SALA FRANCO, Tomás, *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*. *Cit.* pp. 74.

[668] Por todas, las sentencias SSTS de 16-6-1995 y 20-7-2000 en las que se recoge que la facultad de determinar el horario se concede por la ley en primer lugar al trabajador/a, "ya que es el único capacitado para decidir cuál es el período más idóneo para cumplir las obligaciones de la patria potestad que le competen".

conforme al principio de buena fe y de forma adecuada a su finalidad (STS 16-6-1995; STSJ Cantabria 31-12-1999).

- La cuestión de la jornada que ha de tomarse como referencia para la reducción y qué debe entenderse por jornada "ordinaria"

El problema principal que se planteó en la aplicación de este derecho es el de interpretar qué jornada es la que ha de tomarse como referencia para efectuar la reducción, dado que la ley no la especifica[669]. Esta cuestión se convierte esencial a la hora de determinar el alcance de la modificación de los horarios realizada con ocasión del disfrute de la reducción o el correspondiente permiso, esto es, si se trataría de una mera concreción de la reducción dentro de su jornada normal o si, por el contrario, es posible determinar otra forma de aplicación de la jornada distinta por parte del trabajador/a. El art. 37.6 ET establecía antes de la reforma de 2012 que la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute tienen que realizarse por el trabajador/a "dentro de su jornada ordinaria". La abierta redacción del art. 37.6 ET ha dado lugar a múltiples solicitudes de reducción horaria con diferentes adaptaciones de la jornada, inclusive sin solicitar ninguna reducción[670]. Muy resumidamente, podríamos distinguir entre dos cuestiones:

a) En cuanto a la posibilidad de que en las solicitudes de reducción de jornada se incluyese en la nueva concreción horaria la variación de turno, la elección de turno fijo o la exclusión de determinados días de trabajo, una buena parte de las resoluciones judiciales[671] se inclinaron por admitir tal opción con base principalmente en la doctrina

[669] Así, por ejemplo, mientras la STSJ de Cataluña de 14-12-1999 considera que los porcentajes han de aplicarse sobre la jornada diaria y no sobre la calculada en cómputo anual, ya que lo contrario sería opuesto a la propia finalidad de la figura, mantiene un criterio distinto la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 21 de Barcelona de fecha 30-11-2004, que concede el derecho a reducir la jornada semanal de una trabajadora que presta sus servicios en un centro comercial de grandes superficies, acumulando la jornada semanal reducida de lunes a viernes, dejando libre el sábado, al considerar que el art. 37.5 del ET no comporta que la reducción deba realizarse cada día, cada semana o cada mes, y no impide que pueda concentrarse siempre que esté orientada al propósito de la Ley.

[670] Para un detalle en profundidad sobre los problemas más comunmente planteados ante los tribunales puede consultarse la detallada clasificación realizada por AZAGRA SOLANO, Miguel, «El conflicto de la conciliación de la vida laboral y familiar: especial atención a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor». *Cit.*

[671] En este sentido podemos encontrar entre otras: S JS Pamplona núm. 3, de 14 octubre de 1999 , SS JS Pamplona núm. 2, de 5 de febrero de 2002 y 3 de julio 2003 ; del JS núm. 35 de Madrid de fecha 6 de mayo de 2004 , SJS núm. 3 de Valladolid de fecha 21 de junio de 2004, S JS Ciutadella de Menorca núm. 1, de 23 marzo 2005 , S JS Valladolid núm. 2, de 23 de marzo de 2006 ; del JS núm. 11 de Barcelona en sentencia de 28 de febrero de 2008 , S JS Madrid núm. 16, de 7 julio 2008, S JS Barcelona núm. 33, de 1 marzo de 2011; SSAN de 12 de julio de 2001 (rec.

sentada por el TS en su Sentencia de 20 de julio de 2000[672]. La máxima expresión de esta voluntad se confirmó con la STC 3/2007, de 15 de enero que, sin entrar a descifrar qué debía entenderse por "jornada ordinaria", exigía en todo caso la necesidad de justificar los límites al ejercicio del derecho a la concreción horaria cuando se reducía la jornada por guarda legal, por considerar que ese derecho individual encerraba una "dimensión constitucional", tanto "la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE)" y, especialmente, "desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras". Para el TC, lo importante para resolver los problemas sobre la concreción horaria no debe ceñirse en el análisis de la adecuación o no al precepto legal, sino si la concreción pretendida por el trabajador/a se ajusta mejor a los bienes constitucionales protegidos por el artículo 37.5 ET, sin perjuicio de una eventual limitación justificada por los perjuicios que pudiera acarrearle la elección de horario al empresario/a.

No obstante, también ha habido pronunciamientos en sentido contrario[673] que, sin atender a su dimensión constitucional ni realizar la ponderación oportuna de los intereses en juego de las partes, se limitaron a realizar una mera interpretación restrictiva del derecho entendiendo que la norma reconoce la concreción horaria con el límite de la jornada ordinaria o el marco horario inicial, por lo que el trabajador/a puede circunscribir el nuevo horario dentro del marco del anterior; pero no puede salirse del mismo, pues en tal caso no estaría ejercitando un derecho a la concreción horaria, sino un derecho a un cambio de horario que no está previsto por la Ley, produciéndose una extralimitación del contenido del derecho. Tal disparidad, en cualquier caso, no es sino otra manifestación de la facilidad con que arrecian las interpretaciones jurisprudenciales en el sentido más restrictivo de los derechos sociales ante cualquier laguna que las

---

44/2001), 28 de febrero de 2005 (rec. 157/2004) , 8 de febrero de 2007 (rec. 2/2007) y 15 de febrero de 2010 (rec. 2/2010).

[672] La sentencia recuerda que en la aplicación de las reducciones de jornada previstas en el art. 37.5 ET, ha de partirse de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional que establece la protección de la familia y la infancia, finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Además, señala el Tribunal, que el hecho de que precepto legal no indique nada en orden a la concreción horaria, y que ello constituya una aparente laguna legal, manifestaría la voluntad del legislador por compatibilizar el interés del menor y las facultades empresariales de organización del trabajo.

[673] SJS Almería núm.4 167/2012, de 1 de abril, STSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 1999 , SJS Pamplona núm. 1, de 19 de septiembre 2001 y 21 de septiembre de 2011, Sala de lo Social del TSJ de Madrid en sentencia de 22 de diciembre de 2002, SJS núm. 1 de Sabadell de 15 de julio de 2002 SJS Barcelona núm. 17, de 26 de junio de 2005 y 3 de octubre de 2007, STSJ de Madrid, de 29 marzo de 2006 y de 31 de mayo de ese mismo año, SJS Barcelona núm. 33, de 15 de enero de 2008 , SJS núm. 2 de Barcelona de 30 de junio de 2008, entre otras.

permita. Habiendo declarado ya el TC la vinculación de los DCPL con los arts. 14 y 39 CE, estas lecturas restrictivas de la norma ignoran el mandato de interpretar los derechos fundamentales en juego en el ejercicio del concreto DCPL, de un modo favorable al mismo.

En resumen, se pueden observar por tanto dos corrientes jurisprudenciales, en principio antagónicas, sobre qué debe entenderse por jornada ordinaria:

Para una parte de la doctrina judicial, el derecho que atribuye el artículo 37.5 ET implica la reducción de la jornada, pero no conlleva la posibilidad de alterar ésta en otros aspectos que no sean su duración, de modo que si la jornada semanal es de lunes a sábado o de lunes a domingo, no puede acudirse al precepto antes mencionado para excluir de esa jornada a los sábados o a los domingos, pues se estaría variando unilateralmente la jornada.

Para otra parte de la doctrina judicial, nada impide en la norma una distribución irregular de la jornada de trabajo, de manera que la jornada reducida resultante puede concentrarse en determinados días o provocar la libranza de otros, salvo que se acredite que tal pretensión es abusiva o responde a finalidades estratégicas espurias.

En nuestra opinión, esta segunda opción es la adecuada por cuanto la interpretación de la norma legal ha de hacerse en un sentido amplio y conforme a la tutela de los derechos fundamentales en juego, debiendo estos servir de orientación ante cualquier duda interpretativa.

En el mismo sentido, autores como Rodríguez Pastor[674] sostienen que estas dudas interpretativas, tras la aprobación de la LOI 3/2007, deberían disiparse por dos motivos: uno, por la doctrina emanada de la STC 3/2007, y otro, por el nuevo apartado 8º del art. 34 ET. Así las cosas, parece derivarse de esta doctrina constitucional que lo importante para aceptar o no determinadas concreciones horarias no es tanto la simple adecuación o no al precepto legal, sino si la concreción pretendida por el trabajador/a se ajusta mejor a los bienes constitucionales protegidos por el art. 37.5 ET, sin perjuicio de la eventual limitación que podría derivar de las dificultades que esa concreción, en su caso, originase en el funcionamiento regular de la empresa.

[674] RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo, «Tiempo de trabajo tras la reforma operada por la LOI». *Cit.*

b) En cuanto a las pretensiones de adaptación horaria sin conllevar una solicitud de reducción de jornada, tampoco faltaron resoluciones judiciales de instancia que han acogido estas nuevas necesidades de conciliación[675], aunque también las ha habido en sentido contrario negando tal posibilidad[676] .

Sin embargo, este debate entre Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia en torno a la posibilidad de que los trabajadores/as puedan adaptar su horario de trabajo como una facultad que supuestamente se inmiscuye en el poder de organización del empresario/a sin reducir jornada y consecuentemente sin pérdida de retribución, se "zanjó" finalmente en las Sentencias de la Sala Cuarta del TS de 13 y de 18 de junio de 2008 que, en lo que parece "una llamada al orden" a los tribunales, han declarado que carece de amparo legal la solicitud sobre cambio de turno de trabajo sin reducción de jornada, ya que dicha solicitud no está comprendida en el artículo 37.5 ET**.** Esta doctrina fue confirmada posteriormente por el Auto del TS de 14 de octubre de 2009.

Por la importancia y afectación que para la interpretación y desarrollo del art. 34.8 ET suponen estas sentencias, dedicaremos un breve análisis de las mismas centrado en torno a la respuesta con la que este Tribunal resuelve sobre solicitudes de adaptación horaria para conciliar el trabajo con las necesidades familiares. En concreto, en los dos supuestos, las actoras, demandando una interpretación progresiva y extensiva de los derechos de conciliación establecidos en el art. 37.5 y 6 ET –recordemos que aún no estaba vigente el art. 34.8 ET en el momento de la solicitud de las trabajadoras-,

[675] Entre otras, la STSJ Cataluña, de 20 julio 2006 y 7 febrero 2008 y STSJ Madrid, de 14 febrero 2006 admiten la elección de horario atendiendo al espíritu de la norma, que su interpretación ha de atenerse no a un criterio rígido sino amplio en el que prevalezca la atención al hijo menor sobre el mero poder de organización de la actividad empresarial La SJS de Madrid núm. 15, de 6 de febrero de 2008; o la Sentencia del JS núm. 5 de Murcia, de 23 de abril de 2008. En dichas resoluciones se llega a la conclusión de que en estos casos son de aplicación los mismos criterios utilizados en los casos de reducción de jornada (en la primera de las sentencias esgrimiendo un criterio de analogía, en la segunda, esgrimiendo la doctrina de suplicación que entiende que el derecho establecido en el art. 37.6 ha de interpretarse en sentido amplio, aplicable no solamente cuando se pide reducción de jornada, sino también cuando se pide la modificación de los turnos de trabajo (STSJ de Madrid de 6-5-2004 y Andalucía-Málaga de 13-10-2005)). En consecuencia, en estos supuestos, ante la falta de acuerdo entre la empresa y la trabajadora, los juzgadores determinan que corresponde a esta última la elección del turno de trabajo, habida cuenta, en ambos casos, no sólo de las necesidades objetivas alegadas para tal elección, sino la actuación de buena fe por parte de la trabajadora y, por el contrario, sin que la empresa haya presentado justificación alguna de su oposición con argumentos relativos a las dificultades de organización que podrían derivarse de dicho cambio.

[676] Un criterio diferente se sostiene sin embargo por la Sala de la Comunidad Valenciana en sentencia de 10 de mayo de 2005 al afirmar que "la acción aquí ejercitada no tiene encaje en el marco de la regulación vigente a tenor de lo dispuesto en el art. 37.5 del ET, cuya norma se halla prevista para los casos de reducciones de jornada de trabajo con disminución proporcional del salario, mientras que lo solicitado en autos no implica opción alguna de reducir la jornada ordinaria pactada sino una alteración de la realizada y convenida entre partes y para lo cual no existe previsión legal". La sentencia de la Sala de Andalucía-Málaga de 22 de febrero de 2007 descarta igualmente la posibilidad de cambiar la jornada sin reducirla y este mismo criterio se sigue también por la Sala de Cataluña en Sentencia de 7 de febrero de 2008, y por el de Andalucía-Granada en sentencia de 23 de diciembre de 2008.

solicitan un cambio de horario sin que ello vaya acompañado de una reducción de jornada en los términos previstos legalmente[677].

En ambos casos el TS deniega las solicitudes realizando una interpretación estrictamente literal de la norma, si bien aprovecha la ocasión para pronunciarse sobre la inexistencia de un genérico derecho a la adaptación de los horarios de trabajo para conciliarlos con la vida personal y familiar a pesar incluso del precepto incorporado en tal sentido en la LOI 3/2007 (Disposición Adicional 11.3 que modifica el art. 34.8 ET). Estas sentencias, más allá de su contenido, tienen especial importancia puesto que han supuesto el establecimiento de una doctrina que se está cumpliendo de manera fiel por parte de nuestras Salas de lo Social[678]. No obstante, ambas cuentan con votos particulares formulados por la magistrada Rosa María Virolés Piñol y el magistrado Jordi Agustí Julià, en el que expresan su discrepancia respecto del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala.

El argumento fundamental de ambas sentencias reside en que no cabe realizar en estos casos una interpretación extensiva del art. 37.5 y 6 ET; y careciendo de apoyo legal la solicitud de cambio de horario y turnos sin reducción de jornada, el Tribunal no puede autorizarla pues sería -añade la sentencia- tanto como asumir los Órganos Judiciales funciones legislativas, lo que supondría una violación del principio de

[677] En el caso de la sentencia de 13 de junio, se trata de una trabajadora con categoría de dependienta que presta sus servicios para la empresa CAPRABO S.A. Esta trabajadora, que viene realizando su trabajo en jornada de mañana o de tarde, en sistema de turnos, solicita a la empresa la asignación de un horario fijo en turno exclusivo de mañana que le permita conciliar su vida personal, familiar y laboral. La trabajadora, en el momento de su solicitud, 4 de noviembre de 2004, se encuentra separada y con un hijo de 18 meses a su exclusivo cargo. No consta alegación ni prueba alguna practicada por la empresa sobre la imposibilidad, dificultad o perjuicio económico u organizativo para su oposición a la nueva distribución de jornada. La sentencia únicamente hace alusión a que "la empresa no cuestiona que ése haya de ser el mejor horario para la finalidad que pretende la actora en bien del cuidado del hijo".

En el caso de la sentencia de 18 de junio, se trata de una trabajadora con categoría de vendedora que presta sus servicios para la empresa El Corte Inglés, S.A. La demandante trabaja durante 144 días al año a razón de 8 horas al día, con obligación de trabajar sábados y vísperas de festivos si es requerida, y con una mayor concentración de días de trabajo en los meses de enero, julio, agosto y diciembre, trabajando 12 días al mes con horario de 13,40 a 22,10 horas. La trabajadora está casada y su esposo trabaja en una churrería en horario partido de 10 a 13,30 h. y de 17,30 a 22 h. con descanso los domingos y otro día aleatorio semanal. Ambos tienen una hija de 7 años que en el momento de la solicitud está afecta por una minusvalía del 51% y cuyo horario escolar es de 8,30 a 16,45 h. desde mediados de septiembre hasta el 30 de junio. La trabajadora solicita a la empresa el 3 de febrero de 2006 una nueva distribución horaria para la realización de un horario de trabajo fijo concretamente de 9,30 a 14,30 h. para atender al cuidado de su hija. No consta alegación ni prueba alguna practicada por la empresa sobre la imposibilidad, dificultad o perjuicio económico u organizativo para su oposición a la nueva distribución de jornada. En este caso la empresa propone a la trabajadora acceder a lo solicitado, si bien de manera provisional durante un año y en otro centro de trabajo del grupo, más cercano al domicilio de ésta, bajo la alegación de "no querer conculcar los derechos de otros trabajadores con jornada reducida por cuidado de hijos". La trabajadora rechaza la proposición de la empresa. Ni la sentencia del TS ni la del TSJ de Andalucía recogen en sus hechos dónde estaría ubicado el nuevo centro de trabajo propuesto por la empresa.

[678] MOLINA HERMOSILLA, Olimpia, «Un nuevo -y esperado- ataque al maltrecho derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral» *Cit*.

legalidad a que deben someterse las resoluciones judiciales, tal y como prevé el art. 117 CE. Así, un primer motivo es por tanto la imposibilidad de la interpretación extensiva de la norma: el debate se centra en determinar el alcance del derecho conferido en el precepto (art. 37. 5 y 6 ET) y si el mismo permite o no tal clase de interpretación, de manera que se pueda adaptar el horario sin la correlativa reducción de jornada. Para el TS, los citados apartados no regulan dos derechos independientes, sino uno sólo, la reducción de jornada en el apartado 5 y la extensión en la que puede ejercitarse con arreglo al apartado 6. Esta pretensión carece por tanto de apoyo legal, ya que el derecho que establece el art. 37.6 ET de fijar por el trabajador/a la concreción horaria, está vinculado a la existencia de una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones. Lo contrario sería una modificación unilateral del sistema de trabajo por el trabajador/a. Así que extrae como primera conclusión que no puede realizarse una interpretación extensiva del precepto, teniendo en cuenta el art. 39 CE en relación con el 14 de la CE, y la necesidad de conciliar la vida personal, familiar y laboral alegada por la actora en su recurso**.** La Sentencia de 18 de junio añade además que el precepto no es "un texto abierto sobre el que configurar diferentes posibilidades para la conciliación, a merced de la creatividad de las partes". Para el tribunal, aunque el derecho está concebido en cuanto a su modelización de manera favorable al interés del trabajador, por cuanto es éste quien concreta el horario y el periodo de disfrute, es "siempre en el ámbito de la reducción de jornada, una importante alteración que también posee la contrapartida negativa cual es la reducción proporcional del salario".

Un segundo argumento del Tribunal es el de que el legislador no ha querido regular el derecho a la adaptación de jornada pudiendo hacerlo; tal y como declara: "a la misma conclusión desestimatoria de la demanda se llegaría, si pudiera aplicarse la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva de hombres y mujeres, lo que no es posible por razones temporales, pues si bien es cierto que dicha Ley ha modificado el art. 34 del ET, en el sentido de introducir un apartado nuevo, el ocho, que establece el derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, lo condiciona a los términos que se establecerán en la negociación colectiva o en el acuerdo a que se llegue con el empresario, respetando lo previsto en aquel acuerdo que no existe en el caso de autos; lo contrario sería admitir un cambio de horario por decisión unilateral del trabajador". La Sentencia de 18 de junio añade además que no cabe tampoco elaborar, a partir de la LCVFL 39/1999, "un nuevo catálogo de derechos, al arbitrio de una de las

partes, pues como bien ha tenido oportunidad el legislador con el transcurso del tiempo desde la entrada en vigor de la citada Ley, al promulgar la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres (sic), ha configurado una nueva expectativa que no coincide exactamente con la pretensión configurada por la demandante". Así, en la redacción del nuevo apartado 8 del artículo 34 "se advierte, por lo tanto que tampoco en la normativa posterior se delega sin límites en el beneficiario de la conciliación la configuración del derecho contemplado en el artículo 34 del ET, precepto en que se regula la jornada de trabajo".

Un tercer argumento de la Sala del Supremo es la imposibilidad de aplicación de la STC 3/2007. Las sentencias del TS afirman conocer la sentencia del TC pero manifiestan que "éste no es el caso de autos, pues aquí no se trata de un supuesto de reducción de jornada y horario, como en la sentencia del Tribunal Constitucional, con apoyo en el art. 37. 5 y 6 del ET, sino sólo de una petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, carente de apoyo legal, al no estar comprendido en el art. 37 ET en el que la Sala no puede entrar, pues sería tanto como asumir los Órganos Judiciales funciones legislativas, es el legislador quien debe hacerlo, reformando los artículos necesarios del ET, lo que hasta la fecha no ha querido, pudiendo hacerlo, como ha sucedido con la reforma operada en el art. 34.8 del ET en la reciente Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres". Paradójicamente, la Sala, aun manifestando no dudar de que la pretensión de la trabajadora serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con sus obligaciones familiares, declara que no puede dar lugar a lo pedido dado que violaría el principio de legalidad a que debe someter su resolución por imposición expresa del art. 117 de la CE.

Difieren de estas conclusiones los dos votos particulares de las sentencias partiendo de la base de que, en efecto, aunque la Sala no tiene la competencia de asumir funciones legislativas, lo que debía hacer era realizar una interpretación de los preceptos invocados como infringidos, habida cuenta la especial naturaleza y trascendencia del derecho reclamado y la realidad social a día de hoy –algo que, según hemos visto, ya hizo el TS al interpretar el derecho de formación en una solicitud de elección de turno-. Ciertamente existe un vacío legal en la redacción del apartado 5 del art. 37 ET, puesto que no aparece contemplado el derecho a la modificación de la jornada u horario de trabajo, pero advierten que mientras la reducción de jornada supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, no es así en los casos de la adaptación o

modulación del horario para compatibilizar las necesidades de cuidado. Además, consideran que las pretensiones de la trabajadora tendrían apoyo suficiente en el espíritu de la LCVFL 39/1999 recordando su exposición de motivos basada en los arts. 14, 39 y 9.2 CE, con el objetivo de configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada; en concreto y en cuanto al redactado que incorpora el art. 37.5 del ET, asegurar el ejercicio adecuado de la patria potestad y el cuidado del menor o minusválido. Además, recuerdan a la Sala su Sentencia de 20 de julio de 2000, en recurso de casación para la unificación de doctrina, sobre el modo de ejercitar los padres el derecho a la reducción de jornada por guarda de menor de seis años regulado en el artículo 37.5 ET -antes de la reforma efectuada por la LCVFL 39/1999- en la que se declara que: "en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el art. 37.5 Estatuto de los Trabajadores, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa (…)". Concluyen los votos particulares afirmando que sí es posible la adaptación o modificación del horario o jornada, sin reducción de la misma, de quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor o minusválido, en los términos señalados en los apartados 5 y 6 del art. 37 ET. Apoyan su conclusión con base en la doctrina científica que ha establecido que "difícilmente se sería respetuoso con el objetivo de la reforma operada por la mencionada LCVFL 39/1999, si se realizara una interpretación literal y la única posibilidad fuera la de la reducción de la jornada de trabajo; solución que tampoco supone un beneficio claro para la empresa, pues en muchos casos esa reducción le va a suponer mayores trastornos y dificultades para ajustar la organización del trabajo que la derivada de un cambio del horario o jornada de trabajo sin reducción de la misma".

Y es que, para los votos particulares, los razonamientos seguidos por la STC 3/2007, han de marcar las pautas a seguir para resolver la cuestión litigiosa a la luz de los arts. 14 y 39 de la CE. Convienen asimismo en que la sentencia aportada de contraste, del TSJ de Baleares, contiene la tesis correcta, dado que al ponderar las circunstancias concurrentes, resulta que la empresa no ha alegado en momento alguno que aceptar la solicitud de la trabajadora provoque perturbación o entorpecimiento de cualquier tipo en el buen funcionamiento del servicio, ni tampoco explica las razones

organizativas que impiden la asignación del horario solicitado, que dificultaría la eficaz atención de sus responsabilidades maternas para con su hijo menor; en cambio sí están acreditadas las circunstancias familiares concretas de la actora que justifican de forma indubitada su petición. Es más, tanto en la sentencia de instancia como en la dictada en suplicación, la única razón que se da por la empresa para rechazar la pretensión es que la misma no está contemplada en el art. 37.5 y 6 del ET, olvidando la finalidad de la norma, la necesidad de conciliar la vida personal, familiar y laboral, y las circunstancias especiales concurrentes en los casos. Para los suscribientes del voto particular, la LOI 3/2007 refuerza lo dicho, ya que aunque no es aplicable por razones temporales, contiene una referencia específica al asunto enjuiciado "y que como dice la exposición de motivos de la Ley, tiene por finalidad favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral de la mujer trabajadora". Esta última frase es reveladora de que, aun con buenas intenciones, incluso el voto particular insiste en el entendimiento de la conciliación como un problema de las mujeres al interpretar de este modo el contenido del art. 34.8 ET, sin tener en cuenta esa evolución presente en la LOI 3/2007 desde una concepción de la conciliación vinculada a las cargas familiares, hasta su conexión con aspectos tales como la dignidad y el desarrollo personal y profesional de los trabajadores/as.

Por tanto, en los casos que estudiamos no podemos estimar cumplida la función del TS mediante la simple fijación de doctrina en unificación, sino que siendo su papel esencial el de intérprete de la ley en su sentido justo, la argumentación empleada para motivar sus sentencias no puede sino entenderse como un abandono de las competencias que le son propias en cuyas causas últimas abundaremos a continuación.

Así, si bien la Sala del TS no se había manifestado opuesta a las medidas de conciliación que operaban en la LCVFL 39/1999, podemos observar, sin embargo, que disiente de aquéllas que, o bien se apartan del modelo tradicional de familia, o bien pueden configurar otra serie de derechos, digamos, extensibles a toda la ciudadanía en su diversidad, como la conciliación de la vida personal y laboral, o bien que entrarían en confrontación con el poder de dirección del empresariado mediante la adaptación del tiempo de trabajo por voluntad del trabajador/a sin pérdida de retribución, todo ello conforme a las medidas adoptadas por la nueva LOI 3/2007. Y es que la Sala, aun no estando todavía vigente la LOI 3/2007 en el momento de los hechos enjuiciados, no pierde la oportunidad de pronunciarse, con un *obiter dicta*, de manera tajante sobre el "recién nacido" art. 34.8 ET. Aunque el TS se ampara en la supuesta voluntad del legislador de no haber querido reformar el artículo 34 del ET, lo cierto es que sí lo ha

hecho, aunque ciertamente su redacción resulta sin duda mejorable y en una lectura restrictiva parece relegar el derecho exclusivamente al acuerdo alcanzado en convenio colectivo o, en su defecto en contrato individual de trabajo. No obstante estudiaremos todo ello con mayor detenimiento en nuestro siguiente apartado.

Por lo que ahora nos interesa, esto es, sobre la existencia o no de un derecho genérico a la modificación de la jornada de trabajo cuando concurren circunstancias familiares o personales, cabe decir que tal y como ha entendido la mayoría de la doctrina científica, Tribunales de Superiores de Justicia e incluso el propio voto particular, este artículo no es un precepto meramente programático sino que se trata de un derecho plena y directamente efectivo. Reconoce el derecho a la adaptación de jornada por razones de conciliación de todos los trabajadores/as de modo cierto y actual, sin necesidad de determinación externa. Recordemos que, por el contrario, una de las sentencias del TS lo califica de mera "expectativa".

Y es que en el contexto de la LOI 3/2007 resulta claro que el art. 34.8 ET está haciendo un reconocimiento directo y pleno del derecho al ajuste temporal del trabajo como manifestación intrínseca del derecho a la conciliación. La referencia a la negociación colectiva y al acuerdo tiene, pues, un sentido no condicional sino secundario, que se despliega en una doble dirección: "de un lado, recuerda la jerarquía de fuentes del derecho laboral, sobre todo para reforzar el carácter garantizador de los convenios colectivos; y, de otro, recuerda también las posibilidades negociales en la delimitación del alcance de derechos plenos de naturaleza imprecisa como el que contiene el art. 34.8 ET (…) Se trata, en todo caso, de referencias a la negociación y a los contratos que aparecen en muchas otras normas de la legislación laboral, con el mismo alcance recordatorio que ahora sugiere el art. 34.8 ET"[679]. Pero además de estas consideraciones referidas al fondo del asunto, las resoluciones dictadas suscitan algunas cuestiones de mayor calado que el mero análisis del derecho aplicado. Y es aquí donde de manera más clara apreciamos en el discurso jurídico la tensión entre la interpretación subjetiva y el deseo de fundamentación objetiva. Ello tiene mucho que ver con la justificación última del Tribunal respecto de la propia decisión y la argumentación *obiter dicta* en la que se apoya. Tal y como analiza Morón Prieto, resulta cuando menos

[679] BALLESTER PASTOR, María Amparo y SALA FRANCO, Tomás, *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*. *Cit.*

contradictoria la 'cautela' con la que actúa el TS argumentando su imposibilidad para ocupar lo que considera el espacio del legislador: "tal prudente proceder, aunque debidamente fundamentado con la referencia al art. 117 CE, no deja de resultar sencillamente sorprendente. No solo, ni tanto por la naturaleza del asunto del que se trata, en el que, como adecuadamente se argumenta en el voto particular -y en la propia sentencia del TC 3/2007- podría perfectamente desarrollarse una actividad jurisdiccional de interpretación y complementación de la norma legal, en atención a los objetivos constitucionales que la orientan. Resulta sorprendente sobre todo, porque contrasta notablemente con la actuación del Tribunal Supremo en multitud de asuntos, en los que se excede notablemente de la mera interpretación y aplicación de la ley. En este sentido, no faltan ejemplos de la "imaginativa labor" del Tribunal Supremo, por ejemplo, en el ámbito de la contratación temporal, guiados en la mayoría de ocasiones por el espíritu flexibilizador que impregnaba las sucesivas reformas legales, por no citar fenómenos como la creación jurisprudencial de una figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla que no tiene reflejo alguno en el ordenamiento laboral" [680].

Por otra parte, el autor nos recuerda que fue la propia Sala del TS, en su Sentencia de 11 de diciembre de 2001 en relación a la determinación del salario que habría de tomarse en cuenta a efectos del cálculo de la indemnización en casos de despido de trabajadoras con jornada reducida por cuidado de hijos, la que estableció, en una resolución hoy ya histórica –en la medida que tal criterio se ha incorporado al propio texto de la Ley-, como una de las "excepciones" al criterio general (la de que el salario a tener en cuenta es el realmente percibido por el trabajador en el momento del despido), y ello recurriendo a su propia jurisprudencia:"en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 ET ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39 CE) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa". En este caso, el TS resuelve sobre el fondo del asunto dictando reglas que complementan la regulación legal con criterios tan simples como que "del disfrute de tal derecho no puede seguirse para el trabajador perjuicio alguno, al estar concebido como una mejora social cuyos términos están claramente fijados en la ley, con la única contrapartida para el

[680] MORÓN PRIETO, Ricardo, «¿Existe un genérico derecho a cambiar el horario laboral para conciliarlo con la vida privada? (A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 18 de junio de 2008)». *Cit.*

empresario de no remunerar la parte de jornada que no se trabaja". Pero, como nos dice el autor, esa prudencia queda "notablemente desdibujada" cuando realiza la argumentación con carácter *obiter dicta* a propósito del art. 34.8 ET. Y es que como ya aclaramos anteriormente, los asuntos enjuiciados se situaban cronológicamente antes de la promulgación de ésta. Por tanto, "aunque no sea la voluntad del tribunal, la inclusión de esta referencia tiene como efecto directo la anticipación de una doctrina clara y cerrada reforzada en este caso, además, por la autoridad que atribuye la composición y el carácter del tribunal que dicta las resoluciones, esto es, la Sala General. Una suerte de aviso a navegantes en una materia en la que las resoluciones de los juzgados de instancia –que son firmes ex. art. 138 bis LPL y raramente acceden a los tribunales superiores de suplicación o casación- son cada vez más sensibles a las crecientes solicitudes de modificación de horario por motivos familiares"[681].

Un análisis crítico del contenido de las Sentencias de 13 y 18 de junio de 2008 del Tribunal Supremo pone de manifiesto que, aun revestidas de una aparente aplicación razonada de la técnica jurídica, éstas son reflejo de todo un sistema político-ideológico de valores que se proyecta en la configuración de las relaciones de género y trabajo dentro del modelo de producción común a las sociedades contemporáneas.

En conclusión, los razonamientos que realizan resulta tanto más relevantes por lo que omiten que por lo que resaltan. Entre esto último podemos señalar:

-Definen el contenido del derecho recogido en el art. 34.8 del ET, en relación con el 37.5 ET, como una "mera expectativa" o anhelo cuya realización última dependerá, en su caso, de la negociación colectiva o del poder de dirección del empresario/a.

-Configuran este poder de dirección como irrebatible en tal aspecto, a la manera en que fue originariamente concebido en nuestro ordenamiento jurídico desde principios del siglo XIX.

-Responden a un ideario en torno a la conciliación, y más en general, a las relaciones de género en el ámbito laboral, anclado en la perpetuación de roles que conlleva el carácter necesariamente "complementario" y "menor" del trabajo femenino.

Pero, como decimos, es aun más elocuente por lo que obvian o eluden:

-En primer lugar, la propia función del Tribunal Supremo como intérprete de la norma y complementador del ordenamiento jurídico, según ha sido definido en la ley, y

[681] Ibid.

reiteradamente ha ejercitado en otras ocasiones a través de una “imaginativa labor” en palabras de Morón Prieto. En este caso, por el contrario, se limita a afirmar que no puede apartarse de la dicción de la ley y que tal cosa supondría una invasión en las competencias del legislador, por lo que en realidad no llega ni a examinar los posibles sentidos de la norma.

-En segundo lugar, la dimensión constitucional del derecho a la conciliación en relación con el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, de acuerdo con su configuración por el TC, máximo intérprete de la norma suprema. En la misma línea, reduce las funciones de este tribunal a las de un mero aplicador normativo sujeto al punto de partida que suponen los supuestos de hecho de cada caso, lo que resulta contrario a la configuración y el papel que dentro del ordenamiento corresponde al TC. Un Tribunal que, recordemos, no se encuentra sujeto al principio dispositivo igual que los ordinarios, y cuya doctrina, por tanto, no puede tener valor únicamente para un supuesto de hecho concreto como parece sugerir el Tribunal Supremo.

-En tercer lugar, ignora las diversas corrientes legislativas y jurisprudenciales que en los distintos niveles del ordenamiento (Derecho internacional y comunitario, negociación colectiva, doctrina científica, incluso las propias sentencias de contraste…) han venido dictaminando en la dirección pretendida por las recurrentes. Como máximo intérprete de la ley se encuentra sujeto al sistema de fuentes del derecho aplicable en nuestro ordenamiento así como a toda la legislación internacional que forme parte de él. Además los criterios hermenéuticos del 3.1 CC suponen que ha de tener en cuenta el espíritu de la norma, el contexto social, etc., y en relación con ello la doctrina del TC le impone una interpretación de los derechos de conciliación que tengan en cuenta su verdadera dimensión.

-En cuarto lugar, y muy significativamente, las sentencias ni siquiera hacen referencia a las circunstancias de hecho que condicionaban a ambas partes en el conflicto sometido a su enjuiciamiento, prueba evidente de que, más que resolver una controversia, le interesa elaborar un criterio, concretamente el de la supuesta ineficacia del art. 34.8 ET.

Todo ello, finalmente, ha de enmarcarse en la generalidad de otros discursos hegemónicos que, como hemos visto en los capítulos precedentes, a propósito de la igualdad y la conciliación o el tiempo de trabajo, vienen a inscribir y construir las categoría de familia, mujeres o género desde visiones excluyentes de la igualdad,

produciendo nuevas desigualdades en las que el género a menudo se entrecruza con la clase, la etnia e incluso la condición sexual.

Tras la reforma laboral de 2012**,** como ya vimos más detenidamente en el capítulo II, el legislador aprovechó el RDL 3/2012 para introducir en el art. 37.5 ET el adjetivo "diaria" es decir, la jornada de referencia susceptible de ser reducida no es ya genéricamente la de trabajo, sino más específicamente la "jornada de trabajo diaria". De este modo, y como una especie de "refuerzo legal" a la doctrina de las SSTS 13 y 18 de junio de 2008, parecen cerrarse definitivamente las puertas a las solicitudes de adaptación horaria que, a través del art. 37.5 y 6 ET, en una interpretación amplia de lo que se entendía por jornada ordinaria, estaba permitiendo a los trabajadores/as solicitar reducciones de jornada con adaptaciones más flexibles de su jornada, cambios de turnos, etc. Esta modificación, como ya vimos en el capítulo II, ha sido unánimemente desaprobada por la doctrina científica, que coincide en que la restricción en las posibilidades de adaptación horaria de los trabajadores/as suponen un gran retroceso en el ejercicio de los DCPL. Por ejemplo, para Tatay Puchades "se trata de modificaciones que suponen un paso atrás en el camino avanzado para garantizar los derechos de las trabajadoras y los trabajadores en materia de conciliación de responsabilidades"[682].

En el mismo sentido, Charro Baena[683] cuestiona que esta previsión sea más acorde con la finalidad real del derecho, ya que no abarca todas las posibles situaciones personales, lo que dificulta enormemente su ejercicio en la práctica, quedando sin resolver una multiplicidad de situaciones reales, tal y como hemos visto anteriormente, y convirtiendo el derecho a la reducción de jornada en un mero ajuste del horario laboral. Para la autora, una interpretación literal de la norma modificada impedirá que el trabajador/a pretenda disfrutar de un determinado horario sin que suponga reducción de jornada, así como igualmente que solicite una reducción que se proyecte en determinados días o en modificar el régimen de turnos o elegir uno concreto. Sin embargo, el juez social deberá ponderar los diversos intereses concurrentes, recordando su obligacion sobre la remoción de obstáculos a la plenitud de la igualdad, conforme al

[682] TATAY PUCHADES, Carmen, «La concreción horaria en supuestos de reducción de jornada por guarda legal». *Cit.*

[683] CHARRO BAENA, Pilar, «La concreción horaria en la reducción de jornada por cuidado de hijo menor: ¿la búsqueda de un justo equilibrio de los intereses en juego?». *Cit.*

art. 9.2 de la CE, que encomienda a los poderes públicos dicha función, incluidos los órganos jurisdiccionales.

Por su parte Ballester Pastor critica que "la Ley 3/2012 ha terminado definitivamente con el debate acerca del alcance del art. 37.5 ET configurando una solución homogénea que se aleja de los parámetros de adecuación que requieren las medidas de conciliación para ser efectivas. Con el establecimiento del parámetro diario para la configuración de la reducción de jornada se ha terminado radicalmente con el debate acerca de lo que debe entenderse por jornada u horario a efectos de aplicar el art. 37.5 ET (...). Resulta evidente que para el legislador los derechos de conciliación constituyen una amenaza a la organización empresarial frente a la que debe actuarse sin miramientos. Lejos de posibilitar el derecho a la presencia para garantizar en lo posible el mantenimiento de los trabajadores/as en la empresa, el ordenamiento jurídico laboral español actual promueve la ausencia por razones familiares (excedencia) y, en última instancia, el abandono voluntario. Ni una ni otra son convenientes para el desarrollo de las carreras profesionales de las personas con responsabilidades familiares. La adaptación de la jornada de trabajo que debiera ser el centro de las políticas de conciliación ha quedado desvirtuada al suprimirse la única posibilidad extensiva que podía servir potencialmente para compensar la falta de un derecho efectivo a la adaptación"[684].

Pero pese a esa voluntad restrictiva del legislador, al menos en apariencia, insistimos en que no podemos olvidar la dimensión constitucional de los DCPL que actúa tanto como límite al legislador ordinario además de como criterio interpretativo judicial. Así pues, con la nueva redacción del art. 37.5 ET –actual 37.6 ET-, se mantiene, en cualquier caso, el principio general que debe servir de base para la correcta interpretación y aplicación de todos los derechos de conciliación, cuyo fundamento constitucional último se encuentra en la CE y las SSTC 3/2007 y 26/2011, debiendo tenerse en cuenta para resolver las discrepancias o conflictos de intereses.

Abundando en ello, Agustí Maragall[685] desarrolla un interesante argumento alternativo con base en lo que venimos reiterando en este trabajo, la necesidad de

[684] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «El irreconocible derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades en la Ley 3/2012», en *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012* (Coord. Baylos Grau, Antonio), (Albacete: Bomarzo, 2012), pp. 175-302.

[685] AGUSTÍ MARAGALL, Joan, «El carácter "diario" de la reducción de jornada por guarda legal. Razones para una interpretación alternativa y constitucional del art. 37.5 ET», *Cit.*

interpretar la norma de acuerdo con la CE y los derechos fundamentales en juego. Frente a la interpretación crítica pero a la vez restrictiva efectuada por la mayoría doctrina científica en relación a la introducción del término "diaria" en el derecho de reducción de jornada[686], considera, que la norma debería ser declarada inconstitucional por varios motivos. En primer lugar, critica la ignorancia del legislador acerca de la dimensión constitucional de los DCPL, un límite indisponible que se habría desbordado con la nueva redacción del art. 37.5 ET, en una interpretación restrictiva. A su vez, esta reforma legislativa sería generadora de una situación de discriminación indirecta por razón de sexo, puesto que la degradación del derecho tendría un impacto mayoritariamente negativo en el sexo femenino.

En segundo lugar, el autor considera que no existe nada en la norma que introduce el término "diaria" que justifique tal interpretación. Ciertamente la doctrina científica coincide en que esta interpretación restrictiva, por su claridad, es suficientemente indicativa. Y es que se puede deducir con facilidad que dicha reforma obedecía únicamente a la intención de dar por zanjado el controvertido tema de las discrepancias jurisprudenciales en torno a la interpretación amplia del art. 37.5 ET y las posibilidades de adaptación de la jornada de trabajo ordinaria al margen de los límites de la jornada diaria. Sin embargo, si la voluntad del legislador era acabar de raíz con estos conflictos, ello debería haberse explicitado en el preámbulo del RDL 3/2012, tanto por la pretendida intencionalidad restrictiva como también por la vía legislativa utilizada que exige la explicitación de las supuestas razones de "extraordinaria y urgente necesidad", y que vendría reforzada por la dimensión constitucional del derecho restringido. Por consiguiente, ante la ausencia de justificación explícita de la reforma, no parece muy lógica la imputación de la finalidad restrictiva respecto a un "derecho de conciliación" de dimensión constitucional[687].

En tercer lugar, llama la atención sobre la incoherencia de una interpretación restrictiva del art. 37.5 ET respecto del art. 37.6 ET, y es que siempre se ha entendido, de forma unánime e incontrovertida, que el apartado 5 regula el derecho a la reducción y el apartado 6 regula el derecho a la concreción horaria y la determinación del periodo

[686] Puede consultarse al respecto en el capítulo II donde se abordan los efectos de las reformas laborales en la crisis sobre los DCPL.

[687] Dimensión constitucional que se vio singularmente reforzada por la LOI 3/2007 por lo que acudiendo a los mandatos (exposición de motivos apartado III, así como los arts. 4, 14.8 y 44) efectuados en la misma tanto al legislador como al juzgador, no parece que una interpretación restrictiva sea congruente con dichos mandatos.

de disfrute de dicha reducción. En consecuencia, se pregunta si no hubiera resultado mucho mas lógico y coherente incluir tal restricción en el apartado 6º y no en el apartado 5º como así se ha hecho al supeditar la anterior "unilateralidad" del derecho de concreción horaria a la posibilidad de que los convenios colectivos puedan establecer criterios para la concreción horaria, dado que no tendría lógica que la concreción de la reducción horaria tenga que ser necesariamente diaria cuando nada se dice en la norma que regula tal concreción, es decir, el apartado 6º, y no el 5º, del art. 37 ET.

En conclusión, el autor nos ofrece una interpretación alternativa plenamente convincente: dado que sólo cabe interpretar la normativa de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, se hace obligado decantarse por aquella interpretación que preserve la preferencia del derecho del trabajador/a y que encuentra su expresión en el art. 37.6 ET frente al derecho de la organización empresarial. La adicción del término "diaria" al derecho de reducción de jornada se habrá de interpretar, necesariamente, como un mero parámetro de cuantificación de la reducción de jornada (como podría ser el semanal o anual) pero no como una limitación *ex lege* del derecho de concreción, que hubiera requerido la explícita modificación del art. 37.6 ET y no únicamente la del art. 37.5 ET. Solo así se alcanza una interpretación que preserve la coordinación lógica y sistemática de ambos apartados del art. 37 ET, además de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación de los trabajadores/as.

Sin embargo, lo cierto es que la introducción del término "diaria" en el art. 37.5 ET está provocando la interpretación restrictiva que ha advertido la doctrina científica, y a su amparo las empresas están denegando solicitudes de reducción de jornada con concreciones horarias fuera de los márgenes de la jornada diaria considerando que los porcentajes de reducción han de aplicarse sobre ésta y no sobre la calculada en cómputo anual o semanal.

En sentido positivo cabe destacar el hecho de que la negociación colectiva parece estar reaccionando adecuadamente y se evidencian algunos cambios favorables a estos derechos de los trabajadores/as. Así ocurre, por ejemplo, en el caso resuelto por la STSJ nº 234/2016 de Madrid, de 9 de marzo 2016, con ocasión de la denegación de una reducción con adaptación horaria tras la entrada en vigor del art. 37.5 ET reformado, en la que el convenio de industrias químicas publicado en el BOE en fecha 9 de abril 2013, es decir ya producida la mencionada reforma del art. 37.5, dispone en su art. 49 el "derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, salvo pacto en contrario...",

correspondiendo al trabajador la concreción horaria y determinación del periodo de disfrute de la reducción. (Art. 49 del convenio colectivo). El convenio, aunque se hace eco de la reducción de jornada "diaria", igualmente habilita la existencia de pacto en contrario, dando así cobertura al acuerdo entre los actualmente litigantes en esta materia. La Sentencia, en su FJ2º, recuerda, de nuevo, tanto la dimensión constitucional de los DCPL como la propia doctrina del TS al efecto: "Recordemos a mayor abundamiento que el citado art. 37 del Estatuto de los Trabajadores prevé el derecho a la reducción de jornada de manera que tal reducción ha de repercutir en el ejercicio de los deberes de cuidado y guarda legal, ya que sin duda estos deberes -expresa el criterio judicial reflejado en repetidos pronunciamientos- están por encima de la organización del trabajo, y deben ser acordes con las atenciones y cuidados que la persona requiere, ante lo que ha de ceder el derecho genérico de dirección y control de la actividad laboral que otorga al empresario el art. 20 del ET. El RCUD 3799/1999, STS de 20.07.2000 (aunque inadmite por ausencia de contradicción) fija previamente que "...en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 Estatuto de los Trabajadores , ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa".

También la STS Sala de lo Social nº 443/2016, de 18 de mayo aborda esta cuestión en relación con un conflicto colectivo planteado por las representaciones sindicales de los trabajadores/as consistente en determinar si la reducción de jornada por guarda legal y por motivos familiares debe concretarse dentro de la jornada ordinaria del trabajo, como sostiene la posición de la parte demandante o, si tal reducción debe gravitar sobre la jornada diaria, como sostiene la empresa. Para ello solicitan una concreta interpretación y aplicación de los arts. 32 y 33 del Convenio Colectivo de Contact Center (BOE nº 179, de 27 de julio de 2012). La Sentencia es clara y terminante cuando afirma en su FJ4º: "los términos empleados son plenamente claros y no ofrecen discusión, partiendo del precepto convencional de que se trata: artículo 33 del vigente Convenio Colectivo de Contact Center; donde se afirma literalmente que "la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de la jornada previstos en este capítulo, corresponderá al trabajador dentro de su jornada ordinaria". (…) En definitiva, el convenio colectivo tiene en esta materia su propia y completa regulación, sin remisión alguna al texto vigente del ET".

Así pues, la labor de la negociación colectiva va a ser determinante a la hora de garantizar la efectividad de los DCPL. Cabe esperar en ese sentido que las partes negociadoras no se limiten a reproducir el texto legal sino a tomar ejemplo de aquellos convenios colectivos que han introducido redacciones que finalmente permiten a los trabajadores/as lograr el ejercicio libre y adecuado del derecho respetando su dimensión constitucional y los derechos fundamentales que se ponen en juego.

E) El derecho de los trabajadores/as a la adaptación de la duración y distribución de la jornada para conciliar la vida personal, familiar y laboral: el art. 34.8 ET

A tenor de los visto hasta ahora podemos decir que este nuevo derecho de conciliación introducido en la LOI 3/2007 se presenta como una de las medidas de conciliación mas conflictivas, al menos desde el ejercicio de la conciliación familiar, si bien al mismo tiempo evidencia la necesidad de los trabajadores/as de contar con el mismo para hacer efectivas sus necesidades conciliatorias. Tanto el *obiter dicta* de las SSTS 13 y 18 de junio de 2008 como las restricciones normativas introducidas en la reforma laboral de 2012 en el art 37.5 ET han supuesto, como hemos visto un importante freno en cuanto a su desarrollo y efectividad.

No obstante el estudio del precepto nos llevará a conclusiones distintas: primero, al poner de manifiesto las llamativas discrepancias existentes en su interpretación judicial y científica; segundo, que otros aspectos como el acuerdo individual, la ausencia de su desarrollo en la negociación colectiva, o los propios derechos fundamentales en juego, se han pasado por alto en la interpretación judicial con el único argumento de que no existe tal derecho sino que se trata de una mera expectativa mientras el convenio colectivo no lo regule, lo que a nuestro entender resulta del todo inaceptable máxime teniendo en cuenta la dimensión constitucional de los DCPL.

Como decíamos al principio, el derecho a la adaptación horaria para compatibilizar vida personal/familiar y laboral se presenta como una de las medidas más eficaces para mejorar las posibilidades de conciliar[688] y, en consecuencia, como herramienta eficaz al servicio de la igualdad real de oportunidades entre sexos, en la

[688] Recordemos que así lo establecen incluso las propias SSTS 13 y 18 de junio de 2008 cuando afirman: "sin dudar de que la pretensión de la demandante serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con los deberes familiares porque de lo contrario no hubiera solicitado el cambio de horario".

medida en que permite realmente a mujeres y hombres atender ambas esferas sin pérdida de retribución lo que a su vez evitará que sean las mujeres las que continúen renunciando a todo (excedencias) o parte de su salario (reducciones de jornada). Del mismo modo, permite adoptar otras soluciones horarias en las reducciones de jornada del art. 37.5 ET en combinación con el art. 34.8 ET. Por tanto, con base en el mandato constitucional, arts. 9.2 y 14 CE, y legal, arts. 1 y 4 LOI 3/2007, es obligación de nuestros poderes públicos adoptar medidas acordes a la necesidad de unos derechos de conciliación presenciales, éste es sin duda el origen del art. 34.8 ET. Además, esta solución conciliatoria empieza a cobrar entidad en la reciente evolución normativa europea en esta materia, como ya hemos visto.

Sin embargo, si observamos el desarrollo legislativo del precepto desde su nacimiento, ya durante la tramitación de la LOI 3/2007 en el Congreso de los Diputados, en las enmiendas[689] realizadas por tres de los grupos políticos al nuevo precepto, llama la atención la excesiva generalidad de su redacción en términos jurídicos, lo que hace que puedan incluso parecer propuestas de un programa político en vez de normas de derecho positivo. Se aprecia igualmente entre ellas una cierta desvinculación con la realidad social y el alcance actual de la igualdad de género, ya que continúan ancladas en conceptos de familia y del papel de la mujer dentro de la esfera socio-laboral indudablemente superados.

[689] Enmiendas 121/000092 Proyecto de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres BOCG Congreso de los Diputados de 22 de noviembre de 2006 nº 92-10 disponible en: http://www.congreso.es.
Así: la enmienda nº 50 propone en su primera frase un derecho ya reconocido en el art. 37.5 y 6 del ET. En su segunda parte, aunque pareciere que va a afrontar una de las cuestiones que ha suscitado debate jurisprudencial, establece una mera declaración de intenciones e incluso en sentido restrictivo, al circunscribirla a un supuesto concreto.
La enmienda nº 278 es un ejemplo paradigmático de la negación de un derecho de las y los trabajadores por la vía de considerarlo un mero *desideratum* puesto que se expresa en términos similares a los de un código de buenas prácticas, solicitando de los agentes sociales fundamentalmente que fomenten determinadas medidas de flexibilidad cediendo la determinación del derecho a la autonomía contractual y negocial en vez de optar por la intervención pública a través de la facultad legisladora. Destaca igualmente el hecho de que reduce la conciliación a una cuestión de horarios laborales y escolares. La propuesta, en definitiva, no otorga ningún derecho a las y los trabajadores, y manifiesta un ideario sobre la conciliación claramente restrictivo respecto incluso de lo que ya existe.
La enmienda nº 363, manteniendo el tenor del precepto idéntico, añade una última frase relativa al contexto del centro de trabajo, incurriendo igualmente en excesiva generalidad, de forma que podría ser una norma reivindicable por numerosas empresas que tratasen de argumentar en un momento dado las peculiaridades de su contexto. La justificación de dicha enmienda da fe de una concepción de la conciliación como amenaza para el tejido productivo empresarial, lo que sin duda motiva su presentación, puesto que dependiendo supuestamente el ejercicio del derecho de la negociación colectiva o individual no se entiende el porqué de ese plus de protección.

Finalmente, de la redacción definitiva del art. 34.8 dada por la LOI 3/2007 resultará una formulación abierta: "el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada (...) en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla", que no estará exenta de conflicto en su interpretación judicial, principalmente a la hora de aceptar la propia existencia del derecho a falta de acuerdo colectivo o entre las partes. No obstante, como hemos visto, esta redacción ya se había empleado con otros derechos de conciliación como el de la formación, también directamente relacionados con derechos fundamentales de los trabajadores, y que sin embargo no han sido interpretados del mismo modo por el TS. Así pues, como vimos en el caso del art. 23 ET, la solución que los tribunales han aplicado, ante la ausencia de directrices expresas sobre el criterio a seguir en ausencia de pacto, ha sido el de considerar, partiendo por supuesto de la existencia del derecho, que el empresario/a no puede denegar injustificadamente el ejercicio del mismo al trabajador/a, sino que deberá probar las circunstancias organizativas o productivas que le llevan a no asumir la adaptación de jornada que por motivos de conciliación solicita el trabajador/a.

En 2012, el legislador, después de las reformas restrictivas llevadas a cabo en el RDL 3/2012 en cuanto a las posibilidades de adaptación horaria de los trabajadores/as, pero a la vez consciente de que este tema comienza a cobrar importancia en la UE, aprovecha la Ley 3/2012 para incorporar en su art. 9 un segundo párrafo al art. 34.8 ET: “A tal fin se promoverá la utilización de la jornada continuada el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas”. Esta nueva y aparente preocupación ante el tema de la conciliación no puede sino calificarse como un acto de ‘cinismo legislativo’, máxime teniendo en cuenta la reforma operada meses anteriores. Como ha sostenido Ballester Pastor se trata una "extravagante adición normativa" que, "claramente tenía como principal objetivo devolver cierta corrección política a una regulación que carecía de ella", destacando de la redacción del nuevo párrafo su carácter meramente promocional, sin contenido, que no añade nada nuevo al impreciso primer párrafo, siendo llamativo el modo impersonal utilizado lo que impide identificar a quien se dirige: "¿los Poderes Públicos, los agentes sociales, los

empresarios?"[690]. Además, esta autora llama la atención sobre el hecho de que el legislador inste a la promoción voluntaria de una serie de instrumentos para la compatibilidad horaria muy ambiciosos que suponen un elevado grado de compromiso empresarial y que sin embargo no mencione otras formas menores de ajuste (adaptación de jornada, reducción de jornada en computo superior al diario, cambio de turno…) que no implican necesariamente un coste para el empresario y que resultan muy efectivos para facilitar la compatibilidad. "Precisamente esta grandilocuente vacuidad del nuevo segundo párrafo del art. 34.8 ET sintetiza perfectamente el alcance real de la reforma de 2012 en el ámbito de la conciliación de responsabilidad"[691].

Por el contrario, para Gilolmo López este segundo párrafo contiene una "ampliada doble finalidad promotora"[692], así que es posible que se haya pensado como un nuevo llamamiento a los agentes sociales, una especie de "refuerzo" a la interpretación de que sólo cabe dotar de eficacia al derecho a través de la negociación colectiva. Lo cierto es que ese carácter impersonal, a falta de mayor identificación sobre el sujeto pasivo al que se dirige, deberá interpretarse en el sentido de que se aplicará a todos en concordancia, como decíamos anteriormente, con la obligación de garantizar los valores constitucionales y legales en juego y tal y como establece el propio art. 4 LOI 3/2007.

Como decimos, el derecho a la adaptación horaria regulado en el art. 34.8 ET no ha tenido un desarrollo pacífico, lo que de alguna manera da fe tanto de su enorme potencial como herramienta al servicio de la conciliación cuanto de las resistencias que suscita. Analizaremos a continuación cómo ha sido interpretado el precepto por la doctrina científica y jurisprudencial para sacar conclusiones acerca de su verdadero alcance.

- ¿Se trata de un derecho o sólo de una expectativa?

---

[690] BALLESTER PASTOR, Mª Amparo, «Igualdad y conciliación en las últimas reformas laborales y de Seguridad Social. Análisis desde las exigencias del derecho de la Unión Europea». *Cit.*

[691] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «El irreconocible derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades en la Ley 3/2012», *Cit.* pp. 175-203.

[692] GILOLMO LÓPEZ, José Luis, «Medidas de conciliación familiar y trabajo y organización de la empresa: puntos críticos en la nueva legislación y doctrina constitucional», *Actualidad Laboral Nº 5, Sección Estudios* (mayo de 2013), pp. 16.

Los fundamentos básicos que sustentan la discusión acerca de si se trata o no de un derecho se presentan a continuación. Acometeremos en primer lugar lo que ha declarado la doctrina judicial, y a continuación lo argumentado por la doctrina científica. Ello nos dará una idea más precisa acerca del verdadero alcance del derecho, lo que sin duda tiene gran relevancia, ya que hasta ahora su falta de reconocimiento por los tribunales ha justificado la propia negativa de estos a aplicar la doctrina constitucional (SSTC 3/2007 y 26/2011) y, por tanto, aceptar que una desestimación de adaptación horaria por necesidades conciliatorias familiares vulnere el artículo 14 CE con el argumento de que no existe una regulación positiva que de cobijo a este tipo de peticiones[693].

La tesis mas utilizada por los Tribunales es la defendida por el TS en sus Sentencias de 13 y 18 de junio de 2008, donde como ya vimos anteriormente de forma más detenida, en una interpretación literal y aislada del precepto expresan que no se reconoce a los trabajadores/as un derecho tangible y exigible, ya que en todo caso se encontraba condicionado a la existencia de acuerdo individual o colectivo[694]. Así pues, siguiendo esta doctrina han sido una gran mayoría los Juzgados y Tribunales de lo Social que han continuado pronunciándose en igual sentido sobre la falta de eficacia del art. 34.8 ET, coincidiendo en la conclusión de que con esta nueva previsión el legislador no ha configurado mas que una expectativa de derecho que únicamente se llenará de contenido cuando exista regulación en convenio colectivo o acuerdo individual entre las partes. Asimismo consideran que el precepto es sólo una suerte de "llamamiento a la negociación" para los interlocutores sociales y los propios empresarios y trabajadores a

[693] Entre otras: STSJ Castilla-La Mancha de 29-1-2009: "Lo que no está en contra, en el entender de esta Sala, de la STC nº 3, de 25-01-2007, que está referida a otro precepto distinto del Estatuto laboral (al 37.5). En esta misma dirección, debe reconocerse que restrictiva, va la STS de 18-06-2008, que si bien viene referida a una situación que era anterior a la introducción del artículo 34.8 del ET, también «obiter dicta» se refiere a ella. Situación la actual, se insiste, sin duda no claramente resuelta, como es prueba el Voto Particular discrepante que acompaña a dicha Sentencia de Unificación de Doctrina, que este Tribunal pondera, si bien considera debe de seguir la tesis mayoritaria, sin perjuicio de evolución normativa o jurisprudencial, o de una eventual intervención del Tribunal Constitucional. Y sin que en absoluto pueda aceptarse que existe una infracción del artículo 14 del texto constitucional toda vez que lo que no existe en realidad, es una regulación positiva que dé cobijo a la concreta petición de la reclamante".

[694] En el mismo sentido se expresa también más recientemente el ATS Sala de lo Social, Sección 1ª de 18-5-2010, con cita de la jurisprudencia anterior: "(...) al promulgar la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de Marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres, ha configurado una nueva expectativa que no coincidía exactamente con la pretensión configurada por la demandante". Así, en la nueva redacción, al artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores se le añade un nuevo apartado del tenor literal siguiente: "El trabajador tendrá derecho (...): "Se advierte, por lo tanto que tampoco en la normativa posterior se delega sin límites en el beneficiario de la conciliación la configuración del derecho contemplado en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, precepto en que se regula la jornada de trabajo".

título individual, apreciación frente a la que cabe argumentar que, a fin de cuentas, esa posibilidad de acuerdo existía ya sin necesidad del artículo 34.8 ET[695], por lo que escaso sentido tendría su existencia en el ordenamiento jurídico si no es para otorgar un nuevo derecho de conciliación a los trabajadores/as, máxime teniendo en cuenta que éste nace en el marco de la LOI 3/2007 con el objetivo de promocionar la igualdad efectiva de oportunidades entre mujeres y hombres. En la misma línea, algún tribunal también ha entendido *a sensu contrario* que cuando el legislador ha querido conferir a los trabajadores un derecho en estos términos lo ha dejado claro, como sucede en relación con el derecho previsto en el art. 37.8 ET respecto de las trabajadoras víctimas de violencia de género[696]. Por último, y dado que no existe un derecho directo de los trabajadores a que se adapte sin más su jornada de trabajo sin una previa reducción de la misma para acomodarla a sus necesidades de conciliación, no cabe deducir conculcación por parte de los poderes públicos del deber de aseguramiento de la protección social y jurídica de la familia en los términos previstos en el art. 39 CE [697].

En conclusión, para esta corriente doctrinal mayoritaria, si no hay tratamiento convencional aplicable en la materia o, de no producirse el acuerdo individual entre empresa y trabajador/a, esto es, con la mera respuesta negativa de la empresa a la petición del trabajador/a, el derecho quedará en nada.

Otro de los argumentos acogidos por la doctrina judicial para desestimar la medida ha sido el supuesto perjuicio organizativo por las alteraciones sustanciales que pudieran producirse en el resto de trabajadores/as de la empresa[698]. En el caso analizado por Molina Hermosilla[699], no existía prueba de las alteraciones organizativas que causaría a la empresa la concreción horaria y de turnos solicitada por la trabajadora, lo que es exigido constitucionalmente, además de que la Sala no pondera las

[695] STSJ Castilla-La Mancha 3-12-2008.

[696] STSJ Castilla la Mancha de 23-9-2010.

[697] STSJ Madrid 17-06-2010.

[698] STSJ Andalucía, Granada, de 23-12-2008. En este caso se desestima la medida al considerar que la misma suponía un gran perjuicio organizativo. La trabajadora, camarera de cafetería en un hospital, solicitaba un turno adaptado al horario de guardería, fijo de mañana, de lunes a viernes, de 8:30 a 16:30. Consulta el empresario con los demás trabajadores de la empresa quienes manifiestan su interés de que no les fuesen alterados sus respectivos turnos y que la proposición de la trabajadora debía ser aceptada por la empresa pero contratando a otra trabajadora que la sustituyese.

[699] MOLINA HERMOSILLA, Olimpia, «Un nuevo -y esperado- ataque al maltrecho derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral» *Cit*.

circunstancias concretas y traslada indebidamente los problemas de gestión de recursos humanos al resto de los trabajadores, convirtiendo un conflicto entre la solicitante y la empresa en un conflicto entre la trabajadora y el resto de la plantilla. Un peligroso argumento este, como vemos, el de utilizar a modo de escudo protector a los demás trabajadores/as de la plantilla. El pronunciamiento judicial, además, deja bastante claro su parecer tomando partido sobre el asunto y recordando que el núcleo básico del poder de dirección está constituido fundamentalmente por el artículo 20 del ET, según el cual el trabajador está obligado a cumplir las órdenes adoptadas en el ejercicio regular de las facultades directivas del empresario con la diligencia y colaboración que marquen las disposiciones legales y los convenios colectivos.

No obstante hay que decir que algunos tribunales, separándose de la doctrina mayoritaria, se han pronunciado en una interpretación más garantista del precepto, de acuerdo tanto con los principios de la LOI 3/2007 como de la propia doctrina constitucional sobre los DCPL, en los siguientes términos:

-En primer lugar, considerando que no puede aceptarse sin más el carácter de declaración programática del precepto, aun asumiendo que no se trata de un derecho con alcance semejante al reconocido a los trabajadores por el art. 37.5 ET[700].

-Por otra parte, la negativa injustificada de la empresa puede devenir en la aceptación de la solicitud realizada por el trabajador/a puesto que al menos corresponde a aquélla exponer y motivar su decisión, sin que ello implique necesariamente que el derecho de conciliación tenga un rango privilegiado frente al de libertad de empresa. En este sentido, por ejemplo, un juzgado reconoce el derecho de la trabajadora a la adaptación horaria porque ésta había acreditado que el horario solicitado era necesario para ejercitar sus derechos de conciliación, mientras que la empresa no había acreditado el más mínimo perjuicio[701].

-Entrando de lleno en la llamada que el precepto hace a la negociación colectiva, consideran que el art. 34.8 ET configura un verdadero derecho que debe ser tenido en cuenta por el Tribunal si “hacen caso omiso” del mismo tanto el convenio colectivo como el Plan de Igualdad de la empresa. Del mismo modo que no cabe decidir sobre el objeto del pleito con base a consideraciones de estricta legalidad, debiendo ponderarse

[700] STSJ Asturias 18-12-2009.

[701] SJS nº 3 Pamplona 10-10-2012.

las circunstancias concurrentes[702]. Por lo tanto, a la luz de la dimensión constitucional de los DCPL, es de entender que sí cabe una interpretación garantista y potenciadora del precepto –superando la tentación de una interpretación meramente programática y limitadora- incluso en sede judicial, lo que sin duda es coherente con lo dispuesto en el art. 4 LOI 3/2007[703]. En consecuencia, una vez ponderados los intereses en juego se otorga preferencia a la conciliación con base en el art. 34.8 ET, puesto que de no hacerse así tanto dicha disposición legal como la propia LOI 3/2007 quedarían vacías de contenido ya que, al no contemplarse en el convenio colectivo de aplicación el derecho postulado, sería preciso llegar a un acuerdo con el empresario que, de no darse, como es el caso, desactivaría el espíritu y la letra de la mencionada Ley Orgánica, o, como literalmente dice aquella Sala, "daría lugar a ser papel mojado el espíritu y la letra de la LO mencionada y de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras"[704].

-La necesidad de interpretar el art. 34.8 ET de forma amplia, en virtud de la dimensión constitucional declarada por la STC 3/2007 y 26/2011, así como por la cláusula 6ª de la Directiva de permisos parentales[705] . De acuerdo con el jugado, no cabe realizar una interpretación programática del nuevo derecho puesto que siendo todas las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad entre la vida familiar y laboral de los trabajadores una manifestación del principio de igualdad y de la protección constitucional a la familia (STC 3/2007), no puede quedar reducido a un carácter meramente programático sino que debe imputársele un contenido específico. En este sentido parece clara y razonable la opción del legislador que, en primera instancia, en la vía de negociación colectiva o individual- sea donde deban ponderarse los criterios y necesidades de ambas partes para llegar a un acuerdo. A falta de previsión en la negociación colectiva, el trabajador/a debe poder instar la negociación en el ámbito individual en el que la demandada solamente podría oponer al ejercicio de este nuevo derecho, legítimas razones de tipo organizativo, técnicas o productivas. En razón de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación, la remisión a la negociación

[702] STSJ Galicia de 20-5-2010, Rec. 4392/2009.

[703] SJS n.º 33 Barcelona 15-1-2008.

[704] STSJ de Canarias/Las Palmas, 30 -11-2011, Rec. 1408/2009.

[705] SJS nº 33 Barcelona, sentencia nº 298 de 1 de septiembre de 2015.

colectiva o acuerdo individual no puede entenderse como meramente "condicional", esto es, que se condicione la efectividad del derecho a que se alcance acuerdo sino "instrumental", esto es, entendiendo que el legislador ha querido trasladar a la negociación colectiva o individual la ponderación de los intereses en juego que no son exclusivamente los del trabajador solicitante y de la empresa, sino también los derechos de conciliación de los restantes trabajadores. En cuanto a la valoración sobre el alcance del derecho y las STC 24/2011 y 26/2011 afirma que la contradicción entre ambas sentencias puede y debe salvarse en favor de la tesis amplia sostenida en la STC 26/2011 en base a lo dispuesto en la cláusula 6ª de la Didrectiva 2010/18. Sobre esta interpretación abundaremos más adelante.

- Por último, desde el propio TS, concretamente la STS de 25 de marzo de 2013, en el voto particular se plantea incluso la cuestión de que si la doctrina de las SSTS 13 y 18 de junio de 2008 ha considerado que el art. 34.8 ET no es un derecho, cómo puede atribuirle tal naturaleza a la hora de dilucidar si tiene o no acceso a recurso de suplicación una sentencia donde se discute la adaptación horaria.

En resumen, esta corriente jurisprudencial, superando la tentación de una interpretación literal estricta del precepto, exige otra más amplia y acorde con los derechos fundamentales en juego así como la propia normativa europea, todo ello teniendo en cuenta la norma donde se enmarca, esto es, la LOI 3/2007.

En cuanto a la doctrina científica, podemos observar que una amplia mayoría se decanta por afirmar que el 34.8 ET es un auténtico derecho, desde una interpretación tanto literal como finalista, siendo sólo su concreción lo que se deja en manos del acuerdo colectivo o individual.

En primer lugar, se parte de que una interpretación contraria a la eficacia del derecho privaría de toda utilidad la incorporación del art. 34.8 ET en la LOI 3/2007, puesto que con anterioridad ya estaba abierta esta posibilidad. Así, por ejemplo, Molina Navarrete[706] afirma que el derecho a la adaptación horaria no sólo no supone una novedad, ya que aparecía recogido en el artículo 37.5 del ET, sino que además puede suponer un retroceso si se admiten interpretaciones en el sentido de condicionar tal

[706] MOLINA NAVARRETE, Cristobal, «El impacto laboral de la "Ley de Igualdad de Sexos": lo que queda después de vender el "humo político"», *Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 290 (2007): pp. 99-158.

derecho a lo estipulado en convenio colectivo o a través del acuerdo entre empresa y trabajador/a, como expresa el artículo 34.8 del ET.

Por tanto, la LOI 3/2007 otorga el derecho pero deja a la negociación colectiva o al pacto individual la fijación de los términos de su ejercicio. Así lo afirma Arastei Sahún[707], cuando dice que lo que se negocian son los términos de disfrute del derecho, no la existencia del derecho mismo**.** En el mismo sentido, Velasco Portero[708] sostiene que el precepto es imperativo, si bien en convenio colectivo o en el contrato individual se establecerán los términos concretos. En este sentido, la autora nos recuerda la nueva redacción dada por la LOI 3/2007 al art. 85.1 del ET[709], aunque el que exista un deber de negociar no significa de por sí que el derecho tenga que aparecer en convenio colectivo. Ahora bien, el derecho ha de concretarse de algún modo y si el convenio guarda silencio el trabajador/a podrá exigir a la empresa que le facilite algún tipo de adaptación de la jornada. Del mismo modo, Alfonso Mellado[710] afirma que la norma legal reconoce un auténtico derecho, y lo único que falta por concretar son sus términos, es decir, el hecho de que no se consiga el acuerdo al que alude la norma no quiere decir que el derecho no exista. También sostienen que se ha reconocido legalmente un derecho plena y directamente efectivo Ballester Pastor y Sala Franco[711], entendiendo que la referencia a la negociación colectiva y al acuerdo tiene un sentido no condicional sino secundario. Así, la falta de especificación de su alcance en convenio y/o contrato requerirá una confrontación de intereses y derechos para lo cual deberá tomarse en consideración la finalidad pretendida, si bien, dado que en el caso del 34.8 ET la medida solicitada de adaptación no goza de la presunción favorable a la legitimidad de la finalidad conciliadora del art. 37.5 ET, en la resolución de eventuales conflictos deberán tenerse en cuenta criterios de adecuación, proporcionalidad y razonabilidad de la

[707] ARASTEI SAHÚN, Mª Lourdes, «Relación laboral y avances en materia de corresponsabilidad familiar entre mujeres y hombres», *Actualidad Laboral,* n.º 1, Sección Estudios, 1 de enero de 2008.

[708] VELASCO PORTERO, Teresa, «El derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo». *Cit.*

[709] Recordemos que la LOI 3/2007 modifica el art. 85.1 del ET en el sentido de establecer que en la negociación de los convenios existirá en todo caso el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad. Entre estas medidas están las referentes a los derechos de conciliación de la vida familiar, personal y laboral y, por tanto, el derecho que nos ocupa.

[710] ALFONSO MELLADO, Carlos L., «El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres».*Cit.*

[711] BALLESTER PASTOR, María Amparo y SALA FRANCO, Tomás, *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*. *Cit.*

medida propuesta en atención a los fines pretendidos y a los perjuicios causados teniendo en cuenta:

-Por un lado, que el derecho a la conciliación entronca directamente con los derechos fundamentales y con el principio antidiscriminatorio.

-Por otro lado, que la organización empresarial admite alternativas y correcciones en la gestión del tiempo que no tienen paralelo (al menos no siempre) en quien pretende compatibilizar obligaciones familiares y laborales.

Estimamos que estos criterios elaborados por Ballester Pastor y Sala Franco son coherentes con la voluntad del legislador y la finalidad de la norma. Y a ello deberíamos añadir otro elemento a valorar de carácter estrictamente procesal, y es que en el ejercicio de ponderación que han de realizar los tribunales se debería tener en cuenta el principio de facilidad probatoria que normalmente recaerá sobre la empresa, dado que cuenta con más recursos para acreditar en un momento dado las dificultades organizativas o eventuales perjuicios que causaría la medida, mientras que por el contrario puede haber muchas circunstancias de índole familiar y personal que requieren del ejercicio del derecho y no son tan directamente acreditables mediante una simple aportación documental. Sin embargo, la ausencia de esa presunción favorable a la legitimidad de la finalidad conciliadora defendida por los autores, que sí existiría en el supuesto del art. 37.5 ET, resulta un argumento peligroso en el momento de llevar los derechos a la práctica: si en un caso se da por supuesta la finalidad conciliadora y en el otro no, éste último parecería precisado de un plus de justificación que en la mentalidad de los juzgadores podría derivar en la necesaria aparición de motivos ligados exclusivamente a la familia y/o el cuidado, volviéndose así a manifestar el riesgo de instaurar derechos de conciliación de primer y segundo nivel.

Así, Ballester Pastor[712] sostiene que la naturaleza de derecho fundamental del derecho a la conciliación tiene como principal consecuencia, en relación a la adaptación de jornada, que el empresario debe aportar alguna razón para la denegación razonada y justificada de la medida, aun cuando ello no implique que este derecho tenga un rango privilegiado frente a la libertad de empresa, siendo fundamental para que en sede judicial pueda llevarse a cabo la contraposición y equilibrio de derechos que requiere el

[712] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo». *Cit.*

TC. Esta obligación de justificación es, además, consecuencia de lo establecido al respecto en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 de permisos parentales.

Continuando con la opinión doctrinal mayoritaria, Morón Prieto[713] afirma que la interpretación sobre el alcance del art. 34.8 ET que realiza el TS no es adecuada ni acorde con los cánones hermenéuticos, que remiten en primer lugar a la propia literalidad del precepto legal y a su inserción sistemática en el ordenamiento, por lo que no cabe la menor duda de que la ley reconoce expresamente el derecho. La referencia a la negociación colectiva o al acuerdo individual quiere decir que se reconoce la posibilidad o incluso la recomendación, pero no la obligación de que se puedan establecer los términos en los que se desarrolle el ejercicio del derecho individual. Además de la propia interpretación literal del precepto, este autor realiza una interpretación por analogía con el artículo 23[714], por cuanto su estructura normativa es casi idéntica con la establecida en los arts. 34.8, 37.5 y 37.7 ET; por una parte, reconocimiento expreso de un conjunto de derechos por parte de la ley y por otra, remisión a los términos previstos en la negociación colectiva, entendiendo tal remisión al ejercicio y no al reconocimiento del derecho. Por ello afirma que de la literalidad de estos preceptos no se deduce la idea de que los trabajadores tendrán derecho "cuando" así lo disponga la negociación colectiva, sino tan sólo se refiere a que se tiene el derecho a conciliar tiempo de trabajo y tiempo privado "en los términos" que la negociación colectiva pueda establecer en su ejercicio o desarrollo. Por lo tanto, podría aplicarse a estos preceptos por analogía el régimen jurídico previsto en el art. 23 ET, particularmente en lo relativo al reconocimiento de la existencia e incluso la posibilidad de ejercer estos derechos.

En lo que respecta a los instrumentos jurídicos para ponderar la procedencia o improcedencia de las medidas solicitadas, bastaría con remitirse a los criterios manejados por los tribunales en torno a las necesidades objetivas y la exigencia de buena fe por parte de los trabajadores/as en el ejercicio de tales derechos, la existencia

[713] MORÓN PRIETO, Ricardo, «¿Existe un genérico derecho a cambiar el horario laboral para conciliarlo con la vida privada? (A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 18 de junio de 2008)». *Cit.*

[714] Para el autor, el art. 23 ET es un ejemplo perfecto de lo que se denominan las relaciones de complementariedad entre la ley y el convenio, reconoce un conjunto de derechos referidos a la conciliación de la jornada laboral y ciertas necesidades formativas personales del trabajador, de tal manera que en su apartado primero regula los supuestos mínimos, su contenido y sus aspectos básicos, para a renglón seguido, en su apartado segundo establecer que en los convenios colectivos se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos. Una estructura normativa, por tanto, con la que coincide casi absolutamente la establecida en el art. 34.8 ET.

de justificación de la empresa acerca de si dicha petición supone o no un grave quebranto imposible de salvar con otras actuaciones razonables y, en fin, la concurrencia de los derechos de otros trabajadores/as. Echamos en falta, no obstante, que el autor haga referencia a la dimensión constitucional de los derechos de conciliación y su articulación a través de una serie de técnicas ponderativas que van más allá de la mera confrontación de derechos y el criterio de buena fe regulado por el ET. De lo contrario, no cabe duda de que el interés empresarial unido a las alegaciones del resto de trabajadores/as –que en muchos casos se verían obligados a proteger ese interés- podrían hacer muy dificultoso el ejercicio del derecho por parte del trabajador/a solicitante.

Siguiendo con la interpretación sobre el alcance del derecho, algunos autores/as afirman de modo más matizado que el precepto viene a reconocer, más que un derecho pleno, un derecho a negociar convencionalmente las medidas de adaptación de jornada. Consideran que el legislador no garantiza al trabajador/a un derecho específico, sino que será la negociación colectiva la que en principio delimite las posibilidades y presupuestos en que se concreta el derecho[715].

Finalmente, una minoría afirma que se trata de un precepto programático y cuya finalidad es la de incentivar o promover esta materia en la negociación colectiva o en otro tipo de acuerdos. Así lo afirma Gilolmo López, quien sostiene que "si la CE remite a la ley la regulación de un estatuto de los trabajadores (art. 35.2 CE) y en éste no se contempla como tal, separadamente, la adaptación o redistribución del tiempo de trabajo sino en la medida en que lo acuerde la negociación colectiva o el pacto individual, el principio de legalidad (art. 9.3 CE) y el sometimiento de Jueces y Magistrados al imperio de la ley (art. 117.1 CE) en principio, no pueden tener otra consecuencia"[716].

En sentido distinto, pero apartándose del sentir mayoritario, Trillo Párraga[717] opina que la polémica sobre si el art. 34.8 ET implica o no un derecho subjetivo puede haber enturbiado sus potencialidades. El autor se manifiesta crítico ante la complicada

[715] CASTRO ARGUELLES, Mª Antonia, «Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la jurisprudencia», *Derecho de los Negocios*, n.º 207, Sección Relaciones Laborales, diciembre de 2007.

[716] GILOLMO LÓPEZ, José Luis, «Medidas de conciliación familiar y trabajo y organización de la empresa: puntos críticos en la nueva legislación y doctrina constitucional». *Cit.*

[717] TRILLO PÁRRAGA, Francisco José, «La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 1/2009, de 12 de enero 2009)», *Revista de Derecho Social*, n.º 45 (marzo de 2009), *Cit.* pp. 145-68.

realidad que tras la LOI 3/2007 deben seguir afrontando los trabajadores/as que quieran ejercer los nuevos derechos de conciliación, entre otras cosas por la propia redacción del nuevo art. 34.8 ET. "De ahí que si el convenio colectivo no hubiese regulado este extremo y las partes individuales no hubieran alcanzado un acuerdo a tal fin, nos encontramos con una situación que coincide plenamente con la vivida con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Igualdad"[718], señala llamando la atención sobre la práctica inexistencia de límites en los poderes de dirección del empresariado en lo relativo a la ordenación del tiempo de trabajo.

Por último, García Testal y López Balaguer[719] coinciden con Trillo Párraga en el sentido de que la crítica no debe dirigirse únicamente a los Tribunales, sino que ha de incluir al legislador, que no ha reconocido de modo categórico el derecho de los trabajadores a la adaptación de jornada afirmando, como sí lo hace en relación con el derecho de reducción de jornada, que se trata de un derecho individual. Y esta ausencia de seguridad jurídica ha acabado en una verdadera desnaturalización del mismo, y dado pábulo a la tesis de la doctrina judicial mayoritaria según la cual el art. 34.8 ET no confiere derecho alguno sino que simplemente abre, en el plano colectivo, un espacio material concreto, actuando a modo de norma de naturaleza desreguladora o sin contenido normativo (cabe preguntarse si en realidad existen normas de tal especie), de forma que nada aportan en el plano individual.

En resumen, podemos afirmar que nos encontramos ante un auténtico derecho de conciliación, cuya potencialidad ya se advierte a la vista de las resistencias y oposiciones que ha encontrado desde el mismo momento de su nacimiento. Debemos añadir que, al igual que el art. 23 ET, es un derecho –así lo ha redactado el legislador y le ha dado cabida en el ET a través del art. 34.8- que deja la concreción de los términos de la adaptación, bien a la negociación colectiva, bien al acuerdo individual. Pero ni la falta de desarrollo en la negociación colectiva, ni la mera negativa del empresariado puede dejarlo sin efectividad, máxime teniendo en cuenta los bienes jurídicos que protege. Sobre estos aspectos abundaremos más adelante. Entendemos que la voluntad del legislador, precisamente por su redacción amplia, es dar cabida a toda una serie de

[718] TRILLO PÁRRAGA, Francisco José, *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*. *Cit*., pp. 255-257.

[719] GARCÍA TESTAL, Elena y LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*. *Cit.*

necesidades conciliatorias, tanto familiares como personales, que podrían canalizarse a través del mismo sin perjuicio económico alguno ni para el trabajador/a solicitante, ni tampoco para la empresa, salvo razones justificadas. Por lo tanto, aunque una parte de la doctrina judicial ha venido negando la propia existencia del derecho, existe otra posición, sostenida tanto por juzgados y tribunales como por la doctrina científica mayoritaria, que integra la necesaria dimensión constitucional de los DCPL en su criterio y estima que nos encontramos ante un auténtico derecho de conciliación. Es cierto, sin embargo, que se necesitaría abordar una reforma legislativa del precepto donde finalmente se aclaren los términos concretos de su ejercicio, sobre todo a falta de acuerdo en convenio colectivo o entre empresa y trabajador/a, a fin de garantizar la seguridad jurídica necesaria.

-Objeto, contenido y régimen jurídico del artículo

Las causas que pueden motivar una solicitud de adaptación horaria al amparo del art. 34.8 ET pueden ser de lo mas variadas, máxime teniendo en cuenta que por vida personal o vida familiar podemos entender toda una multiplicidad de situaciones. Por ello, podríamos decir que el art. 34.8 ET sería una especie de "cajón de sastre" donde tendrían encaje todas aquellas circunstancias que no se encuentren reguladas expresamente en otros artículos del ET que tengan que ver de un modo u otro con la conciliación y sobre todo la suficiente entidad como para poner límites a la potestad de la empresa acerca de la disposición sobre el tiempo de trabajo.

Veremos a continuación las aportaciones que hace la doctrina científica a este respecto:

Para Rodríguez Pastor[720] se trata de proteger a los trabajadores/as –sobre todo a la mujer trabajadora- como miembros de una familia, para conciliar sus responsabilidades familiares con las laborales, fundamentalmente en las relaciones paterno/materno-filiales, independientemente de que deriven o no del matrimonio. Todo ello con la finalidad de que las responsabilidades familiares no se conviertan en un obstáculo para la actividad laboral de los trabajadores/as. Como vemos, este autor vincula el derecho recogido en el art. 34.8 ET exclusivamente a las labores familiares de

[720] RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo, «Tiempo de trabajo tras la reforma operada por la LOI».*Cit.*

cuidado, y a la mujer como responsable de las mismas; es llamativo que interprete este precepto en línea de continuidad con la LCVFL 39/1999 obviando la evolución hacia la corresponsabilidad que marca la LOI 3/2007, así como su voluntad transformadora de roles al introducir la vida personal. Recordemos no obstante que el autor equiparaba este concepto a una suerte de "derecho al ocio".

Velasco Portero[721] equipara el derecho de adaptación de jornada a lo que el artículo 37.7 ET denomina "reordenación de la jornada". Y desgrana su contenido en torno a los siguientes aspectos:

En cuanto a la posibilidad/imposibilidad de la adaptación, ésta ha de ser compatible con la organización del proceso productivo en la empresa concreta. Posibilidad que dependerá igualmente de las condiciones particulares del puesto que ocupa el trabajador/a, ya que no podrá afectar a sus tareas o funciones propias del puesto salvo que así se pacte. La imposibilidad desde la perspectiva empresarial, por otro lado, tiene que ser absoluta en el sentido de imposibilidad total de atender a sus requerimientos. Por lo tanto no debe bastar con que la medida ocasione algún trastorno o perjudique los intereses empresariales o exija un especial celo organizativo, ya que el bien jurídico protegido, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, resulta suficiente para demandar del empresario un esfuerzo razonable de adaptación. La interpretación de Velasco Portero es coherente con la doctrina constitucional sobre los derechos fundamentales implicados en esta clase de solicitudes y la manera en que debe resolverse su eventual fricción con otros derechos del empresario. Asimismo habría de tenerse en cuenta la alternativa del teletrabajo, pese a que no puede encuadrarse sin más en la adaptación. En lo que se refiere a este aspecto planteado por la autora, debemos alertar, sin embargo, como ya hicimos en el capítulo II, sobre la posibilidad de que el teletrabajo acabe "feminizándose" y convirtiéndose en una de las soluciones o salidas más comunes en determinados casos, y que no vaya en beneficio de los derechos de conciliación sino en el de la efectiva realización por parte de las mujeres trabajadoras de la denominada "doble jornada" dentro del espacio doméstico. Continuando con los distintos perfiles de este derecho, en lo que atañe a su duración, Velasco Portero estima que se debe prever de tal modo que sea reversible una vez que desaparezca la necesidad que le da origen; a falta de regulación el trabajador/a deberá demostrar las causas del

[721] VELASCO PORTERO, Teresa, «El derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo». *Cit.*

cambio. Pasando a la cuestión de la concreción horaria, desde una interpretación analógica del precepto con el art. 37.5 ET, considera la autora que el trabajador/a tendría derecho a la concreción horaria, mientras que realizando una interpretación literal se excluiría esa posibilidad, ya que la misma se refiere expresamente a los derechos reconocidos en el art. 37 del ET. No obstante, nos preguntamos entonces por el sentido que tendría un derecho a adaptar la duración o distribución de la jornada de trabajo si en el ejercicio de ese derecho no se puede determinar el horario. Entendemos, pues, que la concreción por los trabajadores/as es factible y acorde con el espíritu de la norma. En cuanto a la garantía de indemnidad del trabajador/a que ejerce el derecho del art. 34.8 ET, la LOI 3/2007 no introduce nada en este sentido. Hubiera sido interesante extender a estos casos la protección que sí opera cuando se trata del derecho a la reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares, el permiso de lactancia y el permiso y la reducción de jornada para cuidado de hijos prematuros, así como en el caso de trabajadoras víctimas de violencia de género o terrorismo. Velasco Portero sostiene que el fundamento de la protección es el mismo que en los supuestos mencionados por lo que no tiene sentido aplicar la protección en unos casos sí y en otros no, tratándose de derechos de igual naturaleza y fundamento.

Por su parte, Ballester Pastor y Sala Franco[722] sostienen que el contenido esencial del derecho ha de ser la finalidad conciliadora. Mientras que el art. 37.5 ET no establece referencia alguna a la misma -porque los supuestos que formula son tan precisos que cuando concurren generan un derecho absoluto y pleno sin necesidad de que se pruebe su objeto (éste podría aparecer en todo caso en el momento de la determinación horaria)-, el art. 34.8 ET es diferente porque no tiene una formulación concreta sino general, lo que exige que concurra y se alegue causa legitimadora. Para estos autores la falta de configuración subjetiva se refiere a que no sólo incluye la cuestión familiar sino también el aspecto personal**,** lo que teóricamente (dependiendo de la interpretación que se otorgue a la conciliación) podría incluso hacer desaparecer la necesidad de que exista un sujeto precisado de cuidado. De ahí que no puedan aplicarse al supuesto del art. 34.8 ET los mismos presupuestos previstos para el art. 37.5 ET: en la reducción de jornada no es exigible al trabajador/a que justifique la adecuación a la

[722] BALLESTER PASTOR, María Amparo y SALA FRANCO, Tomás, *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*. *Cit.* pp. 52-62.

finalidad conciliadora del derecho que reclama, basta con que acredite que concurren los requisitos subjetivos y objetivos expresamente establecidos; mientras que la empresa sólo puede oponerse a la concreción horaria por incompatibilidad con la organización, pero sin poder cuestionar la finalidad conciliadora de la reducción solicitada. El derecho, en cualquier caso, no resulta absoluto y requiere de la comprobación de la existencia de la referida finalidad. En cuanto a los supuestos de adaptación de jornada que no encuentran acomodo en el art. 37.5 del ET, y que por tanto deberían entenderse incorporados al ámbito aplicativo del art. 34.8 del ET, los autores enumeran los siguientes:

-Cambio de horario, del sistema de turnos o del régimen de trabajo (jornada continuada o partida).

-Reducciones de jornada de espectro temporal mayor o menor que el establecido en el art. 37.5 ET.

-Reducciones de jornada (o cualquier adaptación) que tengan como sujeto activo uno diferente del reconocido para el art. 37.5 ET.

-Reducciones de jornada (o cualquier adaptación) que tengan como sujeto pasivo uno diferente del reconocido en el art. 37.5 ET.

-Ajustes de la jornada convencional o pactada que tengan por objeto que el trabajador/a quede exonerado de las actividades correspondientes a períodos punta.

-Movilidad funcional a un puesto de trabajo con menores requerimientos de disponibilidad horaria.

-Cualquier otra adaptación de jornada que quede fuere del ámbito aplicativo del art. 37.5 ET.

Por su parte, Morón Prieto[723] reconoce en el art. 34.8 ET, además de un derecho a la conciliación, establece un conjunto de elementos destinados precisamente a que éste se pueda desarrollar de manera plena y ante todo cierta. Así, de un lado, dispone que se tendrá derecho a adaptar tanto la duración –reduciéndola- como la distribución –lo que incluye eventualmente los cambios de turnos- de la jornada de trabajo. De otro lado, los motivos no se circunscriben a los estrictamente familiares, de manera que, una vez superada una idea fuertemente limitativa de las actividades cuya realización justifican medidas específicas de conciliación, se considera como causas justificativas de tales

[723] MORÓN PRIETO, Ricardo, «¿Existe un genérico derecho a cambiar el horario laboral para conciliarlo con la vida privada? (A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 18 de junio de 2008)». *Cit.*

medidas cualquiera que tenga que ver con la vida privada y no sólo familiar del trabajador/a. Cuestión distinta es la virtualidad que para la puesta en marcha del derecho puedan tener las distintas actividades privadas que motiven la solicitud. En cuanto los supuestos que podrían justificar su ejercicio, aunque surgen importantes interrogantes, ello no debe plantear especiales problemas desde el punto de vista jurídico. Los supuestos justificativos del derecho podrían ser cualesquiera con los que legítimamente se atienda a intereses personales o familiares. Podría pensarse inmediatamente en causas vinculadas con la atención de estos últimos, pero asimismo en cualquier otro interés legítimo de los trabajadores/as, recordando la nueva concepción que predica el TC del tiempo libre como tiempo de desarrollo de la propia personalidad y su relación con la dignidad personal.

Alfonso Mellado[724] considera que dados los derechos reconocidos en el art. 37 ET, parece que la adaptación de la duración y distribución de la jornada de la que nos habla el art. 34.8 ET debe consistir en algo más o distinto de lo que ya se encuentra recogido en aquel precepto y que, en todo caso, ya podía venir previsto en los convenios colectivos vigentes con anterioridad a este nuevo apartado, con apoyo en la libertad de contenido de los convenios prevista en el art. 85 ET como mejora de lo dispuesto legalmente. Así, a modo de ejemplo, cita los siguientes supuestos:

-Para los derechos por lactancia, una mayor duración del permiso; una mayor reducción de la jornada; o una mayor duración de la acumulación en jornadas completas de la reducción de la jornada (art. 37.4 ET).

-Para los derechos por hospitalización de un hijo recién nacido, una mayor duración del permiso o de la reducción de jornada (art. 37.4 bis ET).

-Para los derechos por guarda de un hijo menor de ocho años o cuidado de familiares, una mayor duración de la reducción de la jornada; una ampliación de la edad del menor o del círculo familiar por el que podría concederse la reducción de jornada (art. 37.5 ET); o incluso concreciones horarias derivadas de la reducción de jornada distintas a la estipulada legalmente -sobre las que la jurisprudencia a veces se muestra reticente-, como serían las reducciones de jornada acompañadas de cambios en el horario laboral -por ejemplo, permitiendo que se trabajen menos días a la semana, que no se trabaje a turnos, etc.-.

[724] ALFONSO MELLADO, Carlos L., «El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres». *Cit.*

Por lo que respecta a las trabajadoras víctimas de violencia de género, el precepto comentado no añade nada nuevo, habida cuenta que el art. 37.7 ET ya prevé una amplia gama de posibilidades a la adaptación de la duración y distribución de la jornada. Por último, y al margen del art. 37 ET, la adaptación de la duración y distribución de la jornada podría dar lugar a que se distribuyera la misma de modo que no se trabajase algunos de los días en que los hijos tuvieran vacaciones escolares durante el año, o flexibilizando los horarios de entrada y salida con una amplia posibilidad de compensación para atender a hijos o familiares, etc. En definitiva, considera este autor que el nuevo apartado puede derivar en un amplio abanico de posibilidades a la hora de adaptar la duración y distribución de la jornada para conciliar la vida personal, familiar y laboral, aunque su plasmación práctica dependerá, en todo caso, de lo acordado por los convenios colectivos; de lo acordado individualmente entre los trabajadores/as y el empresariado, o finalmente, de la solución judicial que se dé a los casos de desacuerdo entre ellos, teniendo en cuenta la doctrina constitucional sobre los DCPL. Así, la valoración que Alfonso Mellado realiza del nuevo precepto es que, en términos de razonabilidad, corresponderá al interesado/a el ejercicio del derecho. En cuanto a si el empresariado tiene una cierta discrecionalidad a la hora de aceptar o no lo propuesto, nos dice que habrá de estarse a las reglas previstas en los convenios, o en caso de discrepancia sobre su aplicación, a los órganos judiciales. Asimismo son aplicables las soluciones que se han consolidado en torno a la posibilidad ya existente con anterioridad de reducción de jornada por cuidado de hijo o familiar. Habría que entender que corresponde al trabajador/a la valoración de que la medida resulta necesaria, salvo evidentes casos de abuso de derecho; la empresa sólo podrá negarse a la adaptación si ésta fuese imposible o le ocasionasen perjuicios desproporcionados en atención a las necesidades organizativas y productivas de la empresa. En caso contrario, deberá accederse a lo solicitado. Tanto en la práctica empresarial como incluso en la judicial, se debe tener en cuenta que no se atribuye a estos operadores una capacidad para valorar la oportunidad de la medida desde el punto de vista de quien la solicita: es él quien sabrá si la necesita o no. A partir de ahí lo que debe valorarse es si a la empresa le es posible acceder o no a la misma. Si lo es, pero alega perjuicios, habrá que ponderar éstos y los intereses en juego, estableciendo soluciones proporcionadas y sin duda presididas por el principio general de que el derecho debe hacerse eficaz, especialmente cuanto más importantes sean los intereses que con su ejercicio se pretendan garantizar -

que normalmente alcanzan un manifiesto rango constitucional de acuerdo con la STC 3/2007-.

Por último, para Trillo Párraga[725], el art. 34.8 ET operaría como límite a la modificación sustancial de la condición de trabajo introducida por el empresario/a, es decir, supondría una especie de contrapunto al esquema normativo del tiempo de trabajo tan dirigido a los intereses empresariales, y donde queda poco espacio para la satisfacción de las necesidades de los trabajadores/as que tienen que ver con el libre desarrollo de su personalidad. Así pues, el empresario/a que acude al art. 41 ET para modificar sustancialmente cualquier aspecto de la distribución de la jornada de trabajo encuentra hoy, como límite a su derecho de modificar estos aspectos del tiempo de trabajo, las estipulaciones recogidas en convenio colectivo o el acuerdo con el trabajador/a afectado por tal decisión. De otro modo, el alcance de dicho precepto normativo quedaría limitado a una declaración legislativa de buenas intenciones sin efectos teóricos ni prácticos, ya que cualquier modificación sustancial de esta condición de trabajo cancelaría las posibilidades de conciliar vida familiar y laboral.

En resumen, podemos observar que, aunque algún autor se muestra restrictivo con el contenido y objetivo del artículo, en general se apuesta por la idea de que cualquier necesidad conciliatoria de suficiente relevancia constitucional del trabajador/a -de carácter personal y/o familiar- podría tener cabida en él. En nuestra opinión, empero, volvemos a encontrarnos con que una mayor exigencia probatoria para los derechos de conciliación no vinculados a la protección familiar puede suponer que se vaya conformando la idea de que existen derechos de conciliación de primer y segundo nivel. Establecer una prevalencia entre unos y otros conllevaría el riesgo de que el ejercicio de ponderación de derechos constitucionales se automatice de modo que aquellos que no responden directamente al principio de protección de la familia tendrían mayores posibilidades de ser rechazados sin demasiado esfuerzo argumentativo por parte del empleador/a. Esto trae consigo que se insista en la "feminización" de la conciliación, y es un ejemplo de cómo las buenas intenciones pueden conducir al apuntalamiento de viejos roles, en especial cuando no toman en cuenta las voces de los movimientos sociales, así como las teorías críticas feministas que insisten en la

[725] TRILLO PÁRRAGA, Francisco J., «Las dos direcciones de la flexibilización del tiempo de trabajo». *Cit.*

necesidad de desligar mujer y conciliación y que están en el origen de la inclusión de esta clase de derechos tanto en la normativa internacional como en la estatal.

Lo cierto es que hasta la fecha no han sido muchas las solicitudes de los trabajadores/as para ejercer necesidades de conciliación diferentes a las estrictamente familiares por la vía del art. 34.8 ET si bien la situación de crisis económica iniciada justamente con el nacimiento del artículo ha debido influir en la solicitud de este tipo de iniciativas.

-Algunas reflexiones sobre el acuerdo individual con la empresa o su expresa contemplación en el convenio colectivo

Del estudio de la jurisprudencia se desprende, como hemos visto, que la exigencia de acuerdo individual o convenio colectivo que defina el ejercicio de la medida conciliatoria, se ha constituido en muchos casos, paradójicamente, en el único argumento desestimatorio, calificando al derecho, cuando no existe tal previsión, como intangible o ineficaz. Sin embargo, debemos plantearnos dos cuestiones principales a este respecto. En primer lugar, ¿qué debemos entender por el acuerdo entre las partes? Es decir, ¿la mera negativa no razonada de la empresa ante la solicitud de conciliación puede entenderse sin más como falta de acuerdo? En segundo lugar, ¿qué ocurre cuando con posterioridad a la publicación de la LOI 3/2007 no se han concretado los términos del artículo en la negociación colectiva? Es decir, ¿puede la inactividad de las partes, pese al mandato legal, negar sin más la eficacia del derecho? Sobre estas cuestiones vamos a abundar a continuación.

Desde la jurisprudencia mayoritaria, la mera respuesta negativa a la petición del trabajador/a así como la falta de acuerdo convencional ha sido suficiente para desestimar las peticiones de adaptación de jornada, inclusive algún tribunal ha entendido que sólo si existe una voluntad manifiestamente rebelde para convenir al respecto pudiera estimarse la demanda[726], pasando a analizar sólo residualmente el

[726] También en el sentido mayoritario, la STSJ de Asturias de 18-12-2009 manifiesta que en el caso del artículo 34.8 ET, y a diferencia de lo previsto en el artículo 37.6 ET, los límites se configuran a través de una regulación por convenio o por acuerdo previo con el empresario: "Así pues, aunque ya resaltamos que, en todo caso, no puede cerrarse la vía jurisdiccional que deberá decidir sobre una eventual limitación del derecho que lo reduzca a inexistente o mera declaración pragmática, el punto de vista del Tribunal no puede ser otro que la necesidad previa de acuerdo, salvo una llamativa posición injustificada o inmotivada por la parte que tiene que prestar ese consentimiento".

problema de fondo y en todo caso evitando el debate sobre qué debemos entender por el acuerdo individual y cuándo se debe entender cumplido al menos el deber negocial.

Molina Navarrete ha acusado a este tipo de pronunciamientos, sobre todo a los que exigen el acuerdo colectivo o individual, de minimizar el cambio legal frente a la obligación de garantizarlo que debiera corresponder a los jueces y tribunales. Tal y como expresa este autor: "Nuestro ordenamiento, ni antes ni después de la Ley de Igualdad, no tiene una laguna legal respecto del derecho a modificar el horario sin reducción de jornada, sino que hay lo que se llama un silencio elocuente, esto es, el legislador no habría querido regularlo directamente, remitiéndolo al convenio o al contrato, y numerosa jurisprudencia posterior a la Ley española de igualdad, contradice, más bien ignora, pese a aparentar lo contrario con su cita proforma, a la doctrina sentada en la STC 3/2007, de 15 de enero"[727].

Volviendo a la cuestión de si el artículo 34.8 ET reconoce al trabajador/a un derecho o sólo se trata de una mera declaración programática, autoras como López Balaguer[728] se plantean la duda de si, en virtud o no de dicho reconocimiento, tiene el empresario/a la obligación de negociar el ejercicio del derecho con el trabajador/a, justificando adecuada y objetivamente en su caso la imposibilidad de conceder la modificación requerida o si, por el contrario, puede dar una respuesta negativa a la petición del trabajador/a que generará la falta de acuerdo individual que el precepto exige. En nuestra opinión, y partiendo de la base de que nos encontramos ante un derecho pleno y genuino, la inexistencia de acuerdo individual entre las partes requeriría como mínimo acreditar previamente una negociación, de algún modo parecida al periodo de consultas establecido en el art. 51.1 ET. De otro modo, la simple negativa del empresario/a daría por concluida la posibilidad de disfrutar del derecho por parte del trabajador/a, por lo que dejaría fuera del alcance a muchos de los que actualmente no se encuentran sujetos a ningún convenio colectivo. Así que no podemos aceptar que el disfrute o no de un derecho reconocido en el ET, a falta de convenio colectivo de aplicación, resida únicamente en la negativa o no del empresario/a.

[727] MOLINA NAVARRETE, Cristobal, «Un nuevo paso atrás en la política jurídica de conciliación: el juez no debe minimizar sino garantizar el cambio legal», *Diario La Ley, No 7057, Sección Doctrina*, 17 de noviembre de 2008.

[728] LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, «La adaptación de la jornada para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral: ¿Un derecho indivudual o un derecho a negociar en convenio?», en *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo* (Dirs. Fernández Prieto, Marta y Cabeza Pereiro, Jaime), (Albacete: Bomarzo, 2012), pp. 245-260.

Un avance en este sentido ha sido la Sentencia nº 136/2011, del JS nº 33 de Barcelona, de 1 de marzo de 2011, que se pronuncia sobre la necesidad de interpretar el art. 34.8 ET en su sentido amplio razonando detenidamente sobre el tenor literal del precepto y acerca de lo que a su juicio debería interpretarse por "el acuerdo individual". La sentencia manifiesta que "el trabajador debe poder instar la negociación en el ámbito individual, en el que la demandada solamente podría oponer al ejercicio de este derecho de conciliación del trabajador a la adaptación de jornada (de dimensión constitucional como hemos visto) legítimas razones de tipo organizativo, técnicas, productivas u organizacionales"[729]. Esta sentencia, a nuestro juicio, tiene el valor de ser una de las primeras que se pronuncian sobre la necesidad de la existencia de un proceso previo de negociación para intentar llegar a un acuerdo entre las partes, proceso que sin embargo hasta el momento la doctrina jurisprudencial ha venido pasando por alto. En este sentido no podemos sino aplaudir la decisión del JS nº 33 de Barcelona y su lógica razonadora en este punto, que contrasta con la doctrina mayoritaria, y es que no se puede considerar cumplido dicho acuerdo solamente por el hecho de que la empresa se oponga a la petición del trabajador/a. Así, si se trata de una oposición o negativa meramente formal se estaría incumpliendo el tenor literal del artículo. Pero si en la oposición se alegan probadas razones organizativas, técnicas, etc., deberá entonces el juzgador/a decidir sobre el derecho a la adaptación ponderando sin perder de vista la dimensión constitucional de los derechos en juego de las partes.

Cabe añadir otra reflexión sobre este tema, y es que, como decíamos, también hay que tener presente que un buen número de trabajadores/as no se encuentra afecto en la actualidad a ningún convenio colectivo. Por ello resulta imprescindible que, ante la inexistencia de negociación colectiva o de falta de regulación en ese sentido, cualquier trabajador/a que precise del reconocimiento del derecho deba poder instar siempre la negociación en el ámbito individual. Así se desprende del tenor literal del artículo: el derecho se tiene, pero se ejercitará "en los términos" que dicho artículo establece. Y ello

[729] En el caso en cuestión, la demandante había solicitado la adaptación de su horario invocando y justificando diversas razones de índole familiar que amparaban su pretensión, evidenciando además su buena fe en el hecho concreto de que en su petición ésta mantenía el turno rotativo del sábado al ser el día de mayor volumen de trabajo y puesto que era el único día que tenía la certeza de contar con su compañero. Por su parte, la demandada se opuso a la adaptación mediante argumentos exclusivamente jurídicos alegando, en virtud de la doctrina del TS, la inexistencia de acuerdo colectivo e individual, argumento este último al parecer del juzgador "ciertamente paradójico cuando lo que pretende la demandante es precisamente intentar dicho acuerdo". En todo caso la empresa no argumentó ni razonó impedimentos de carácter organizativo, técnico o productivo que justificaran mínimamente su negativa. En consecuencia, el Tribunal considera que estando ante una negativa irrazonada del derecho de adaptación de jornada y teniendo en cuenta la dimensión constitucional del derecho se debe estimar la pretensión de la trabajadora.

no puede ser de otro modo, ya que mantener únicamente la exigencia de la regulación en convenio colectivo del derecho y dar por cumplida, ante la negativa de la empresa, la falta de acuerdo individual, supondría condicionar la existencia de ese derecho, de modo que sólo sería aplicable a los trabajadores/as afectos a un convenio colectivo, dejando entonces de ser aplicable a aquellos y aquellas que por las circunstancias funcionales de la empresa no se encuentren dentro del ámbito de aplicación de ningún convenio. Por último, nos preguntamos, tratándose de un derecho individual capaz de afectar igualmente a múltiples cuestiones de la vida personal, en qué medida puede la negociación colectiva abarcar todo el conjunto de eventualidades que den pie a una solicitud de este tipo. Por ello es necesario que el acuerdo individual entre empresa y trabajador se lleve a efecto, y en términos de igualdad. En este sentido ha avanzado la nueva regulación procesal, Ley 36/2011, en su art. 139, y que abordaremos en el siguiente apartado, donde se establece un procedimiento para que ambas partes presenten sus propuestas, debiendo ser el órgano judicial quien pondere las necesidades del trabajador/a con las dificultades organizativas, siempre teniendo en cuenta que la dimensión constitucional de los DCPL en juego ha de prevalecer y servir de orientación ante cualquier duda interpretativa.

En cuanto a la segunda cuestión que nos planteábamos, es decir, ¿qué ocurre cuando con posterioridad a la publicación de la LOI 3/2007 no se han concretado los términos del artículo en la negociación colectiva? Lo primero que hay que tener presente es que la negociación colectiva está obligada por la LOI 3/2007[730] a

[730] Referencias en la LOI 3/2007 a la obligación de la negociación colectiva de desarrollar medidas para promover la igualdad:
Exposición de Motivos:
La Ley pretende promover la adopción de medidas concretas en favor de la igualdad en las empresas, situándolas en el marco de la negociación colectiva, para que sean las partes, libre y responsablemente, las que acuerden su contenido.
Artículo 43. Promoción de la igualdad en la negociación colectiva
De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres
DA Diecisiete. Se añade un nuevo párrafo en el apartado 1 del artículo 85, con la redacción siguiente:
"Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el Capítulo III del Título IV de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres".
Disposición Transitoria cuarta. Régimen de aplicación del deber de negociar en materia de igualdad
Lo dispuesto en el artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores en materia de igualdad, según la redacción dada por esta Ley, será de aplicación en la negociación subsiguiente a la primera denuncia del convenio que se produzca a partir de la entrada en vigor de la misma.
Disposición Final quinta. Planes de igualdad y negociación colectiva:

contemplar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y oportunidades, entre otras las de conciliación. Por tanto, todos aquellos convenios que se hayan negociado con posterioridad a la entrada en vigor de la LOI 3/2007 y que no contemplen un desarrollo del art. 34.8 ET estarían incumpliendo lo dispuesto en la misma dado que se trata de una medida que necesita de su desarrollo y concreción por los convenios. Es por ello que cabe defender que, ante la falta de regulación del artículo 34.8 ET en la negociación colectiva, y ante la negativa injustificada de la empresa, el trabajador/a tendría derecho a adaptar su jornada de trabajo. En este sentido se han pronunciado algunas sentencias, como la STSJ de Galicia de 20 de mayo de 2010, Rec. 4392/2009, que considera que el art. 34.8 ET configura un verdadero derecho que debe ser tenido en cuenta por el Tribunal si "hacen caso omiso" del mismo tanto el convenio colectivo como el Plan de igualdad de la empresa[731].

Así pues, en todo caso la respuesta a estas preguntas reafirma de alguna manera la idea sobre el verdadero alcance del art. 34.8 ET, pudiendo concluir que ante la negativa injustificada o la falta de desarrollo en la negociación colectiva el trabajador/a tendrá derecho a adaptar su jornada para conciliar su vida personal y/o familiar con el trabajo.

- Las SSTC 24 y 26 de 14 de marzo de 2011. Un ejemplo paradigmático de la dificultad de "conciliar" criterios en torno a este asunto

Las SSTC nº 24 y 26, dictadas ambas el 14 de marzo de 2011, han añadido una buena dosis más de controversia acerca del alcance e interpretación del art. 34.8 ET. Resulta interesante detenerse, -aunque brevemente, ya que serán objeto de atención de manera extensa en el capítulo IV- a analizar el contenido de estas dos resoluciones que se pronuncian de manera muy distinta sobre el alcance del derecho de adaptación de la duración y distribución de la jornada que estudiamos.

Una vez transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno procederá a evaluar, junto a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, el estado de la negociación colectiva en materia de igualdad, y a estudiar, en función de la evolución habida, las medidas que, en su caso, resulten pertinentes.

[731] "Tanto la norma convencional como el Plan de igualdad se limitan a reproducir el art. 37.6 ET, haciendo caso omiso da la previsión legal del art. 34.8 ET. Así a falta tanto de previsión convencional como de pacto al respecto entre empresario y trabajador que respete su derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo, este Tribunal considera que la manera de hacer efectivo el derecho del trabajador a conciliar su vida familiar y laboral resulta ser aquella que contempla en su parte dispositiva la sentencia de instancia".

Por una parte, la STC 24/2011[732] (Sala 2ª), acogiendo la doctrina de las SSTS de 13 y 18 de junio de 2008, reafirma la necesidad de pacto colectivo o individual para dotar de efectividad al art. 34.8 ET, estableciendo una diferencia sustancial con el anterior pronunciamiento de la STC 3/2007, por cuanto en éste se solicitaba un derecho exigible legalmente. El TC, haciéndose eco de los argumentos expuestos por la Sala del TSJ de Castilla-La Mancha, desestima el amparo con los siguientes razonamientos:

El primero de ellos resulta sorprendente cuando menos ya que, afirma, no es aplicable su propia doctrina establecida en la STC 3/2007, puesto que los supuestos son distintos. Esto es así, de acuerdo con el Tribunal, porque la trabajadora no solicitó a la empresa una reducción de la jornada de trabajo para el cuidado de su hija al amparo del art. 37.5 ET -tal y como así ocurrió en el supuesto enjuiciado por la STC 3/2007- sino que, estando sujeta a un régimen de tunos rotativos, su solicitud se dirigió exclusivamente a obtener su adscripción permanente al turno de mañana para poder cuidar mejor a su hija recién nacida. Según esta doctrina, cabe distinguir entre la posibilidad de solicitar una reducción de jornada para el cuidado de hijos con la consiguiente reducción de salario (que fue la opción elegida por la trabajadora en el caso resuelto en la STC 3/2007), lo que supone el reconocimiento de un derecho exigible al amparo del art. 37.5 ET, de aquellos otros supuestos -como es el caso que se plantea- en los que se pretende una adaptación de la duración y distribución de la jornada a las concretas necesidades del trabajador/a con el objeto de conciliar vida privada, familiar y laboral, y que tiene apoyo en un precepto distinto, esto es, el art. 34.8 ET. Este precepto, a diferencia del anterior, condiciona los cambios pretendidos en la jornada, sin reducción de ésta ni de salario, a la existencia de un pacto colectivo o individual.

En este sentido discrepamos con el parecer del Tribunal, dado que en ambos supuestos se estaban discutiendo derechos de conciliación de la vida personal, familiar y

[732] El caso es el siguiente: una trabajadora de Telefónica de España, unidad familiar monoparental, que venía prestando sus servicios en régimen de trabajo a turnos solicita su adscripción permanente a un turno de mañana por considerarlo más idóneo para el cuidado de su hija recién nacida. La empresa le niega su petición y ella la recurre judicialmente siendo desestimada en primera instancia (JS nº 3 de Albacete) al apreciar que no tenía derecho al cambio pretendido dado que no había solicitado una reducción de jornada al amparo del art. 37 ET, sino la adscripción a un turno fijo que no era el que tenía asignado, por lo que la estimación de esa pretensión hubiera conllevado la alteración de la jornada y del resto de los turnos de los trabajadores afectados que, de forma indirecta, hubieran visto sustancialmente modificadas sus condiciones de trabajo sin causa justificativa. Esta decisión es confirmada en las instancias superiores y finalmente recurrida en amparo por la trabajadora ante el TC por vulneración de su derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) entendiendo que había sido privada, por su condición de mujer, del disfrute de un derecho íntimamente ligado a la conciliación de la vida familiar y laboral.

laboral de trabajadores/as. Derechos que, si bien se encuentran regulados en diferentes preceptos de nuestro ordenamiento, tienen una misma finalidad, esto es, facilitar la compatibilidad entre vida personal y familiar y el trabajo; derechos en los que, para evitar toda discriminación basada en su ejercicio, se deben tener en cuenta los diferentes derechos fundamentales en juego derechos que, como el propio legislador ha establecido, se dirimen en un cauce procesal único, el art. 139 LRJS. En este sentido, la doctrina de la STC 3/2007 se refiere expresamente en general a "todas las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad entre la vida laboral y familiar de los trabajadores".

Por otra parte, el TC sostiene que el precepto carece de eficacia normativa, estando condicionado a la existencia de un pacto colectivo o individual[733]. Este razonamiento que venimos denunciando se hace aun mas rechazable si tenemos en cuenta la frialdad con la que el TSJ afirma que la medida sería, sin duda, beneficiosa pra la trabajadora –hogar monoparental- pero que la negativa de la empresa a adaptar la jornada, invalida el derecho.

En este sentido, resulta clarificadora la Sentencia nº 136/2011 del JS nº 33 de Barcelona de 1 de marzo de 2011 a la que hemos hecho mención anteriormente en cuanto a qué se debe entender por acuerdo individual, razonamiento que sin duda el TC debiera haber valorado a la hora de decidir si la negativa del empresario/a alegando razones meramente formales constituía o no una vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora.

Por último, considera el TC que la Sala del TSJ sí realizó la ponderación de los intereses en juego**,** pero al no haber acuerdo -no hay que dejar de tener presente que se entiende por falta del mismo la mera negativa irrazonada de la empresa- debía aplicar la jurisprudencia ya establecida (SSTS 13 y 18 de junio de 2008 TS) sin perjuicio de una eventual evolución normativa, cambio de criterio judicial o intervención del TC al no haber regulación positiva que diera cobijo a la pretensión.

No podemos tampoco estar de acuerdo en este punto, puesto que no cabría entender por ponderación el mero hecho de que el TSJ justificara la imposibilidad de apreciar la infracción del art. 14 CE al no existir en el caso de autos una concreta

[733] Tal y como sostiene previamente la sala del TSJ de Castilla-La Mancha, STSJ de 3-12-2008: "... inexistente en el caso acuerdo convencional al respecto, y desde luego, no existiendo tampoco en el ámbito puramente contractual ante la negativa patronal de acceder a lo solicitado, la petición realizada por la trabajadora que sin duda parece que es razonable, en atención a las exigencias normales que derivan de su situación de maternidad monoparental, carece sin embargo de un soporte normativo o contractual que permita poder hacerlo jurídicamente eficaz".

regulación positiva que diera cobijo a la petición articulada por la reclamante, al amparo del art. 34.8 ET. En el capítulo anterior hemos analizado los mecanismos de ponderación de derechos fundamentales de acuerdo con la doctrina constitucional que los ha configurado, resultando éste un ejemplo palmario de elusión de tales mecanismos: pese a que la Sala del TSJ, por un lado, señala que entra en juego la obligación de proteger a la familia del art. 39.1 CE -al que adjudica rango preferente por su carácter constitucional-, sin embargo lo "pondera" con una simple cuestión de hecho, esto es, la inexistencia de acuerdo.

Finalmente concluye el TC que no ha habido vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo, pues el legislador consideró conveniente condicionar el ejercicio del derecho de adaptación de la jornada a lo que se disponga a través de la negociación colectiva o acuerdo entre los propios interesados, haciendo mención incluso a los debates parlamentarios, un párrafo que nos recuerda a lo que las STS 13 y 18-6-2008 declararon expresamente*:* "el legislador no ha querido pudiendo hacerlo".

Por contraste en la STC 26/2011, de 14 de marzo[734], la petición de adaptación horaria del trabajador que había sido desestimada por el TS[735], es admitida en amparo, considerando el Tribunal que el asunto permite analizar la incidencia de este tipo de decisiones contrarias a la conciliación cuando es un hombre el afectado y examinar si puede apreciarse la discriminación por razón de sexo o si puede incardinarse en alguno de los otros motivos de discriminación que con carácter no exhaustivo enumera el art. 14 CE. Sin entrar ahora en mayores consideraciones, cabe indicar únicamente que el amparo se estima en base a que las resoluciones judiciales no ponderaron adecuadamente los derechos fundamentales en juego y por tanto no tutelaron el derecho

[734] En este caso, un trabajador adscrito a un sistema de turnos solicita la asignación de un horario nocturno fijo para conciliar su vida familiar y laboral. El trabajador ve desestimada su pretensión en primera instancia con la alegación principal, entre otras razones, de que no existe un derecho directo del trabajador a elegir cambio de turno de trabajo por motivos familiares.

[735] Por una parte, alegando su propia doctrina dictada en las sentencias 13 y 18 de junio de 2008. Por otra, afirmando que la alegación del actor en trámite de inadmisión sobre la vulneración de derechos fundamentales sólo cabe interpretarla con el fin de cumplir uno de los requisitos precisos para interponer mas tarde el recurso de amparo ante el TC.A esta última consideración, que viene a atribuir en consecuencia una suerte de "mala fe" del trabajador, dedicará un merecido reproche el Ministerio Fiscal señalando que el TS se limita a descartar las alegaciones del recurrente referidas al derecho a la igualdad por considerarlas un mero alegato de carácter instrumental para posibilitar la ulterior interposición de recurso de amparo, apreciando en consecuencia la vulneración del art. 14 CE por la falta de ponderación constitucional del asunto planteado en el Auto dictado por la Sala del TS, interesando se otorgue el amparo al trabajador. De este modo declara la nulidad del Auto de inadmisión del TS, para que éste dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

del trabajador a la no discriminación por razón de las circunstancias personales y familiares, sin entrar a cuestionarse sobre la efectividad o no del art. 34.8 ET.

Observamos, pues, cómo las dos sentencias del TC acaban pronunciándose de manera diferente en cuanto al mismo derecho de conciliación. Mientras la STC 24/2011 niega la eficacia de derecho sin abrir ningún resquicio a la posibilidad de que en ausencia de pacto puedan los trabajadores/s hacer efectivo el derecho de adaptación, la STC 26/2011, aunque no llega a afirmar tal eficacia directa, sí admite desde la perspectiva constitucional que el derecho pueda reconocerse una vez ponderadas las circunstancias familiares y empresariales, acercándose de este modo a las propuestas doctrinales que remiten el ejercicio y concreción del derecho a la decisión judicial, a falta de acuerdo y previo análisis y consideración de cada supuesto. Por lo tanto, tal y como afirma García Rubio "la valoración de las dos sentencias queda ligada a la visión que se tenga respecto a la claridad o ambigüedad del tenor del art. 34.8 ET"[736].

En nuestra opinión, y de acuerdo con Fernández Docampo[737], no cabe duda de que la interpretación del alcance y contenido del art. 34.8 ET habrá de valorarse en su dimensión constitucional, lo que de algún modo hace la STC 26/2011, proporcionándole una justificación adecuada que posibilite su reconocimiento y, por ende, su realización efectiva. De este modo, y como indica Pazos Pérez[738], la interpretación del art. 34.8 ET llevada a cabo en la STC 24/2011 es errónea al condicionar el disfrute de un derecho con vertiente constitucional a la existencia de un pacto individual o colectivo o, lo que es lo mismo, a su concesión o no por la empresa, produciendo, en la práctica, unos graves perjuicios en el ámbito familiar. Por ello considera más acertada la STC 26/2011, de 14 de marzo, al entender que el hecho de que los órganos judiciales no se hubiesen planteado la cuestión de si denegar o no al trabajador la pretendida asignación de cambio de horario constituía un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, suponía no haber valorado adecuadamente

[736] GARCÍA RUBIO, Mª Amparo, «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada», *Cit*., pp. 30.

[737] FERNÁNDEZ DOCAMPO, Belén, «La reincorporación al trabajo tras el disfrute del permiso parental. Medidas previstas en la Directiva 2010/18, de 8 de Marzo». *Cit.*

[738] PAZOS PÉREZ, Alexandre, «La reducción de jornada tras las últimas reformas legislativas», en *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo* (Dirs. Fernández Prieto, Marta y Cabeza Pereiro, Jaime), (Albacete: Bomarzo, 2012), pp. 223-242.

la dimensión constitucional del art. 14 CE en relación con su responsabilidad parental en el cuidado de hijos menores reconocido en el art. 39.3 CE.

En conclusión no podemos sino defender plenamente que el derecho a la adaptación de la jornada de trabajo contemplado en el art. 34.8 ET, además de en sus diferentes modalidades específicas a las que hemos hecho alusión en este apartado, es un derecho plenamente exigible y que debe interpretarse siempre de acuerdo con la CE y la doctrina del TC al respecto, a causa de los derechos fundamentales de los trabajadores que puedan estar implicados a la hora de su ejercico. Nos encontramos, pese a sus continuas resistencias, frente a una necesidad cada vez más demandada socialmente por la ciudadanía y que conecta con la de conciliar de manera 'efectiva' la vida personal, familiar y laboral. No obstante el derecho sigue siendo un gran desconocido por la mayoría de los trabajadores/as que, en un escenario de crisis económica y de deterioro de las relaciones laborales –además de los frenos jurisprudenciales a los que hemos aludido- está aun en proceso de consolidación.

Sería necesario abordar en una reforma legislativa futura una redacción que acabe por aclarar su eficacia, máxime tratándose de uno de los derechos más efectivos para alcanzar la igualdad real de oportunidades de mujeres y hombres, además de poder canalizar a través de su ejercicio otras solicitudes de la vida personal y laboral de relevancia constitucional. Por último, hay que insistir en el papel que puede juzgar la negociación colectiva a este respecto, y la cautela que debe guardar a la hora de su desarrollo, máxime teniendo en cuenta los principios y derechos constitucionales que han de garantizarse a través del mismo.

5. RÉGIMEN PROCESAL DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

5.1. Evolución legislativa del procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación

A la hora de abordar el régimen procesal de los DCPL resulta necesario, en primer lugar, realizar un somero repaso a la evolución normativa de este procedimiento especial destinado a canalizar las discrepancias en el ejercicio de los DCPL. Y es que el mismo, tal y como ha señalado la doctrina[739], ha sido objeto de una azarosa evolución legislativa, afectando a su desarrollo tanto criterios jurisprudenciales como doctrinales que han ido produciendo un progresivo ensanchamiento de los límites sustantivos de su objeto. A la vez no debemos perder de vista que se trata de una regulación relativamente novedosa, que plantea aún numerosos interrogantes y suscita diversas interpretaciones tanto por los estudiosos/as del tema como por los propios Tribunales. Asimismo no hay que olvidar que nos encontramos ante unos derechos que entroncan directamente con derechos fundamentales, motivo por el cual la articulación de un medio procesal eficaz para hacerlos efectivos presenta la máxima relevancia.

La LCVFL 39/1999 supuso el primer intento por sistematizar un conjunto ordenado de medidas dirigidas a facilitar la conciliación. A través de su art. 9.2 introdujo una nueva modalidad procesal especial, concretamente añade a la Ley de Procedimiento Laboral aprobada por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, la Sección 5 del Capítulo V del Título II del Libro II , incorporando como único precepto el art. 138 bis LPL bajo el título "Permisos por lactancia y reducción de la jornada por motivos familiares"[740]. El objeto de esta modalidad consistía en la solución de

[739] TASCÓN LÓPEZ, Rodrígo, «Notas críticas sobre la modalidad procesal especial de tutela de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral», en *Mujer, Trabajo y Seguridad Social*, (Dir. Borrajo Dacruz, Efrén), (Madrid: La Ley, 2010).

[740] Art. 138 bis (Reglas): El procedimiento para la concreción horaria y la determinación del período de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares se regirán por las siguientes reglas:
a) El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su disconformidad con la concreción horaria y el período de disfrute propuesto por aquél, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social.

discrepancias en materia de concreción horaria y determinación del periodo de disfrute de los permisos reconocidos en el art. 37 párrafos 4 y 5 ET.

Más tarde, la Ley 12/2001, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, de 9 de julio, en su Disposición Adicional 8ª punto 1 modifica el ET introduciendo un nuevo permiso previsto en el art. 37.4 bis ET[741], y del mismo modo lo hace la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de Protección Integral frente a la Violencia de Género, de 29 de diciembre, en su Disposición Adicional 7ª modificando nuevamente el ET e introduciendo los permisos previstos en el art. 37.7 ET[742]. Ninguna de estas normas, sin embargo, introduce modificación alguna en el art. 138 bis LPL en cuanto a la ampliación del objeto del proceso.

En 2007, la LOI 3/2007 mediante su Disposición Adicional Undécima en su punto 20 introduce la Disposición Adicional 17ª en el Estatuto de los Trabajadores bajo la rúbrica de "Discrepancias en materia de conciliación", donde se establece que ″las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar, y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del

---

b) El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia, que será firme, deberá ser dictada en el plazo de tres días.

[741] 1. Modificación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
a) Adición de un apartado 4.bis al artículo 37, que queda redactado de la siguiente forma:
«4.bis En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario. Para el disfrute de este permiso se estará a lo previsto en el apartado 6 de este artículo».
b) Adición de un nuevo párrafo tercero, pasando los actuales restantes a ser el cuarto, quinto, sexto y séptimo respectivamente, al artículo 48.4, que queda redactado de la siguiente forma:
«En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el período de suspensión, podrá computarse, a instancia de la madre o, en su defecto, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre».

[742] Disposición adicional séptima. Modificación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
Uno. Se introduce un nuevo apartado 7 en el artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con el siguiente contenido:
7. La trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.
Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a la trabajadora, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias.

procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral". Esta remisión se hace nuevamente sin modificar el texto del art. 138 bis LPL, que sigue contemplando un procedimiento cuya rúbrica (lactancia y reducción de jornada) tenía un contenido más reducido que el nuevo objeto que se le atribuía: todos los DCPL. Resulta criticable esta técnica legislativa que modifica únicamente la norma sustantiva y no su concordante procesal, puesto que dará lugar a una mayor confusión al respecto del objeto del proceso. Con todo, podía entenderse que la LOI 3/2007 ampliaba de manera tácita el horizonte inicial del proceso a todos los DCPL.

Posteriormente, la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, de 3 de noviembre, procede a subsanar esta deficiencia incorporando a la norma procesal la DA 17ª ET, mediante su art. 10 apartados 78 y 79, y proporcionando una nueva redacción a las reglas que rigen esta modalidad procesal para denominarla "Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente"[743].

Finalmente, con la entrada en vigor de la LRJS 36/2011, de 10 de octubre, esta modalidad procesal, pasa a estar regulada en el nuevo artículo 139 LRJS, donde se incorporan, además, cuestiones importantes como la posibilidad de acumular la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la negativa o demora al ejercicio del derecho del trabajador/a por parte del empresario/a, la necesidad de presentar propuestas y alternativas por parte de ambas partes, el acceso al recurso de suplicación cuando la indemnización adicional de daños y perjuicios supere los 3.000 €, así como la posibilidad de adoptar en algunos casos las medidas cautelares propias del proceso de tutela de derechos fundamentales. De este modo, la modalidad procesal se presenta ahora con una mejorada y más completa redacción, si bien, resulta compleja principalmente por la dimensión de los derechos en liza[744].

Así pues, las sucesivas reformas en la normativa procesal laboral han convertido al proceso en una "especie de híbrido" entre los procedimientos menores del Capítulo V

[743] Artículo 138 bis: El procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se regirá por las siguientes reglas:
a) El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su disconformidad con la concreción horaria y el período de disfrute propuesto por aquél, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social.
b) El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia, que será firme, deberá ser dictada en el plazo de tres días.

[744] No hay que dejar de tener presente que tanto la STC 3/2007 como la STC 26/2011 han declarado firmemente la dimensión de derecho fundamental de los derechos de conciliación.

del Título II de la LRJS 36/2011 y el proceso de tutela de derechos fundamentales. La técnica legislativa de elevar las garantías del procedimiento en comparación con el resto de materias del Capítulo V refleja la voluntad del legislador de dotarle de un marco protector más consecuente con su carácter de derecho fundamental, aunque Ballester Pastor opina que habría sido más razonable derivar las cuestiones de conciliación al procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Habrá que ver ″si esta configuración garantista intermedia no terminará por vetar la posibilidad de que se apliquen mayores garantías previstas en el proceso de tutela de derechos fundamentales (particularmente la modificación de la carga de la prueba)"[745].

5.2. El objeto del procedimiento

La LRJS 36/2011 dedica el Capítulo V a los procesos especiales de vacaciones, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y derechos de conciliación. Concretamente la sección 5ª de dicho Capítulo lleva como título ″Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente″. Esta sección consta de un único artículo, el 139, que el legislador dedica casi en exclusiva a la tramitación del proceso. Así pues, y tal y como avanzamos en el apartado anterior, surgen una serie de interrogantes en cuanto a la definición del propio objeto del proceso que pasaremos a tratar a continuación.

En primer lugar, está la cuestión de qué debemos entender por "derechos de conciliación reconocidos legal o convencionalmente". Inicialmente el objeto del proceso especial se concretó en los "permisos por lactancia y reducción de la jornada por motivos familiares" para ampliarse más tarde a "los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente". Pero ¿cuales son estos derechos? Encontramos aquí el primer problema ya que no existe un apartado o disposición normativa donde se encuentren definidos y enumerados como tales. La LRJS 36/2011 aclara algo en el punto 3 del art. 139: "el procedimiento anterior será aplicable igualmente al ejercicio de los derechos de la trabajadora víctima de violencia de género establecidos en la ley, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución

[745] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social», *Relaciones Laborales* n.º 2 Sección Doctrina Año 28 tomo 1 (15 de enero de 2012).

proporcional del salario y a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa". No obstante esta redacción, sin duda mejorable, también provoca confusión ya que de no ser por una coma (...en la ley, a la reducción...) podría entenderse que el legislador se refería únicamente a los derechos recogidos en el art. 37.7 ET. Así lo afirma, por ejemplo, Fabregat Monfort, cuando dice que este punto debe ponerse en relación con el art. 37.7 ET, aunque "la redacción conduce a que cualquier otro derecho referido a la conciliación entre vida personal, familiar y profesional y no solo los que específicamente se citan en relación con la mujer víctima de violencia de género, es reclamable por este procedimiento, esté reconocido el derecho en cuestión en la ley, en convenio o, incluso, en el plan de igualdad"[746].

Surgen por tanto dudas de qué derechos debemos entender como DCPL y cuales son susceptibles de ser canalizados por la vía del 139 LRJS y cuales no, recordemos que éstos se encuentran dispersos a lo largo de diferentes artículos del ET sin ser denominados como tales, aunque ciertamente todos aquellos destinados a compatibilizar el trabajo con la maternidad y al cuidado familiar han ido siendo tomados en cuenta por la doctrina científica y jurisprudencial como derechos de conciliación, sin embargo surgen aun muchos interrogantes sobre aquellos que atañen a la conciliación de la vida personal. La discusión sobre el objeto no es baladí, ya que –según analizaremos más adelante- todos los derechos que se canalicen por este procedimiento especial, en principio y salvo determinados supuestos, no podrán acceder a recurso de suplicación ni casación.

En general, se puede decir que la doctrina científica ha hecho una interpretación extensiva acerca del objeto del proceso. Así, por ejemplo, Fabregat Monfort considera en sentido amplio que: "se incluyen así, según mi criterio, en el ámbito de la modalidad por tanto, las licencias y permisos del art 37 ET, las suspensiones y excedencias que por motivos familiares o personales resulten exigibles en los términos de los arts. 45, 46, 48 y 48.bis ET y cualquier otro u otros que se pudieran reconocer tanto convencionalmente como en el plan de igualdad aplicable a la empresa, además de los específicamente

[746] FABREGAT MONFORT, Gemma, «Tutela de los derechos fundamentales y derechos de conciliación de la vida laboral y familiar», en *La nueva Ley de la Jurisdicción Social*, (Dirs. Rodríguez Pastor, Guillermo y Alfonso Mellado Carlos), (Albacete: Bomarzo, 2012), pp. 223.

citados en el caso de las víctimas de violencia de género. No obstante, no deja de ser una forma un tanto confusa de redactar algo que no parece objetable"[747]. Viquéira Gómez[748], también a favor de una interpretación amplia del objeto, considera no obstante que una más restrictiva[749] se acomodaría mejor a la naturaleza especial de la modalidad procesal, aunque opina que no parece que la dicción de la norma permita excluir ninguno de los derechos habitualmente considerados "de conciliación", y por eso cree que las discrepancias en torno al ejercicio de cualquiera de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral en sentido amplio han de seguir el camino de la modalidad específica de DCPL. También se ha planteado esta cuestión Tascón López[750], que considera que tal categoría está integrada por todas aquellas figuras jurídicas que permiten a los trabajadores/as compatibilizar el trabajo con la atención de los intereses familiares, incluyendo, además de los ya señalados anteriormente, el derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada del art. 34.8 ET, así como los derechos a la promoción y formación profesional del art. 23 ET.

En resumen, la mayoría de la doctrina científica ha coincidido en considerar como tales, dentro del objeto del proceso, todos aquellos que tengan la suficiente entidad como para justificar la limitación del derecho a la organización empresarial del tiempo de trabajo, si bien añaden que resultaría necesario sistematizarlos a fin de poder otorgarles un adecuado cauce procesal[751].

La interpretación amplia y extensiva nos parece, ciertamente, la más adecuada, y nos remitimos para su detalle y sistematización al apartado del capítulo I dedicado al marco normativo de los DCPL, y Anexo I. No obstante, esta no podrá ser nunca una enumeración tasada, ya que tendríamos que incluir todos aquellos que estén reconocidos

---

[747] Ibid. pp. 223

[748] VIQUÉIRA PÉREZ, Camen, «Un balance crítico acerca de los derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal». *Cit.* pp. 117

[749] Interpretación que excluiría a aquellos derechos que no atienden a una exclusiva finalidad conciliadora como por ejemplo los derechos ligados a la protección de la salud de la madre y/o el lactante o aquellos otros que encuentran su verdadero fundamento en la idea de la ausencia por causas de fuerza mayor como los permisos retribuidos por nacimiento de hijo, hospitalización e intervención quirúrgica y el de accidente o enfermedad.

[750] TASCÓN LÓPEZ, Rodrígo, *La modalidad Procesal Especia de Tutela de Derechos de Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral*. *Cit.*

[751] Entre otras:
ARASTEI SAHÚN, Mª Lourdes, «Relación laboral y avances en materia de corresponsabilidad familiar entre mujeres y hombres». *Cit.*
VIQUÉIRA PÉREZ, Camen, «Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Deficiencias y problemas aplicativos». *Cit.*

tanto convencionalmente, en el Plan de Igualdad de la empresa, como aquellos reconocidos contractualmente, aunque estos últimos no hayan sido recogidos en la nueva redacción del art. 139, omisión que conduce a la errónea conclusión de que los DCPL "no pueden consolidarse por vía contractual o que, de hacerse, los eventuales conflictos que surgieran deberían solucionarse por medio del procedimiento ordinario, lo cual carece de explicación razonable. Esta irrelevancia que la nueva norma procesal sigue manteniendo con relación a las condiciones contractuales más beneficiosas relacionadas con los derechos de conciliación contrasta, sin embargo, con recientes pronunciamientos jurisprudenciales en los que se refuerza la entidad de las condiciones contractuales de esta naturaleza"[752].

Otra cuestión que plantea dudas, también referida al objeto del proceso, es qué debemos entender por "discrepancias en materia de conciliación", rúbrica de la DA 17ª de ET en redacción de la LOI 3/2007. En este sentido, Tascón López[753] entiende que todas las discrepancias, desde la negativa a que dicho derecho pueda ser disfrutado, a la disconformidad en el ejercicio propuesto por el trabajador/a -pero pudiendo aceptar otras alternativas-, a las que surgiesen sobrevenidamente, todas han de seguir el cauce previsto en el art. 139 LRJS. Incluso considera que podrían seguir dicho cauce procesal las discrepancias salariales que puedan derivar del ejercicio de los DCPL ya que la ampliación sustancial del objeto del proceso abre una posibilidad interpretativa para permitir su inclusión. Por último, entiende que una vez fijados los términos de ejercicio de un determinado DCPL, cualquier disensión posterior que pretendiera llevar a cabo la empresa habría de seguir la vía contemplada para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, art. 41 ET, y en su caso encauzarse a través del art. 139 LRJS.

Sin embargo, Viquéira Pérez[754] se pregunta si se podrán considerar dentro de lo que la norma procesal entiende por "discrepancia" aquellos supuestos en los que se discute el derecho en sí: por ejemplo, cuando la polémica sobre la concreción horaria o el período de disfrute tiene su base en un cuestionamiento de los límites del derecho o de su ejercicio, como es el caso de las solicitudes de reducción horaria que incluyen

[752] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social». *Cit.*

[753] TASCÓN LÓPEZ, Rodrígo, *La modalidad Procesal Especia de Tutela de Derechos de Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral*. *Cit.*

[754] VIQUÉIRA PÉREZ, Camen, «Un balance crítico acerca de los derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal». *Cit.* pp. 122-124.

cambio de turno. En su criterio, una interpretación estricta habría de llevar a la conclusión de que estos supuestos quedarían excluidos. Las pretensiones que, en su opinión, deberían quedar fuera del objeto del proceso serían:

-las que versen sobre la existencia y/o alcance del derecho, y las que tengan por objeto cuestiones conexas a su reconocimiento, ya que en estos casos parece conveniente garantizar el acceso al proceso ordinario y a los recursos que a éste pueden seguir;

-las reclamaciones relativas a la incorporación del trabajador/a a su jornada ordinaria tras el disfrute de los derechos de conciliación, ya que no parece que tengan cabida en el objeto del proceso, porque éste viene referido a las discrepancias surgidas con ocasión de la fijación, de los términos de su disfrute;

-los litigios en los que el objeto del debate no esté directamente relacionado con la concreción horaria y determinación del periodo de disfrute, como puede ser el despido acaecido durante la solicitud de un derecho de conciliación.

No obstante, parece que la ampliación material del objeto de esta modalidad procesal en el nuevo tenor del art. 139.1 LRJS comprende la totalidad de discrepancias, no sólo la disconformidad empresarial en la concreción del disfrute, sino también su negativa rotunda, es decir, la negación misma de la titularidad del derecho.

Viquéira Pérez[755], empero, considera que el ejercicio de la titularidad del derecho no se incluiría dentro de la modalidad procesal del art. 139 LRJS afirmando que sólo formarían parte de él los conflictos de mera ejecución o "ejercicio" del derecho de que se trate, pero no alcanzaría a los que tengan que ver con la existencia del derecho y su reconocimiento. En su opinión, las cuestiones relativas al ejercicio de un derecho son diferentes de las atañen a su reconocimiento, ya que la norma es clara: el objeto del proceso viene referido a las discrepancias en el ejercicio. Por otra parte, defiende esta solución habida cuenta de que es aconsejable que las cuestiones de más calado se ventilen en un procedimiento -el ordinario- que admita recurso.

En el mismo sentido, Tascón López[756] afirma que si se sigue la tesis de que a través del 139 LRJS se pueden discutir todos los aspectos, inclusive la titularidad, se

[755] VIQUÉIRA PÉREZ, Camen, «Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Deficiencias y problemas aplicativos». *Cit.* pp. 7-8

[756] TASCÓN LÓPEZ, Rodrígo, *La modalidad Procesal Especia de Tutela de Derechos de Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral*. *Cit.* pp. 58-59.

plantea el problema de que se priva al trabajador/a del recurso de suplicación para tan importante decisión. Sin embargo, también opina que si se sigue la tesis contraria y la titularidad se tramita por la modalidad ordinaria puede ocurrir que, dado que no es posible acumular a la acción del art. 139 ninguna otra, si se discutieran conjuntamente titularidad y disfrute ello podría derivar en soluciones diferentes y aun siendo acumulables las dos pretensiones vía art. 30.1 LRJS se obliga al trabajador/a a instar dos demandas[757]. Este autor considera que la ausencia de recurso supone un argumento que juega en contra de una interpretación favorable a la inclusión en esta modalidad de la discusión sobre la titularidad del derecho, de forma que al no caber posterior revisión en vía de recurso "se estaría privando a las partes de garantías necesarias para la más elemental seguridad jurídica en esta materia"[758] .

Sin embargo, autoras como García Testal y López Balaguer[759] consideran que la reforma introducida por la LRJS 36/2011 tiene por objeto abordar tanto la negativa del empresario/a a atender la propuesta del trabajador/a en el ejercicio de sus DCPL como la resolución de las discrepancias que puedan surgir en su ejercicio, quedando así superadas las dudas que se plantearon antes de la modificación del procedimiento actualmente regulado en el art. 139 LRJS en torno a la exclusión de los litigios en los que se discutiera la existencia misma del derecho, su extensión o derechos retributivos o de Seguridad social relacionados con el mismo. En definitiva, con la actual regulación se superan de forma adecuada las dudas planteadas en relación con el objeto de esta modalidad procesal; acogiendo la propuesta que el CES realizaba en su Dictamen 11/2010 sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción social en el sentido de que la modificación era precisa no sólo por razones de concordancia con las normas en materia de igualdad y protección por razón de género, sino para evitar la posibilidad de interpretaciones no deseadas cuando lo que se produzca sea una negativa al ejercicio de tales derechos.

---

[757] Para solucionar dicha cuestión, este autor propone que la cuestión de la titularidad pueda ser considerada como una cuestión prejudicial previa y que pudiera ser resuelta en la propia resolución que ponga fin al proceso y que no cercene la posibilidad de discutir de forma autónoma y con posterioridad la cuestión en un proceso ordinario autónomo.

[758] TASCÓN LÓPEZ, Rodrígo, *La modalidad Procesal Especia de Tutela de Derechos de Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral*. *Cit.* pp. 151-152.

[759] GARCÍA TESTAL, Elena y LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*. *Cit.*

Por su parte, una doctrina judicial ya consolidada había venido considerando que si lo controvertido era la titularidad del derecho, el cauce apropiado sería el procedimiento ordinario -y por tanto con acceso a recurso- y no el especial de DCPL; no así cuando lo que se plantea son aspectos más individualizados como la concreción o el periodo de disfrute[760]. En este sentido se había pronunciado la Sala Cuarta del TS, en Sentencia de 24 de abril de 2.012, Recurso 3090/2011[761]. Aunque también en sentido contrario, otras Sentencias como la nº 4411/2012 de 12 junio, dictada por el TSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) consideran que la nueva regulación contenida en la LRJS 36/2011, excluye del ámbito del recurso de suplicación no sólo las resoluciones relativas a concreción horaria y determinación del período de disfrute, sino a la totalidad de procesos relativos a DCPL.

Finalmente, ha sido la Sentencia de la Sala Cuarta del TS de 25 de marzo de 2013[762], Recurso nº 957/2012, la que ha venido a poner punto y final a esta cuestión rectificando su doctrina anterior en esta materia (STS 24 de abril de 2012). La Sentencia, sin entrar a analizar la contradicción invocada, retrotrae las actuaciones a la de instancia por entender que existe una afectación al orden público procesal, analizando de oficio su propia competencia funcional. Su argumentación jurídica se apoya en la redacción de la DA17ª de la LOI 3/2007, vigente cuando tuvo entrada la

[760] Este había sido un criterio analógico adoptado del que se había seguido en materia de vacaciones en el que se admitía o no se aceptaba la suplicación según que lo cuestionado fuese el derecho o el disfrute la fecha de aquéllas respectivamente.

[761] Doctrina que reitera que, en los supuestos en que en la sentencia de instancia recurrida en suplicación se decide únicamente sobre un cambio de turno, partiendo de la redacción de los arts. 34.8 y 37.5 y 6 ET, tal pretensión no está incluida en el artículo 37.6 del ET pues lo que se pide en la demanda es la declaración de un derecho mediante una interpretación extensiva del referido precepto -los apartados 5 y 6 del 37 del ET- lo que constituye materia distinta de los supuestos del art. 138 bis de la LPL.

[762] En el asunto en cuestión se dilucidaba la petición de un trabajador de cambiar de turno en relación a los miércoles a fin de que se le permitiera realizarlo en horario de mañana, en vez de cumplirlo en horario de tarde como hasta entonces, por causa de una serie de circunstancias de carácter personal y familiar ("... está divorciado de su cónyuge teniendo una hija menor habiéndose establecido en sentencia firme un régimen de visitas a favor del menor siendo el siguiente: todos los miércoles por la tarde debiendo recogerla de su domicilio y reintegrarla al domicilio materno..."), y sin que esa concreción horaria, según decía, "considerando las dimensiones de la plantilla" de Telefónica, generara una grave perturbación en el servicio o funcionamiento de la empresa. La pretensión del trabajador fue desestimada inicialmente por el Juzgado de lo Social nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria pero, recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del TSJ de Canarias/Las Palmas, acogió el recurso interpuesto por el trabajador estimándolo con el argumento principal de que, "ponderando los intereses en juego, le parece razonable privilegiar la conciliación de la vida familiar con base en el apartado 8 del art. 34 del Estatuto de los Trabajadores pues, de no hacerse así, la Sala entiende que quedaría vacía de contenido esa disposición legal, y la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, ya que, al no contemplarse en el Convenio Colectivo de aplicación el derecho postulado, sería preciso llegar a un acuerdo con el empresario que, de no darse, como es el caso, desactivaría el espíritu y la letra de la mencionada Ley Orgánica, o, como literalmente dice aquella Sala, "daría lugar a ser papel mojado el espíritu y la letra de la LO mencionada y de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras".

demanda, precisando que las pretensiones de adaptación horaria del art. 34.8 ET son también pretensiones de conciliación y que por tanto deben sustanciarse conforme al procedimiento especial que no admite recurso. Por otra parte, la Sentencia establece que la posible incidencia de la pretensión en hipotéticos derechos fundamentales no altera esa conclusión ya que ″no puede sostenerse que el recurso sea una garantía adicional que haya de aplicarse a un procedimiento que lo excluye, precisamente para lograr así las garantías de una solución, rápida y eficaz respecto a las reclamaciones de conciliación, cuando además la protección de cualquier derecho fundamental que pudiera considerarse vulnerado quedaría garantizada en su caso a través del recurso de amparo″.

La Sentencia, cuenta con el voto particular de la Magistrada Dª Rosa Viroles Piñol que entiende que el procedimiento ordinario sí habría sido el apropiado y cabría frente a la sentencia de instancia recurso de suplicación y la Sala sería competente para conocer del asunto. Además considera que entre la Sentencia recurrida y la de contraste no concurre la contradicción necesaria, así que la Sentencia que debiera ser firme sería en todo caso la de suplicación, que sí estima la petición del trabajador. El voto es algo confuso porque, ciertamente, el trabajador está ejerciendo una solicitud de adaptación horaria, aunque creemos que la ponente quiere referirse a que si según la doctrina del TS (STS 13 y 18 de junio de 2008) el art. 34.8 ET no es en realidad un derecho -cuando no tiene un soporte convencional o de acuerdo con la empresa-, "sólo un incorrecto encaje en el mismo ha conducido a la conclusión que contra la sentencia dictada no cabía recurso". Es decir, si el art. 34.8 ET no es un derecho, la solicitud del trabajador no tendría cabida en este procedimiento especial sino en el procedimiento ordinario, con lo que se ponen de manifiesto las contradicciones argumentales de la Sala.

En resumen, a la vista de la doctrina científica y jurisprudencial expuestas, junto con la normativa tanto sustantiva como procesal, podemos concluir que actualmente se sustanciarán de acuerdo a lo establecido en el art. 139 LRJS 36/2011, todas y cada una de las discrepancias que, tanto en el reconocimiento inicial del derecho como en su ejercicio, puedan surgir respecto de todos los DCPL.

5.3. Los sujetos legitimados procesalmente en el ejercicio de los derechos de conciliación

La cuestión de la legitimación en los procedimientos incoados con motivo del ejercicio de los DCPL ha sido otro de los temas criticados por la doctrina científica, a causa de la incongruencia que supone el hecho de que sea el trabajador/a quien deba asumir la posición de demandante en el proceso, provocando de este modo la norma procesal una alteración sustancial con respecto a lo establecido en la norma sustantiva, pues no debemos olvidar que la facultad para determinar el periodo de disfrute y la concreción horaria dentro de la jornada ordinaria corresponde al trabajador/a.

De ese modo, como señalan García Testal y López Balaguer[763], el respeto absoluto a la voluntad del trabajador/a es sólo aparente, ya que se desvirtúa en la medida en que se le concede al empresario/a la potestad de mostrar su conformidad o disconformidad, lo que limita y condiciona el efectivo ejercicio del derecho. Además, esta circunstancia impide calificarlo como un estricto ejercicio de una facultad unilateral, ya que si esto fuese así el trabajador/a comunicaría al empresario/a la determinación y concreción de su derecho, siendo al segundo a quien le correspondería la carga de iniciar la reclamación procesal. La regulación concede así al empresario/a la posición procesal más cómoda. También Tascón López[764] critica el hecho de que, siendo el trabajador/a el titular del derecho, el legislador quiera que éste supedite su ejercicio a la conformidad o disconformidad de la empresa. En este sentido se plantea qué ocurriría si el trabajador/a, en el caso de negativa o discrepancia del empresario/a, comienza unilateralmente su disfrute, -ya que ese ejercicio está basado en un derecho legalmente reconocido-, llegando a la conclusión de que cualquier decisión empresarial que sancionara al trabajador/a por el disfrute de los derechos sería nula en base a lo previsto en los arts. 54.4 b y 55.5.b ET.

Lo cierto es que el trabajador/a, en caso de negativa o discrepancia de la empresa con el disfrute de su DCPL, deberá acudir en todo caso al procedimiento establecido en el art. 139 LRJS. Eso sí, el empresario/a, si quiere evitar la reclamación por daños y

[763] Ibid.

[764] TASCÓN LÓPEZ, Rodrígo, *La modalidad Procesal Especia de Tutela de Derechos de Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral*. *Cit.* pp. 79-81.

perjuicios sufridos como consecuencia de su negativa, deberá dar cumplimiento a la petición del trabajador/a, al menos provisionalmente, hasta la sentencia.

Otro interrogante se plantea sobre la figura del litisconsorcio pasivo necesario de otros trabajadores de la empresa que puedan verse implicados, y es que muchas veces las discrepancias planteadas ante el ejercicio de un DCPL tienen su base en la posible afectación en las condiciones laborales del resto de trabajadores/as. Tascón López[765] afirma que esta figura no es exigible en el proceso, ya que no está contemplada como tal, aunque también considera que, teniendo en cuenta que son muchos los DCPL y variadas las situaciones en que los intereses de varios trabajadores/as de la misma empresa pueden entrar en conflicto, sería justo que los afectados/as pudieran tener la oportunidad de alegar en el proceso lo que a sus intereses convenga, por lo que opina que sería aconsejable codemandar a cuantos compañeros puedan verse implicados.

En nuestra opinión, no creemos que codemandar a los compañeros/as afectados sea el mejor camino, ya que ello supone elevar aun más la "carga procesal" del solicitante que, en cualquier caso, no tiene porqué conocer la situación provocada a otros trabajadores/as por la decisión empresarial. Y es que si finalmente se ven afectados será por la decisión de la empresa de modificar sus condiciones de trabajo, no por el ejercicio del DCPL del trabajador/a, pudiendo accionar frente a dicha modificación en caso de disconformidad; otra cuestión a discutir es si, tratándose de una modificación sustancial, debiera canalizarse por su modalidad procesal específica o bien por la del art. 139 LRJS, y si ambas demandas serían acumulables. A lo que debemos añadir el supuesto de que el trabajador/a afectado necesitase conciliar su vida personal y laboral ante este nuevo horario, con lo que podría igualmente solicitar el ejercicio de un DCPL.

Ciertamente, el modo en que se permita la presencia y defensa de terceros trabajadores/as implicados no deja de tener su importancia, aunque hasta la fecha no ha tenido especial repercusión. Autores como Sempere Navarro señalan a esa dirección, si bien sostiene que la figura del litisconsorcio pasivo necesario debiera ser sólo la última de las posibilidades procesales. Para el autor, ni la norma sustantiva ni la rituaria se han planteado esta vertiente más amplia de los DCPL, que excede del derecho estrictamente individual, y es que "toda persona que trabaja tiene derecho a conciliar vida personal y

[765] Ibid. pp. 82-84.

familiar, aunque no lo denote o lo traduzca en una manifestación jurídica concreta; que hay que ser cuidadosos cuando, por atender a lo que unos reclamen, se puede perjudicar a terceros"[766]. Pero precisamente por ello un derecho con connotaciones fundamentales no puede limitarse con base en la hipotética afectación de terceros que también lo poseen en potencia, y que pueden ejercerlo igualmente cuando consideren. Tal vez se trate sencillamente de que si la empresa, en su disconformidad, alega perjuicios o modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de otros compañeros/as, estos habrán de estar presentes en el proceso, ya que no puede aquélla erigirse en su representante procesal: "La persistencia en considerar como estrictamente individuales los problemas que poseen una dimensión más amplia explica esta disfunción. Ahora que han aumentado enormemente las posibilidades de que todo trabajador intente amoldar el tiempo de trabajo a sus conveniencias (art. 34.8 ET) y de que los Juzgados de lo Social, sin posible recurso, introduzcan alteraciones en la ordenación del tiempo de trabajo (Adicional 17ª) ET) parece llegado el momento de repensar el tema tanto en su vertiente sustantiva cuanto procesal"[767].

Recientemente, la SJS nº 33 de Barcelona, nº 298, de 1 de septiembre 2015 se ha cuestionado sobre la excepción de litisconsorcio pasivo necesario planteada por la empresa, rechazando la misma por considerar que la LRJS no prevé expresamente la situación de litisconsorcio pasivo necesario, aunque no descarta que la situación pudiera producirse en este tipo de procedimientos si bien corresponderá a la demandada la carga de alegar y acreditar la concurrencia de tal situación, siendo una solución casi arbitral a la que orienta el art. 139 LRJS.

Lo cierto es que en todo caso habrá que estar a las limitaciones propias de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, como ocurriría en el caso de otros derechos fundamentales inespecíficos en el trabajo, y en los que el ejercicio de uno de ellos pudiera alterar los derechos de otro trabajador/a de la empresa. Sin embargo habrá que tener en cuenta que puede ser que los derechos de uno/a y otro/a no se encuentren en el mismo plano de relevancia, por ejemplo del que necesite adaptar un horario para atender a un dependiente y el trabajador/a que, sin tener en ese momento

[766] SEMPERE NAVARRO, Antonio V., «Los trabajadores que no ejercen derechos específicos para concliar vida familar y laboral». *Cit.*

[767] Ibid.

ninguna necesidad especial, pudiese ver alterado su horario de trabajo por las necesidades familiares de su compañero/a.

5.4. Tramitación procesal del ejercicio de los derechos de conciliación

Actualmente, cuando en el ejercicio de un DCPL exista desacuerdo entre la empresa y el trabajador/a, las discrepancias se resolverán de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 139 de la LRJS 36/2011. El trabajador/a dispone de un plazo de veinte días para presentar demanda, contados a partir aquel en que el empresario/a le comunica su negativa o disconformidad con la propuesta. Se trata de un procedimiento especial, urgente, sumario y de tramitación preferente, que finaliza mediante sentencia firme sin posibilidad de interponer contra la misma recurso de suplicación, salvo cuando se acumule la pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios y esta sea superior a tres mil euros. Al tratarse de un procedimiento de carácter urgente no precisa conciliación ni reclamación previa aunque tratándose de una materia en la que es admisible el acuerdo de las partes, éstas, voluntariamente y de común acuerdo, pueden acudir en tiempo oportuno a los órganos competentes para la conciliación o mediación, tal como permite el art. 64.3 LRJS suspendiéndose el plazo de caducidad de 20 días en los términos previstos en el art. 65.1. La demanda habrá de regirse, a falta de previsión al respecto, de acuerdo con lo previsto por las normas generales contempladas en el art. 80.

Hay que insistir en que si la empresa manifiesta su negativa o disconformidad, aun cuando cumpla provisionalmente con la medida propuesta por el trabajador/a para evitar la posible indemnización de daños y perjuicios, éste debe interponer obligatoriamente la correspondiente demanda en el plazo de caducidad de 20 días, ya que en caso contrario se aquietaría a la negativa de la empresa y ésta podría dejar sin efecto la medida acordada de manera provisional. Si, por el contrario, no existe respuesta de la empresa manifestando negativa o disconformidad, “el silencio habrá de entenderse en sentido favorable al trabajador/a como aquiescencia con la propuesta

efectuada"[768]. El mes de agosto, dado el carácter urgente del proceso resultará hábil (art. 43.4 LRJS).

Por último, señala Tascón López, "en tanto en cuanto el derecho mismo ni prescribe ni caduca, mientras sigan existiendo las circunstancias familiares o personales que determinen la titularidad de un derecho (legal o convencional) de conciliación, el trabajador puede volver a presentar ante el empresario una nueva propuesta que, en caso de reiteración de la discrepancia por la negativa patronal, habilita un nuevo plazo de caducidad de veinte días para plantear ante el juzgado de lo social la estimación de su pretensión de disfrute del derecho". Esta afirmación coincide con el criterio adoptado por la STS de 19 de julio de 2012 recurso nº 3387/2011, Sentencia que reflexiona sobre la naturaleza del plazo para presentar la demanda ante la negativa empresarial en las solicitudes de conciliación[769] considerando que dicho plazo no sería de caducidad sino de ejercicio jurisdiccional, lo que según Gilolmo López "permitiría reiniciarlo siempre que se hubiera producido una nueva petición-propuesta con relación a la valoración y ponderación de los intereses en juego a la vista de la STC 3/2007 o respecto a los distintos requerimientos de las situaciones a conciliar"[770].

Por lo tanto, si, como decimos, la empresa, pese a discrepar de la solicitud del trabajador/a, no quiere arriesgarse a una condena de los daños y perjuicios causados, debe dar cumplimiento provisional a la misma. Esa aceptación provisional de la medida ha de estar condicionada a que el trabajador/a presente la demanda en el plazo de caducidad de 20 días, de tal manera que si no lo hiciera la empresa podría dejar la medida propuesta por el trabajador sin efecto, volviendo a la situación anterior. Del mismo modo, parece claro que dicho cumplimiento provisional ha de ser en los mismos términos propuestos por el trabajador/a, no en otros similares o cercanos a la propuesta.

---

[768] TASCÓN LÓPEZ, Rodrígo, *La modalidad Procesal Especia de Tutela de Derechos de Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral*. *Cit.* pp. 96.

[769] FJ4º Párrafo 2º: "La caracterización del plazo del artículo 138 bis LPL como plazo de "caducidad" de la acción que realiza la sentencia de contraste es dudosa. Sólo podría admitirse si se aceptara al mismo tiempo que cualquier alteración de las circunstancias familiares o de trabajo que planteara o agravara un problema de conciliación trabajo-familia reabre el derecho del trabajador y la acción correspondiente. Desde este punto de partida tal vez sería preferible calificar el plazo no como de caducidad sino como plazo de ejercicio jurisdiccional, lo que permitiría reiniciarlo siempre que se hubiera producido una nueva petición- propuesta de concreción horaria al empresario, y éste la hubiera rechazado. Debe tenerse en cuenta, además, que la calificación de caducidad, con los efectos restrictivos que comporta, ni se menciona ni se insinúa en el enunciado legal".

[770] GILOLMO LÓPEZ, José Luis, «Medidas de conciliación familiar y trabajo y organización de la empresa: puntos críticos en la nueva legislación y doctrina constitucional», *Actualidad Laboral Nº 5, Sección Estudios* (mayo de 2013), pp.16.

En cuanto a la demanda, de conformidad con el art. 139.1 LRJS, podrá acumularse "la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador". Esta posibilidad de acumulación con la acción de resarcimiento por daños y perjuicios "lo acerca notablemente al proceso de tutela de derechos fundamentales y que refuerza considerablemente su dimensión de derecho fundamental"[771]. Se trata de una novedad que introduce la LRJS aunque recordemos que ya con anterioridad era posible reclamar en todo proceso, cuales fueran las pretensiones principales ejercitadas, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales[772], siendo aún viable esta posibilidad a tenor de los nuevos arts. 26.2 y 182 LRJS 36/2011. No obstante, la introducción en el art. 139.1 parece que añade una segunda vía. A su vez, el art. 139.2 también permite acumular a la demanda que pueda presentar la trabajadora víctima de violencia de género la acción de daños y perjuicios directamente causados por la negativa o demora del derecho en los mismos términos.

Por lo que respecta a la fijación de la cuantía de dichos daños y perjuicios, de acuerdo con la doctrina fijada por el TS, es necesario que el trabajador/a acredite la realidad de los mismos y su importe o las bases para su determinación. "La prueba de la violación del derecho no determina automáticamente la aplicación de la indemnización de daños y perjuicios, sino que es precisa la alegación de elementos objetivos, aunque sean mínimos, en los que se basa el cálculo, y que los mismos resulten acreditados"[773]. Así pues, el órgano judicial habrá de valorar la procedencia y cuantía de tal reparación conforme a los extremos que el trabajador/a haya alegado y probado en el acto del juicio, debiendo los daños y perjuicios ser ciertos y cuantificables, nunca ideales o hipotéticos.

---

[771] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social». *Cit.*

[772] De conformidad con la redacción dada por la LOI 3/2007 a los arts. 180 y 181 LPL, y por la Ley 13/2009 al art. 27.4 LPL.

[773] Entre otras, SSTS 22/07/96 –Rec. 3780/95 -; 20/01/97 –Recud. 2059/96 -; 02/02/98 -Recud 1725/97 -; 09/11/98 –Rec. 1594/98 -; 28/02/00 –Recud. 2346/99 -; 23/03/00 –Recud. 362/99 -; 17/01/03 –Recud. 3650/01 -; 21/07/03 –Recud. 4409/02 -; y 06/04/04 –Rec. 40/03 -.

La primera duda que surge al respecto es cómo cuantificar esos daños y perjuicios. Para Tascón López[774] la palabra "exclusivamente" parece indicar que la relación de causalidad entre la discrepancia empresarial en el ejercicio del derecho de conciliación y los daños y perjuicios sufridos por el trabajador/a ha de ser estrecha, debiendo repararse, por tanto, los daños causados de forma directa, sin necesidad de buscar otras formas o relaciones derivadas entre ambos factores. Para el autor, caben aquí partidas como gastos de guardería, honorarios y salarios de cuidadores de menores o personas dependientes, gastos de transporte, etc. Aunque aún no son muchas las sentencias que se han pronunciado sobre este tema, la SJS nº 11 de Madrid, de 19 de septiembre de 2012, Rec. 465/2012, considera procedente la indemnización en cuantía equivalente al salario dejado de percibir durante el periodo en que la trabajadora había permanecido en situación de excedencia para el cuidado de familiares, como consecuencia de la negativa de concederle la concreción horaria. En cuanto a si la indemnización cabe solamente en los casos de negativa de la empresa o también en aquellos en que la medida adoptada es diferente a la solicitada por el trabajador/a, Ballester Pastor[775] considera que hay que presumir que la indemnización procedería en ambos casos.

Una segunda duda que surge respecto a la cuantificación de los daños y perjuicios es si cabe incluir dentro de los mismos los daños morales que derivan de la vulneración de un derecho fundamental, ya que estamos hablando de solicitudes en las que están en juego esta clase de derechos. El art. 26.2 LRJS 36/2011 admite dicha posibilidad. Ahora bien, en primer lugar, el trabajador/a habrá debido alegar en su demanda que la discrepancia empresarial supone una lesión de su derecho fundamental (discriminación por razón de sexo/género, de circunstancias familiares), en cuyo caso, como establece Tascon López, a lo largo del proceso habrán debido ser acumuladas las garantías propias de la modalidad procesal correspondiente (art. 178.2 LRJS). En este supuesto, podrían determinarse, además de los daños y perjuicios causados por la negativa de la medida, los daños morales por la vulneración del derecho fundamental alegado, un daño que "básicamente se presume mientras que la de "otros daños o perjuicios" será variable en función de cuales sean estos cuantitativa y cualitativamente

[774] TASCÓN LÓPEZ, Rodrígo, *La modalidad Procesal Especia de Tutela de Derechos de Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral*. *Cit.* pp. 140-145.

[775] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social». *Cit.*

hablando"[776]. En todo caso, ambas indemnizaciones resultarían compatibles de acuerdo con lo previsto en el art. 183.2 y 3 LRJS 36/2011 y, "si bien determinados perjuicios se superpondrán idealmente al pertenecer a ambas partidas, el fallo habrá de realizar un esfuerzo clarificador por identificar y diferenciar unas y otras"[777]. Así pues, la reclamación de la indemnización, deberá seguir además las pautas establecidas en el art. 183 LRJS 36/2011 para el proceso de tutela de derechos fundamentales.

Por otra parte, el art. 139.2 LRJS 36/2011 establece que podrá instarse, en su caso, la adopción de las medidas cautelares para el proceso de tutela de derechos fundamentales reguladas en el apartado 4 del art. 180[778], aunque estas medidas se circunscriben, en principio, a aquellos casos en que la demanda se refiera a la protección frente al acoso, así como en los procesos seguidos a instancia de la trabajadora víctima de la violencia de género para el ejercicio de los derechos que le sean reconocidos en tal situación. Fabregat Monllor considera que "con esa regulación restringida se ha dejado pasar la oportunidad de regular medidas cautelares específicas para cualquier tipo de reclamación relacionada con el ejercicio del derecho a conciliar la vida familiar, personal y laboral", aunque "ello no indica que no quepan las medidas cautelares, sino que, en ese sentido, habrá que estar a la regulación general contenida en el art. 79 LRJS 36/2011" [779]. Debemos recordar que estas medidas se regirán por lo dispuesto en los arts. 721 a 747 de la LEC con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social. Del mismo modo, Ballester Pastor considera que resultaría posible extender las medidas cautelares del art.180.4 LRJS al resto de DCPL por aplicación de la migración de reglas y garantías, aunque parece que el legislador no ha querido fomentarlas en el proceso de conciliación de responsabilidades. "Existe, al

---

[776] FABREGAT MONFORT, Gemma, «Tutela de los derechos fundamentales y derechos de conciliación de la vida laboral y familiar». *Cit.* pp. 213.

[777] TASCÓN LÓPEZ, Rodrígo, *La modalidad Procesal Especia de Tutela de Derechos de Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral*. *Cit.*

[778] "Cuando la demanda se refiera a protección frente al acoso, así como en los procesos seguidos a instancia de la trabajadora víctima de la violencia de género para el ejercicio de los derechos que le sean reconocidos en tal situación, podrán solicitarse, además, la suspensión de la relación o la exoneración de la prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas, en su caso, aquellas que pudieran afectar al presunto acosador u vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto deberá ser oído éste".

[779] FABREGAT MONFORT, Gemma, «Tutela de los derechos fundamentales y derechos de conciliación de la vida laboral y familiar». *Cit.*

respecto, cierto temor por parte del legislador a que se apliquen inmediatamente, mientras se tramita el proceso, las medidas solicitadas por el trabajador que reclama en un proceso por conciliación"[780].

Puesto que nos encontramos ante un procedimiento urgente y de tramitación preferente, una vez admitida a trámite la demanda**,** el acto para la conciliación y juicio se señalará en el plazo de los 5 días siguientes al de su admisión. La norma exige ahora a las partes la obligación de llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción horaria, pudiendo acompañar los informes de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia. Como señala Bellido Aspas[781] esta novedad resulta interesante y posibilita que las partes lleguen a acuerdos; del mismo modo, también facilita la resolución de la controversia por el juez, ya que le permite conocer la voluntad de las partes para llegar a un acuerdo, y la empresa cuenta con informes de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad. Sin embargo, Ballester Pastor opina que esta posibilidad es positiva sólo en apariencia, ya que sitúa a las partes en una igualdad negocial que no es la que deriva de los preceptos sustantivos, arts. 37.4 y 37.5 ET, derechos de naturaleza plena para el trabajador/a. "La necesidad de que se establezcan propuestas por las partes puede hacer que se degraden lo que hasta ahora eran considerados derechos plenos del trabajador, y que ahora pueden parecer negociables"[782].

En cuanto a la carga de la prueba relativa a la reclamación del derecho, "parece que al trabajador le basta con acreditar que concurren las circunstancias necesarias que le hacen titular de un determinado derecho de conciliación, sin que le sea necesario (aunque nunca está de más aportar razones que justifiquen su elección) explicar (siempre que se mueva dentro de los márgenes legales o convencionales) la forma de disfrute elegida y la propuesta efectuada. Es sobre el empresario sobre quien ha de recaer la carga de justificar (y probar) los obstáculos y razones que a su juicio impiden

---

[780] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social». *Cit.*

[781] BELLIDO ASPAS, Manuel, «El proceso ordinario, el monitorio laboral y de ejercicio de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral: alcance de la reforma», *Actum Social*, n.º 68 (octubre de 2012).

[782] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social». *Cit.*

el disfrute del derecho en los términos propuestos por el trabajador, debiendo probar, en su caso, los graves perjuicios que dicha elección suponen para la empresa (o para otros compañeros de trabajo), así como el eventual fraude de ley o abuso de derecho que pueda encubrir la propuesta del trabajador"[783]. A este respecto, habría que añadir además lo expresado en el ATC 1/2009 de 12 de enero, de ejecución de la STC 3/2007: "en relación con la distribución de la carga probatoria es de señalar que valorar las circunstancias concurrentes desde la perspectiva de la trabajadora no implica que ésta tenga que aportar prueba alguna referida a eventuales circunstancias específicas dentro de su esfera íntima, personal o familiar, que puedan justificar una forma determinada de proceder a la reducción de su jornada. Tal perspectiva de análisis es, por lo pronto, ajena a la regulación legal de la institución".

La sentencia se dictará en el plazo de 3 días y contra la misma no procede recurso, salvo que se haya acumulado la acción de indemnización de daños y perjuicios que por su cuantía pueda dar lugar al recurso de suplicación, tal como también establece la LRJS 36/2011 art. 191.2 f). En todo caso, la propia LRJS 36/2011 art. 139.1 b) dispone que, en caso de procedencia del recurso, el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia. No obstante, Bellido Aspas[784] considera que, si procede recurso de suplicación, éste afectará tanto a la acción de indemnización de daños y perjuicios como a la de ejercicio del derecho de conciliación, ya que ambas no pueden separarse a tales efectos. Comparte la misma opinión Fabregat Monllor[785], remitiéndose a lo establecido en el art. 192.2 LRJS 36/2011, conclusión que se reafirma por el hecho de que se declare ejecutivo el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación, lo que no tendría sentido si no fuese recurrible, pues entonces resultaría directamente firme y cabría la ejecución definitiva parcial. Es más, para la autora, difícilmente puede confirmarse o no la pretensión en materia de resarcimiento de daños si no se valora la actuación que los ha producido. En todo caso habrá que estar a la jurisprudencia, ya que al tratarse de dos pretensiones

---

[783] TASCÓN LÓPEZ, Rodrígo, *La modalidad Procesal Especia de Tutela de Derechos de Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral*. *Cit.* pp. 121.

[784] BELLIDO ASPAS, Manuel, «El proceso ordinario, el monitorio laboral y de ejercicio de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral: alcance de la reforma». *Cit.*

[785] FABREGAT MONFORT, Gemma, «Tutela de los derechos fundamentales y derechos de conciliación de la vida laboral y familiar». *Cit.*

diferentes, medida de conciliación y reparación de daños y perjuicios, no es descartable que pudiera entenderse lo contrario de lo que se ha expuesto, esto es, que el recurso solamente sea posible en relación con la reclamación de daños y perjuicios.

5.5. Conexiones con el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas

Como ya hemos visto, una de las mejoras más significativas que introduce la LRJS 36/2011 en la redacción del art. 139 es la posibilidad de acceso a recurso en aquellas sentencias cuyos daños y perjuicios superen los tres mil euros; novedad que ha sido vista por la doctrina científica como un reforzamiento de este proceso especial en la línea del de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, máxime teniendo en cuenta que el TC ha establecido que los derechos de conciliación tienen que analizarse dando relevancia a su carácter de derecho fundamental si así se reclama. Al mismo tiempo se ha criticado la tibieza del legislador procesal considerando que, si bien no es fácil aunar rapidez en la respuesta jurídica y recurso, habría sido más conveniente establecer un sistema similar al previsto para el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales, que conjuga la urgencia de la resolución y la posibilidad de recurso mediante la ejecutividad provisional de la sentencia de instancia y la preferencia en la resolución de aquél[786].

Y es que teniendo en cuenta la doctrina constitucional relativa a la dimensión constitucional de los DCPL, se hace necesario profundizar en las conexiones procesales entre el proceso de reclamación del ejercicio de los DCPL y el de tutela de derechos fundamentales.

En primer lugar cabe decir que la protección frente a cualquier vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores/as puede obtenerse a través de la modalidad establecida en los arts. 177 y siguientes de la LRJS 36/2011, si bien con las

[786] Entre otras:
PAZOS PÉREZ, Alexandre, «La reducción de jornada tras las últimas reformas legislativas». *Cit.*
VIQUÉIRA PÉREZ, Camen, «Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Deficiencias y problemas aplicativos». *Cit.*
BALLESTER PASTOR, María Amparo, «El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social». *Cit.*

excepciones concretadas en el art. 184 que reconducen necesariamente algunas cuestiones a las modalidades procesales específicamente previstas, entre las que se encuentra la modalidad de derechos de conciliación a que se refiere el art. 139. Sin embargo, el art. 184 aclara que, cuando en estos procedimientos se alegue la vulneración de derechos fundamentales, se les dará carácter preferente, y en virtud del art. 26.2 LRJS 36/2011, se acumularán las pretensiones de tutela con las propias de la modalidad procesal específica**.**

De este modo, conviene tener presente que las reglas de la modalidad procesal específica deben integrarse con las previstas en los arts. 177 y siguientes de la LRJS 36/2011, para no deparar una menor tutela al demandante. En esos supuestos, siempre que la pretensión tenga que ver con la afectación de un derecho fundamental, en el procedimiento en cuestión serán aplicables las reglas de prueba de indicios, medidas cautelares y presencia del Ministerio Fiscal. Surgen sin embargo, tal y como plantea Fabregat Monfort[787], varias dudas a este respecto. Por una parte, si será posible, en los casos en que el trabajador/a no acudió a la modalidad procesal específica, suscitar por la vía del art. 177 las pretensiones que estime pertinentes en defensa del derecho fundamental vulnerado. Por otro lado, se plantea la cuestión de cómo integrar las reglas de la modalidad procesal específica a la que se acuda y las de la modalidad de tutela de derechos fundamentales y libertades publicas. Tal y como indica la autora, el fundamento de la tesis integradora -el carácter voluntario de la utilización de esta modalidad procesal-, y la realidad de que la limitación objetiva de la misma puede hacer preferible para el demandante, en algún supuesto, acudir al proceso ordinario o al que corresponda para hacer valer en él tanto los motivos de defensa con fundamento constitucional como los que deriven de la legalidad ordinaria, justificaría admitir que en todos los casos deban integrarse las reglas procesales del art. 177 y siguientes.

En consecuencia, cuando en la demanda por el ejercicio de un DCPL se alegue por el trabajador/a la vulneración de su derecho, por ejemplo, a la no discriminación por razón de sexo/género o de circunstancias familiares, en virtud de lo establecido en art. 178.2 LRJS 36/2011, se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales las reglas y garantías previstas en éste, aun cuando se siga la modalidad procesal del art. 139. Entre ellas la preferencia absoluta sobre cualquier otro proceso

[787] FABREGAT MONFORT, Gemma, «Tutela de los derechos fundamentales y derechos de conciliación de la vida laboral y familiar». *Cit.* pp. 205-206.

(art. 179.1 LRJS) y la necesidad de seguir los patrones de la prueba indiciaria que contempla el art. 181.2 LRJS, los cuales exigen la aportación de un indicio del que inferir razonablemente un proceder discriminatorio para que se produzca una alteración de la carga de la prueba, debiendo entonces ser la empresa la que acredite el carácter objetivo y razonable de la negativa o disconformidad al ejercicio del derecho de conciliación pretendido por el trabajador/a.

5.6. El acceso al recurso de suplicación en las sentencias recaídas en los procesos regulados por el art. 139 LRJS 36/2011 así como a otros recursos excepcionales

Hasta la entrada en vigor de la LRJS 36/2011, la imposibilidad de recurrir en suplicación y casación en unificación de doctrina en los procesos de DCPL había sido, sin duda, uno de los aspectos más reprochables de este procedimiento especial ya que, teniendo en cuenta la dimensión fundamental de los derechos en juego, es preciso que estos gocen de la máxima tutela judicial. Semejante impedimento se estaba salvando, en cierto modo, al sustanciarse estos conflictos por el procedimiento ordinario -y por tanto con posibilidad de recurso-, sobre todo en aquellas solicitudes de adaptación horaria sin reducción de jornada al amparo del art. 34.8 ET, así como en aquellas solicitudes de reducción horaria al amparo del art. 37.5 y 6 ET que implicaban además adaptaciones en un marco superior a la jornada diaria, o una solicitud de cambio de turnos, o de turnos fijos, etc. Sin embargo a la vista de la STS de 25 de marzo de 2013, Rec. 957/2012, parece no quedar otro cauce que el del art. 139 LRJS 36/2011 para todos los derechos de conciliación.

Como decíamos anteriormente, una de las modificaciones más significativas que introduce la LRJS 36/2011 (art. 191.2.f) es la posibilidad, dentro de este proceso especial, del acceso al recurso de suplicación, si bien únicamente cuando se haya acumulado la pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios que, por su cuantía, pudiera dar lugar a recurso de suplicación, esto es, más de tres mil euros.

Se presenta así en apariencia una mejora del proceso en cuanto a sus garantías, pero que en la práctica seguirá limitando enormemente las posibilidades de acceso a instancias superiores. Como afirma Tascón López, esta dificultad “conducirá a una

situación de aislamiento e impermeabilidad que hará que el sentido de tales derechos no sean igual en las distintas circunscripciones de los Juzgados de lo Social de España (…) Por lo tanto, es posible que esta situación de pie a que proliferen los intentos de reclamación por medios excepcionales; algo que, con carácter general, ha querido mitigar la nueva LRJS 36/2011 y que sin embargo se favorecerá con el mantenimiento de esta medida" [788]. Para Ballester Pastor se genera una situación curiosa, "en que la cuantía de la indemnización reclamada, aunque sea desmesurada inicialmente, determinará la posibilidad de acceso a instancias superiores, en una especie de recurso "a voluntad" sin precedentes en el proceso social"[789]. Sin embargo no podemos ser tan optimistas a este respecto, ya que habría que hacer algunas precisiones:

- Por una parte, no hay que olvidar que la posibilidad de acumular la acción de daños y perjuicios está directamente relacionada con la falta de adopción provisional de la medida por parte de la empresa, de ahí que en aquellos casos en los que sí se haya llevado a efecto la solicitud, no habría, en principio, posibilidad de recurrir. Y lo cierto es que cualquier empresa mínimamente aconsejada adoptará la solicitud del trabajador/a con carácter provisional, aunque sólo sea a efectos estratégicos en el juicio posterior. Así que la posibilidad o no de recurrir la sentencia por parte del trabajador/a depende básicamente de la voluntad de la empresa.

- De otro lado, la cuantía que ha de fijarse ″exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida″ y que habrá de superar los tres mil euros, a priori se antoja elevada y en la práctica, salvo supuestos excepcionales, resultará complicado superarla, entre otras cosas por la propia celeridad del proceso; asimismo debemos tener en cuenta que la cuantía debe fijarse en la demanda con arreglo a una serie de parámetros, por lo que la petición de una cantidad desmesurada sin mayor justificación por parte del trabajador/a podría considerarse una actuación de mala fe encaminada únicamente a acceder al recurso. Por último, y para el caso de reunir todos los requisitos y poder acceder al recurso de suplicación, como ya hemos visto en un apartado anterior, no queda claro si en la instancia superior se podrá revisar, además de la cuantía indemnizatoria, el fondo del asunto. Todo ello no deja de

[788] TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, *La modalidad Procesal Especia de Tutela de Derechos de Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral*. *Cit.* pp. 149-153.

[789] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social». *Cit.*

poner de manifiesto la excepcionalidad que supondrá, en la práctica, acceder al recurso de suplicación y casación.

No obstante, y retomando la necesaria conexión entre los derechos de conciliación y los derechos fundamentales, decíamos que siempre y cuando se alegase en el procedimiento de conciliación la vulneración de un derecho fundamental, consideramos que sí cabría el acceso a la suplicación, con independencia de la cuantía reclamada en concepto de daños y perjuicios por la no adopción de la medida. Así lo afirma Moya Amador, que entiende que por aplicación de la tesis integrativa y de comunicación entre las garantías procesales del proceso de tutela y las de la modalidad procesal específica "cabe la posibilidad de que en aquellas modalidades procesales recogidas en el art. 184 LJS, que no tienen por mandato legal, acceso a recurso, si quepa por lo recogido en los arts. 26.2, 178.2 en relación con el art. 192.2 parf. Segundo LJS"[790]. A su vez, el art. 192.2 LRJS 36/2011 establece que "cuando en un mismo proceso se ejerciten una o más acciones acumuladas de las que solamente alguna sea recurrible en suplicación, procederá igualmente dicho recurso, salvo expresa disposición en contrario".

Otras opiniones, por el contrario, como la expresada por Gilolmo López, consideran que la sentencia sería irrecurrible cuando la cuantía de la indemnización no lo permitiera, conforme a la interpretación sistemática de los arts. 139 1.b y 184 LRJS 36/2011 "incluso aunque en este tipo de pretensiones se invoque la posible vulneración de derechos fundamentales, (…) me parece que la interpretación sistemática de estos dos preceptos es como la "prueba del nueve" para comprender la decisión del legislador en orden a la irrecurribilidad de la sentencia"[791]. No podemos estar conformes con este razonamiento puesto que, aunque la demanda se deba tramitar por el art. 139, en dicha interpretación sistemática falta la integración del art. 192.2 LRJS 36/2011, y que consideramos elemento imprescindible siempre y cuando lógicamente se esté invocando la vulneración de un derecho fundamental. Y es que negar la posibilidad de recurso en estos supuestos iría en contra de la garantía tutelar que precisan. Habiéndose invocado, además, la vulneración del derecho fundamental en la demanda, una sentencia firme cerraría definitivamente las puertas a la protección de ese derecho fundamental

[790] MOYA AMADOR, Rosa, «La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 10/2013 Parte Doctrina (2013).

[791] GILOLMO LÓPEZ, José Luis, «Medidas de conciliación familiar y trabajo y organización de la empresa: puntos críticos en la nueva legislación y doctrina constitucional». *Cit.*

invocado, ya que tampoco se podría promover el incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ), establecido para cuando no haya sido posible denunciarse la vulneración del derecho fundamental antes de recaer sentencia y siempre que ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario, constituyendo éste, en añadidura, requisito previo necesario para acceder al amparo constitucional.

Es por ello que en aras de la mayor garantía procesal posible y siguiendo la doctrina dictada en las STC 3/2007 y STC 26/2011 sobre la dimensión constitucional de los derechos de conciliación, entendemos que habrá de invocarse siempre en un procedimiento de discrepancias de derechos de conciliación la lesión de derechos fundamentales, por ejemplo la prohibición de discriminación por razón de sexo/género o de las circunstancias personales y familiares –en virtud de la causa discriminatoria elaborada por la STC 26/2011, aunque vendría a conectar con la discriminación por razón de género- , acumulándose entonces conforme a lo dispuesto en el art. 26.2 LRJS 36/2011 las pretensiones de tutela de derechos fundamentales con las propias de conciliación, y solicitándose en cuanto a la pretensión de tutela del derecho fundamental, todas las reglas y garantías del capítulo XI, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal.

Así pues, serán recurribles en suplicación todas aquellas demandas en las que se invoque la vulneración de un derecho fundamental, con independencia de que la cuantía de los daños y perjuicios supere o no los 3.000 euros. Además también lo serán las sentencias de instancia en las que se combatan defectos de forma consistentes en una falta esencial del procedimiento, protesta alegada en su momento procesal oportuno y que, además, haya producido indefensión (arts. 191.3.d) y 193.a LRJS), ya que lo contrario supondría una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE[792].

Recientemente, esta argumentación que sostenemos se ha confirmado por la STS de 3 de noviembre de 2015, Rec. 2753/2014, que ha establecido que en cualquier proceso en el que se interese la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas procede el acceso al recurso de suplicación, incluso cuando se haya ejercitado la acción a través de una modalidad procesal especial excluida de la suplicación, como sería el

[792] Así por ejemplo, la STS 28/02/2011 establece que "procede recurso de suplicación contra las sentencias dictadas por reclamaciones que tengan por objeto subsanar una falta esencial del procedimiento, siempre que se haya formulado la protesta en tiempo y forma y haya producido indefensión (LPL art. 189.1.d)".

caso de la de derechos de conciliación. La sentencia, que versa sobre un supuesto de vacaciones, consolida una doctrina general sobre la correcta interpretación de la norma procesal y fundamenta una sólida interpretación, entre otras cuestiones[793], en la preeminencia que la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas posee en el ordenamiento jurídico.

Por último, analizaremos someramente otros mecanismos procesales "excepcionales" destinados a tutelar los derechos fundamentales.

Dentro de la jurisdicción ordinaria, el incidente de nulidad de actuaciones regulado en el art. 241 de la LOPJ podrá reparar los defectos de forma de los actos procesales por ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen indefensión, y en general la nulidad de pleno derecho. Además, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007[794], de 24 de mayo, las posibilidades

[793] Los firmes argumentos de la ponente, Dª María Luisa Segoviano, y que se expresan en su FJ 3º son los siguientes:
- El propio tenor literal del artículo 191.3 f) de la LRJS. La expresión "en todo caso" únicamente puede significar que, en cualquier proceso en el que se interese la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas procede la suplicación, aunque en el mismo se ejercite una acción que está excluida de la suplicación. De entenderse de otra manera, la citada expresión sería superflua, pues hubiera sido suficiente con que el legislador hiciera constar que "Procede recurso de suplicación contra..." En los apartados 1 y 4 del precepto no utiliza la expresión "En todo caso", lo que dota de un especial énfasis su utilización en el apartado 3.
-La finalidad de la norma al conceder recurso de suplicación, que obedece a la preeminencia que la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas tiene en nuestro ordenamiento jurídico,
- La imposibilidad de acudir a la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, si se reclama conjuntamente con tal pretensión el derecho a la fijación del periodo de disfrute de vacaciones, a tenor de lo establecido en el artículo 184 LRJS , resultaría restrictivo de derechos el que al accionante por vacaciones y tutela de derechos fundamentales se le impidiera el acceso al recurso y, por el contrario, este se concediera si se ejercitaba únicamente la acción de tutela de derechos fundamentales.
- La tutela otorgada por el artículo 178.2 de la LRJS a las acciones que se ejerciten por la vía del artículo 184 de la LRJS , a las que se aplicarán, en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en el Capítulo X de la LRJS, dedicado a la regulación de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.
- La procedencia del recurso de suplicación no se establece contra las sentencias dictadas en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, sino respecto a las sentencias dictadas en materia de tutela de derechos fundamentales, es decir que, a tenor de lo establecido en el artículo 191.3 f) de la LRJS , procede el recurso de suplicación siempre que el objeto del pleito verse sobre tutela de derechos fundamentales, con independencia de la modalidad procesal que se haya seguido.
- La interpretación que esta Sala ha efectuado, si bien referida a la regulación contenida en el artículo 189.1 f) de la LPL -en este extremo sustancialmente idéntica a la del 191.3 f) de la LRJS- de la recurribilidad de las sentencias en las que se resuelve sobre una pretensión no recurrible a la que se acumula una reclamación de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

[794] La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo modificó el incidente de nulidad de actuaciones previsto en los artículos 228 y 241 LOPJ en conexión con la reforma operada en el recurso de amparo. Esa nueva configuración del incidente de nulidad pretendía, principalmente, evitar que pudiesen plantearse ante el Tribunal Constitucional lesiones de derechos fundamentales sin haber dado antes ocasión a la jurisdicción ordinaria de repararlas, garantizando así el carácter subsidiario del recurso de amparo. Por ello, se permitió que por la vía del incidente de nulidad de actuaciones pudieran invocarse cualesquiera lesiones de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional. Pretensión claramente expuesta en la Exposición de motivos III, párrafo 5º *"La protección y garantía de* los derechos fundamentales no es una tarea única del Tribunal Constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella. Por ello, y con la intención de aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria

de tutela se incrementan, ya que el art. 241 de la LOPJ dispone que "excepcionalmente" quienes sean o hayan podido ser parte legítima en un proceso podrán pedir por escrito que se declare fundada la nulidad en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la CE, siempre que no haya sido posible denunciarlo antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario**.**

Sin embargo, en la práctica, la viabilidad de este supuesto que conecta la jurisdicción ordinaria y la constitucional ha sido puesto en cuestión por la doctrina científica, ya que su interpretación literal restringe el acceso al amparo constitucional en la defensa de los derechos fundamentales. Así, tal y como denuncia Morenilla Allard, "el art. 241 de la LOPJ es claramente inconstitucional no solamente porque infringe los derechos fundamentales a la efectividad de la tutela judicial y al juez objetivamente imparcial, sino porque, lejos de ser un remedio extraordinario, se trata de un proceso especial de amparo judicial de los derechos fundamentales que ha de estar presidido por el principio *pro actione*"[795].

Por una parte, el artículo vulnera los derechos fundamentales al Juez legal imparcial y a la efectividad de la tutela judicial, por cuanto atribuye la competencia para el conocimiento del incidente de nulidad al mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución, lo que para el autor convierte en inútil dicho proceso "dada la natural tendencia del ser humano a resistirse a corregir sus propias equivocaciones"[796]. Pero además, el incidente es un proceso especial de amparo judicial de los derechos fundamentales y, por tanto, su enjuiciamiento ha de estar sometido al canon del acceso a la jurisdicción. Así lo ha establecido la doctrina contenida en las SSTC 153/2012 y STC 2/2013[797], por lo que el autor plantea que el TC debería cuestionarse la constitucionalidad del art. 241.1 LOPJ pues dicha regulación conculca el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su primera vertiente de acceso a la jurisdicción. No puede ser por tanto un proceso "excepcional", sino "especial" ya que la

---

para la tutela de los derechos fundamentales se modifica el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 de la LO 6/1985, de 1 de julio".

[795] MORENILLA ALLARD, Pablo, «De nuevo sobre la inconstitucionalidad del incidente de nulidad de actuaciones», *Diario La Ley* n.º 8099 Sección Doctrina, n.º Año XXXIV Ref. D-214 (6 de junio de 2013).

[796] Ibid.

[797] Así, la STC 153/2012, de 16 de julio señala que el incidente "no puede considerarse como un mero trámite formal previo al amparo constitucional". *Cit.*

tutela de los derechos fundamentales en la jurisdicción ordinaria no puede ser excepcional en un Estado democrático de Derecho sino, bien al contrario, ha de ser necesariamente una tutela ordinaria y "especial" por razón de su objeto**.** Por tanto, las normas reguladoras del art. 241 no pueden en caso alguno, según el autor, ser interpretadas de manera restrictiva, sino de forma amplia o favorable a la efectividad de la tutela judicial solicitada por la víctima de vulneración de un derecho fundamental.

En la jurisdicción constitucional, una vez pasado el filtro del incidente de nulidad de actuaciones, el recurso de amparo constituye en nuestro sistema de justicia constitucional el instrumento procesal final de la garantía de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el art. 14 y la Sección Primera del Capítulo II del Título I (arts. 15 a 29), así como la objeción de conciencia del art. 30.2 CE. Su tramitación se encuentra regulada en el Capítulo II *"De la tramitación de los recursos de amparo constitucional",* concretamente en los arts. 48 a 52 de la LOTC. Mediante demanda dirigida al TC, en la que se justifique la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos. Conforme a la modificación introducida por la Ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo de modificación de la LOTC, se introduce la "especial trascendencia constitucional" como condición de admisibilidad del recurso de amparo ante el TC , lo que aumenta la dificultad de la tutela en el trámite constitucional de amparo, ya que la lesión de un derecho fundamental en la actualidad es condición necesaria pero no suficiente para la viabilidad del recurso, siendo imprescindible la acreditación por el actor[798] de la especial trascendencia constitucional, pues en caso contrario se inadmitirá. Concretamente el art. 50.1 b) de la LOTC establece "que el contenido del recurso justifique la decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional, en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales".

Como veremos en el capítulo siguiente, los DCPL han encontrado la tutela en amparo constitucional por su conexión con el art. 14 CE.

---

[798] Tal y como ha establecido la STC 69/2011, la carga de justificar la especial trascendencia constitucional en la vulneración del derecho fundamental corresponde al recurrente en amparo.

6. LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN Y SU DESARROLLO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

6.1. Introducción

La igualdad de oportunidades de mujeres y hombres, conforme a lo establecido en los Acuerdos de Negociación Colectiva, ha sido una materia a tratar en los convenios colectivos al menos desde el año 2002, de acuerdo con una serie de criterios generales[799]. Aun así, Lousada Arochena[800] afirma que se puede decir que hasta la LOI 3/2007 el Derecho Colectivo del Trabajo se había mantenido impermeable al principio de igualdad entre mujeres y hombres, en la convicción de la neutralidad de la norma jurídica, obviando de ese modo que emplear ese término en materia de igualdad en el ámbito laboral –donde el trabajador prototipo sigue siendo masculino- no hace sino mantener el *statu quo* perjudicial para las mujeres.

Con la entrada en vigor de la LOI 3/2007 se aborda la igualdad por primera vez desde una perspectiva integral, transponiéndose a nuestro ordenamiento jurídico definiciones recogidas en las Directivas Comunitarias 2002/73/CE y 2006/54/CE. A la vez, se introduce en su Título IV un conjunto de recomendaciones y medidas dirigidas

[799] Por ejemplo, en el ANC 2007 eran los siguientes:
-La inclusión de cláusulas de acción positiva para fomentar el acceso de las mujeres, en igualdad de condiciones, a sectores y ocupaciones en los que se encuentren subrepresentadas.
-La fijación de criterios de conversión de contratos temporales a fijos que favorezcan a las mujeres cuando, en igualdad de condiciones y méritos, se encuentren afectadas en mayor medida que los hombres por el nivel de temporalidad.
• -El estudio y, en su caso, el establecimiento de sistemas de selección, clasificación, promoción y formación, sobre la base de criterios técnicos, objetivos y neutros por razón de género.
• -La eliminación de denominaciones sexistas en la clasificación profesional (categorías, funciones, tareas).
• -La subsanación de las diferencias retributivas que pudieran existir por una inadecuada aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor.
• -A estos efectos, resultaría de utilidad el análisis y aplicación, en su caso, de sistemas de valoración de los puestos de trabajo que permitan evaluar periódicamente el encuadramiento profesional.
-Un tratamiento de la jornada laboral, vacaciones, programación de la formación, etc. que permita conciliar las necesidades productivas y las de índole personal o familiar.
- La evaluación de la aplicación del convenio desde la perspectiva de género, a través del seguimiento realizado por la Comisión Paritaria que se dotará, en su caso, del correspondiente asesoramiento. Si se considera oportuno, tal tarea se delegará en comisiones de trabajo especificas.

[800] LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad entre mujeres y hombres», *Revista de Derecho Social*, Doctrina, n.º 41 (2008).

específicamente al ámbito laboral, encaminadas a evitar la discriminación laboral entre mujeres y hombres y a hacer efectivo el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades. Así pues, a partir de este momento las relaciones laborales, en las que la contribución de empresas y trabajadores/as resulta esencial, deberán estar informadas por el principio de igualdad de trato y oportunidades[801] instaurándose un marco normativo especial para la negociación colectiva, en lo que se refiere a las medidas de igualdad entre mujeres y hombres, diferenciado del marco normativo general[802]. Un cambio importante tanto por la innovación de los contenidos como desde una perspectiva estratégica, al demostrar que ningún ámbito jurídico debe quedar fuera de la efectiva aplicación de dicho principio de igualdad.

Son diversas las razones que justifican esta decisión legislativa. La más decisiva nace de la reciente configuración del principio de transversalidad de la dimensión de género, que obliga a introducir la igualdad en la totalidad de los sectores jurídicos[803]. Otra de las razones obedece a la exigencia del legislador comunitario a los Estados miembros de implantar la igualdad en la negociación colectiva[804]. La tercera, sobre la que nos detendremos más adelante, se vincula a la importancia de este objetivo igualitario en el ámbito de las relaciones laborales, aunque como tendremos ocasión de comprobar, esta importancia contrasta con su no muy correcta implantación.

Así pues, por lo que respecta a la promoción de la igualdad de género por la negociación colectiva, la LOI 3/2007 recoge una serie de referencias generales[805] y

---

[801] Así, la Ley Orgánica establece en su Art. 45 que "las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral".

[802] La LOI 3/2007 regula en el Capítulo III de su Título IV "los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad", en el artículo 43 alguna otra medida de fomento de la igualdad, en el art. 64 planes de igualdad en el empleo público estatal, y finalmente modifica el Título III del ET a través de su Disp. Adic. 11ª 17/19.

[803] La dimensión transversal de la igualdad se reconoce "como principio fundamental" de la LOI 3/2007, como se dice en su Exposición de Motivos, e "implica necesariamente una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad". No puede existir, en consecuencia, ningún ámbito jurídico ni ningún sujeto ajeno al principio de igualdad -universalidad objetiva y subjetiva de la igualdad-.

[804] Cabe recordar que tanto la Directiva 2002/73/CE, como la más reciente Directiva 2006/54/CE que encomienda a los Estados que alienten a los interlocutores sociales a celebrar convenios que establezcan normas favorecedoras de la igualdad entre sexos, destacando, entre otros aspectos, la necesidad de incorporar en los mismos "reglamentaciones flexibles sobre la jornada laboral que permitan, tanto a hombres como a mujeres, una mejor conciliación de la vida laboral y familiar (Cdo. 11 de la Directiva 2006/54/Ce. En parecidos términos, v. Art. 21.2 de esta misma norma). Los convenios colectivos se erigen así en instrumentos privilegiados para hacer factible la aplicación de medidas favorecedoras de la igualdad (Art. 8 ter de la Directiva 2002/73/CE).

criterios orientadores para la elaboración de los planes de igualdad en las empresas[806]. Concretamente, en cuanto a las medidas que faciliten la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, la LOI 3/2007 remite a la negociación colectiva o al acuerdo con la empresa el desarrollo de las siguientes:

-El establecimiento de los términos en que el trabajador/a ejercitará el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 34.8 ET), así como el derecho a acumular las horas de lactancia en jornadas completas (art. 37.4 ET) y la comunicación a la empresa de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad (art 48 bis ET último párrafo).

-La duración y compensación económica de las ausencias para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal (art. 37.3.d) ET).

Con posterioridad, en la fase de reformas laborales de los últimos años, la Ley 3/2012 introduce la posibilidad de que, en las solicitudes de reducción de jornada (art. 37.5 ET), por convenio colectivo se puedan establecer criterios de concreción horaria que tengan en cuenta tanto los derechos de conciliación de los trabajadores/as como las necesidades de la empresa (art. 37.6 ET).

---

[805] Así, dentro de estas últimas, los convenios colectivos podrán:
-Establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones en las que se encuentren subrepresentadas (art. 17.4 ET)
-Establecer medidas de acción positiva en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que en igualdad de condiciones de idoneidad tengan preferencia las personas del sexo menos representado en el grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate (art. 17.4 ET)
-Desde la entrada en vigor de la LOI 3/2007, las definiciones que de forma habitual se incluyen en los convenios colectivos sobre discriminación directa, indirecta, acoso sexual y acoso por razón de sexo, y discriminación por embarazo o maternidad deberán ser acordes con las recogidas en la misma (arts. 6, 7 y 8 LOI 3/2007).
-La Ley establece para las empresas de más de 250 trabajadores la obligación de elaborar y aplicar un plan de igualdad que deberá ser objeto de negociación, y en su caso, acuerdo con los representantes legales de los trabajadores (art. 45 LOI 3/2007). Los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las siguientes materias: acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo (art. 46 LOI 3/2007).
Los planes de igualdad incluirán la totalidad de una empresa sin perjuicio de que se puedan establecer acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo (art. 46.3 LOI 3/2007). Se garantiza el acceso de la representación legal de los trabajado- res, o en su defecto, de los trabajadores, a la información sobre el contenido de los planes de igualdad. Sin perjuicio de lo anterior, los convenios colectivos podrán atribuir a sus comisiones paritarias el seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre planes de igualdad (art. 47 LOI 3/2007).

[806] En este sentido, la LOI 3/2007 permite a los negociadores:
-Definir los contenidos del plan de igualdad.
-Determinar el conjunto de materias a contemplar.
-Fijar los objetivos de igualdad a alcanzar.
-Establecer la planificación temporal de las estrategias y prácticas para conseguir dichos objetivos.
-Señalar los sistemas de seguimiento y evaluación del plan de igualdad.

Estudiaremos en este apartado el papel que ha venido realizando la negociación colectiva en el desarrollo de los derechos de conciliación, a fin de obtener una idea global sobre su actuación en la defensa y promoción de los mismos de acuerdo con el mandato de la LOI 3/2007, y en qué medida puede contribuir a su afianzamiento o, por el contrario, suponer uno más de los obstáculos en el camino de su ejercicio efectivo.

6.2. La negociación colectiva y su papel en la promoción del principio de igualdad y no discriminación, así como del desarrollo de los derechos de conciliación

El carácter "teóricamente" idóneo de la negociación colectiva como instrumento de tutela antidiscriminatoria está fuera de duda y ello explica la promoción de que ha sido objeto por parte de instancias normativas supranacionales. Tal y como sostiene Correa Carrasco "en el plano teórico es indiscutible la especial idoneidad de esta fuente del Derecho para el logro de los objetivos de la política del derecho pretendidos, siendo una vía privilegiada para la asunción por el mundo de las relaciones laborales, y especialmente, por los propios interlocutores sociales, de los nuevos referentes culturales que se van abriendo paso en la sociedad, especialmente, en lo que atañe al reparto de roles por género, supliendo, en este sentido, las eventuales insuficiencias al respecto de la regulación legal en la materia, que suelen adolecer de elevadas dosis de indefinición y ambigüedad. Por otra parte, la especial ductilidad de la norma convencional permite aquilatar el contenido de las reglas establecidas, propiciando su adaptación a las exigencias específicas de la realidad productiva en cada caso"[807]. De una parte, el proceso de toma de decisiones se debe construir lo más cerca posible de los agentes sociales directos, de manera que lo acordado no sólo refleje la orientación europea sobre la cuestión, sino que también responda a la peculiar realidad de cada caso. Se trata de lograr que los objetivos comunitarios sean al mismo tiempo asumidos (no vistos como impuestos) y asumibles (acordes al contexto)[808].

[807] CORREA CARRASCO, Manuel, «Tiempo de trabajo e Igualdad de género: regulación legal y negociación colectiva». *Cit.*

[808] CARRASQUER OTO, Pilar y MARTÍN ARTILES, Antonio, «La política de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva. Un aspecto de la estrategia europea de empleo», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n.º 23 (2005): pp. 131-150. Este artículo recoge los primeros resultados de la investigación realizada por

A nivel interno, los sucesivos Acuerdos Interconfederales sobre Negociación Colectiva han reafirmado este propósito, recogiendo el importante papel que está llamado a protagonizar el convenio colectivo como instrumento para el logro de la igualdad efectiva, y haciendo expresa mención, entre otras, a la necesidad de ajustar la regulación del tiempo de trabajo a las exigencias impuestas por la conciliación entre vida personal, familiar y laboral. A tales efectos, se reitera la necesidad de que los convenios colectivos, más allá de declaraciones genéricas, incorporen regulaciones que desarrollen y mejoren los contenidos legales sobre la materia, tratando de conciliar los intereses de los trabajadores/as y las empresas en los respectivos ámbitos de negociación.

En el mismo sentido el informe realizado por el CES[809], afirma que el diálogo social y la negociación colectiva están llamados a desempeñar un papel determinante en el cambio de la situación de las mujeres en lo que respecta al empleo y las condiciones de trabajo en España, aunque reconoce que el avance está siendo muy lento, ya que todavía no se ha conseguido aprovechar todo el potencial que brindan estos instrumentos. No en vano el desarrollo de los primeros años tras la LOI 3/2007 ha chocado con importantes problemas de información/formación y, por otro lado, con el desfavorable contexto económico, que condiciona necesariamente el ámbito negocial.

Aun así, parece que en el desarrollo de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres en el trabajo, los convenios colectivos están llamados a tener un papel relevante, y ello pese a que históricamente han contribuido a afianzar la división sexual del trabajo –ya que la igualdad de género, en cuanto objetivo, ha sido relegada a un segundo plano-. Por eso, frente a la importancia teórica que los textos legales otorgan a la negociación colectiva en la promoción de la igualdad y la conciliación, la situación de partida se presenta complicada, ya que existen numerosos problemas al respecto. Un ejemplo en este sentido es la clasificación que Pérez del Río[810] ha realizado de las diferentes actuaciones negociadoras en cuanto a la promoción de la igualdad de género y donde podemos encontrar:

---

el QUIT: "El tiempo de trabajo en la negociación colectiva y sus efectos sociales" financiada por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (SEC 2001-2543) durante el trienio 2001-2004 cuyo objetivo era analizar la gobernabilidad de la conciliación en la negociación colectiva.

[809] Informe 01/2011, Tercer Informe del CES sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española. Aprobado en sesión ordinaria del Pleno de 30 de noviembre de 2011.

[810] PÉREZ DEL RIO, Teresa, «Las discriminaciones indirectas en la negociación colectiva» En Negociación colectiva e igualdade Vigo: 2007.

-Desde convenios que discriminan directa o indirectamente por razón de género[811];

-convenios que ignoran la existencia de mujeres en su ámbito de aplicación, coadyuvando así al mantenimiento de la desigualdad entre mujeres y hombres;

-convenios que, con propósitos pedagógicos, recuerdan la regulación legal de materias que afectan a la igualdad de la mujer y la prohibición de discriminación por razón de género[812];

-hasta convenios que asumen el objetivo de terminar con la situación de discriminación de género[813].

Analizaremos a continuación, en primer lugar los obstáculos de carácter estructural y en segundo lugar, aquellos que han ido surgiendo en el propio contexto social de la crisis y las reformas laborales adoptadas.

Como sostiene Conde-Pumpido[814], aunque el legislador encomienda a la negociación colectiva prácticamente todos los puntos esenciales para la erradicación de la discriminación directa e indirecta por razón de género, si no cumple con ese papel que nuestro sistema normativo le ha reservado puede contribuir a perpetuar tales diferencias. En primer lugar, no hay que olvidar la contradicción que supone el hecho de que los convenios colectivos han constituido una de las más notables fuentes de discriminación por razón de género en lugar de convertirse en instrumento eficaz de tutela antidiscriminatoria, algo que resulta paradójico, puesto que si un Derecho se fundó sobre la idea de la búsqueda de la igualdad, ése fue el Derecho del Trabajo. El "interés colectivo" a defender en la negociación colectiva sigue tomando como modelo

---

[811] Con cláusulas convencionales que incrementan el fuerte sesgo por razón de genero y suponen seguir perpetuando el rol asignado tradicionalmente a las mujeres: por ejemplo las que vinculan el ejercicio de derechos de excedencia con la maternidad -dándoles denominaciones como excedencia maternal o excedencia por maternidad-; las clasificaciones profesionales sexistas (incluso en su terminología); las indemnizaciones por fin de contrato por matrimonio o paternidad/maternidad (que fomenta el alejamiento del trabajo mayoritariamente de las mujeres), etc.

[812] Tienen el valor de que muchos trabajadores conocen el convenio, aunque no conozcan la Ley, pero pueden ocasionar un efecto contrario cuando se perpetúan en sucesivos convenios normas ya superadas, o incluso se recogen defectuosamente las previsiones legales.

[813] Mediante la adopción de medidas de acción positiva. Junto a ellos debemos dejar constancia de otros que avanzan en la senda de la igualdad por diversos caminos, desde el uso general del lenguaje neutro, la ampliación de derechos en permisos o flexibilización del tiempo de trabajo, a las ayudas por guardería, por poner algunos ejemplos. Y no puede dejar de advertirse, finalmente, que muchos convenios combinan cláusulas antidiscriminatorias con otras discriminatorias.

[814] CONDE PUMPIDO TOURON, Mª Teresa, «Los planes de igualdad. Erradicación de discriminaciones directas e indirectas en la negociación colectiva. Problemas de legitimación procesal y procedimental», *Actum Social* n.º 11, enero de 2008.

al trabajador tipo -masculino- y sus valores e intereses, sin que la promoción y contratación de las mujeres, y la resolución de sus problemas cotidianos, relacionados con las cargas socio-familiares que primordialmente asumen, se hayan visto como objetivos prioritarios. Y en ello también influye el mínimo porcentaje de participación femenina en los bancos negociadores, pese al buen trabajo –destaca Conde-Pumpido- que las secretarías de la mujer de los diversos sindicatos llevan años haciendo, el cual no tiene con posterioridad su reflejo en el dialogo social.

Abundando en las limitaciones a las que se enfrenta la negociación colectiva, Correa Carrasco[815] afirma que éstas son inherentes su propia dinámica. Además de la poca predisposición que generalmente manifiestan los interlocutores sociales para asumir nuevos contenidos convencionales, hay que tener presente, por otro lado, que las políticas de conciliación han ocupado tradicionalmente un lugar secundario en la praxis negocial, lo que puede verificarse tanto en términos cuantitativos (numero de cláusulas relacionadas con la conciliación) como cualitativos (contenido de las mismas). Así, para este autor, las limitaciones obedecen a razones de diversa índole:

-en primer lugar, la insuficiente sensibilidad y formación sobre este tipo de materias por parte de los propios sujetos negociadores, a lo que no es ajeno el dato decisivo de la escasa presencia de mujeres que habitualmente se constata en la composición de los órganos de representación y de las mesas de negociación.

-El hecho de que en el contexto de un proceso negociador exista una clara preferencia por contrapartidas laborales más convencionales, como el salario o el mantenimiento del empleo, lo que siendo habitual en la dinámica negocial, se acentúa en coyunturas económicas tan difíciles como las actuales, en la que se convierten en objetivos prioritarios o, prácticamente, exclusivos.

-La percepción empresarial, más o menos ajustada a la realidad, de que este tipo de medidas suponen costes añadidos y, como tales, difícilmente asumibles en las circunstancias actuales, especialmente por parte de las organizaciones productivas de mediana o pequeña dimensión, o que se caracterizan por su fuerte feminización.

-Razones de tipo estructural vinculadas al carácter rígido y poco novedoso de los sistemas de organización del trabajo, o a un uso abusivo de la subcontratación que,

[815] CORREA CARRASCO, Manuel, «Tiempo de trabajo e Igualdad de género: regulación legal y negociación colectiva». *Cit.* pp .211.

lógicamente, no propicia la existencia de un contexto favorable a que se produzcan avances en esta materia.

-Obstáculos de índole cultural, como unos horarios laborales vinculados a la tradicional división sexual del trabajo y el reparto de los roles establecidos -heredados de la época en que la mujer sólo trabajaba en casa- que, combinados con otros de carácter sociopolítico, como el escaso apoyo público al trabajo de atención a menores y personas dependientes -últimamente mitigado en parte por la Ley de Dependencia-, tienen una notable incidencia negativa sobre las potencialidades de la negociación colectiva.

A todo lo anterior habría que añadir además una cierta ambigüedad e indefinición en los discursos que se detecta en las propias directrices europeas en relación con la orientación y los posibles contenidos de las medidas a favor de la igualdad y la conciliación, que también aparece en el momento de abordar la cuestión. Como sostienen Carrasquer Oto y Martín Artiles[816] los actores sociales le dan significados diferentes a estos términos, lo que incide tanto en los posibles contenidos de las medidas a negociar como en el escenario en el que plantear su discusión. Así, nos dicen, podemos apreciar que una parte las organizaciones sindicales manejan dos tipos de discursos:

-Por un lado, la conciliación es vista como condición para la igualdad de género. Puesto que para los sindicatos la prioridad está en la política de igualdad de oportunidades -en tanto que supone reivindicar la igualdad de trato y los derechos a ella asociados-, la conciliación resulta ser una de las condiciones precisas para alcanzarla.

-Por otro lado, la conciliación se entiende como una vía para mejorar la calidad de vida. Se trata de armonizar la vida laboral y personal, y no estrictamente con las exigencias derivadas del trabajo doméstico-familiar y lo que ello significa dada la actual división sexual del trabajo. En este caso los sindicatos se encuentran con que tienen que gestionar una diversidad de demandas que no están ligadas exclusivamente al trabajo doméstico-familiar, sino con la posibilidad de disponer tiempo para estudios u otras actividades de carácter personal que, por lo común, no entrarían en la categoría de "trabajo socialmente necesario" que caracteriza tanto el empleo como el trabajo doméstico-familiar. Esta demanda de conciliación refleja los cambios culturales de los

[816] CARRASQUER OTO, Pilar y MARTÍN ARTILES, Antonio, «La política de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva. Un aspecto de la estrategia europea de empleo». *Cit.*

trabajadores y de algunos colectivos de trabajadoras: mayor individualismo, diversidad de preferencias y situaciones personales. Podemos añadir a lo aportado por estos autores que, a su vez, en el discurso sindical se ha hecho hincapié en la crisis del cuidado y al mismo tiempo en la precariedad laboral de las empleadas domésticas, así como de trabajadoras agrarias, cuya labor no sólo está infravalorada sino que se desempeña en condiciones laborales deficientes[817].

De forma paralela, los discursos de las organizaciones empresariales se articularían a grandes rasgos en torno a estos puntos:

- De un lado, el discurso de la conciliación como una herramienta para la gestión de los recursos humanos. La igualdad de oportunidades quedaría así en un segundo plano. Se tiende a tratar la conciliación como un asunto personal, es decir, en el marco de una política de individualización de las relaciones laborales y fidelización de los trabajadores/as. Esta perspectiva nace de la necesidad de las empresas de afrontar y solucionar una diversidad de coyunturas de sus empleados/as, en las que deben tomar en consideración las preferencias que manifiestan, con el propósito de introducir mejoras en su calidad de vida, especialmente entre empleos cualificados, técnicos o administrativos, y de salarios medios y altos. De este modo algunas organizaciones están dispuestas a ofrecer incentivos relacionados con una gestión flexible de la jornada laboral a cambio de recompensar a determinados segmentos de plantilla. En este sentido Correa Carrasco[818] manifiesta que se observa en ciertas regulaciones convencionales, la mayoría de las ocasiones en las grandes empresas, un cambio de tendencia en la concepción de la flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo que empieza a tener en cuenta las necesidades de conciliación entre vida y trabajo planteadas por los trabajadores/as. Sin embargo, en gran parte de los casos, estas iniciativas no se conciben para su aplicación generalizada a la totalidad de las plantillas, sino como una forma de estrategia empresarial dirigida más bien a retener el talento y motivar a determinados grupos de trabajadores/as, lo que confirma el discurso empresarial en materia de

---

[817] Así lo afirma un estudio elaborado por UGT en 2003, *La inmigración y el mundo del trabajo: el servicio doméstico*, donde se subraya que el servicio doméstico es la estrategia más importante hoy en día para mejorar la conciliación de la vida familiar y laboral. Como se desprende del estudio, la mayoría de personas que trabajan en el sector del trabajo doméstico son mujeres inmigrantes y una gran parte de ellas pertenece a la economía sumergida por lo que no se benefician de derechos sociales.

[818] CORREA CARRASCO, Manuel, «Tiempo de trabajo e Igualdad de género: regulación legal y negociación colectiva». *Cit.* pp. 224.

conciliación como herramienta de gestión individual. Y así, Carrasquer Oto y Martín Artiles[819] explican que las cualificaciones altas, así como los altos niveles jerárquicos, podrían constituir los colectivos que más se estarían beneficiando de las políticas de conciliación amparados por cláusulas relacionadas con cierta autonomía para adoptar horarios flexibles de trabajo, *flexitime*. Asimismo contarían con ciertos servicios para acomodar la demanda de prestaciones familiares o con posibilidades de gestión del tiempo de la jornada laboral que amplíe la discrecionalidad en los usos del tiempo extra-laboral, etc. De este modo la conciliación estaría inscrita en acuerdos individuales, a veces informales, basados en relaciones de confianza entre los niveles de decisión. Por ello, según las autoras, esta política de gestión de recursos humanos tiene más que ver con prácticas empresariales para fidelizar y cooptar al personal cualificado que propiamente con una política de conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. Las empresas tienden a "dualizar" la gestión de la conciliación, lo que se traduce en una segmentación de las plantillas a tales efectos entre la mano de obra auxiliar (administrativa, técnica) y la "directamente productiva". Y así, en las cualificaciones y niveles jerárquicos más bajos la capacidad de decisión está sujeta a procesos colectivos y registrados en el convenio o en acuerdos de empresa. Las políticas de conciliación y las medidas que las desarrollarían resultan más limitadas y se refieren, en todo caso, a cláusulas relativas a la jornada laboral continua, a las posibilidades de combinar el trabajo a turnos o a los permisos regulados. Además, ese conjunto de posibilidades estaría sujeto a otros factores como la reorganización del tiempo de trabajo en función de la actividad productiva u otro tipo de restricciones empresariales y organizativas[820]. Estas soluciones privadas a que nos referimos en el capítulo I, y que las escuelas de negocios han introducido bajo el lema *family friendly*, han promovido el interés por la conciliación en el ámbito empresarial, pero tienden a seguir manteniendo desigualdades estructurales no sólo relativas al género, sino también a la clase social o la etnia.

-Otro aspecto a destacar en el discurso empresarial del trámite colectivo de la conciliación es que ésta aparece más ligada a cuestiones como las mejoras puntuales en los permisos y a la reducción de jornada, tratándose de un abanico reducido y

[819] CARRASQUER OTO, Pilar y MARTÍN ARTILES, Antonio, «La política de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva. Un aspecto de la estrategia europea de empleo». *Cit.*

[820] Ibid.

básicamente de tipo cuantitativo si lo comparamos con lo propuesto por la propia normativa española de conciliación.

A todo esto debemos añadir la dificultad para abordar sólo desde el ámbito del empleo algo que cultural y organizativamente se sitúa, en realidad, fuera del mismo, además de la existencia de limitaciones "extra-convencionales", entre las que estarían la propia inconcreción normativa en el nivel estatal, que dificulta en buena medida su desarrollo, o la falta de una mayor implicación de las empresas a través de los planes de igualdad.

Pero sin duda que uno de los hándicaps más importantes tiene que ver con la situación surgida en el contexto social de crisis económica; se puede decir que a lo largo de los últimos años, uno de los aspectos más afectados por las sucesivas reformas ha sido la estructura negocial**.** En este sentido, el legislador ha propiciado una flexibilización de la negociación colectiva que se ha concretado, entre otras medidas, en reglas dirigidas a lograr su descentralización. La reforma practicada por la Ley 35/2010 realiza una apuesta por la potenciación de la negociación en la empresa aunque vinculada a la necesidad de impulsar la flexibilidad interna en las relaciones laborales. Por su parte, la reforma llevada al efecto por el RDL 7/2011 insiste en potenciar una negociación colectiva más ágil, capaz de adaptarse a las exigencias de competitividad de las empresas, favoreciendo de nuevo la adopción de medidas de flexibilidad.

Sin embargo, frente a lo que Correa Carrasco[821] denomina una "intervención ponderada en favor del convenio de empresa" de las modificaciones de 2010 y 2011, la acometida por el RDL 3/2012 introduce una serie de normas dirigidas, por un lado, a forzar la descentralización de la estructura negocial, convirtiendo en imperativa la regla que establecía la prioridad del convenio de empresa en relación con una serie de materias básicas, y, por otro, a facilitar los descuelgues empresariales del convenio sectorial o empresarial aplicable mediante acuerdos de empresa derogatorios. Concretamente se modifica el art. 84.2 ET[822], estableciendo la prioridad aplicativa del

[821] CORREA CARRASCO, Manuel, «La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales», *Revista de Derecho Social*, n.º 59 (septiembre de 2012): pp. 33-52.

[822] El primer párrafo del artículo 84.2 ET establece la previsión de que ese convenio de empresa va a tener prioridad aplicativa respecto a cualquier otro sectorial y "podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de ámbitos colectivos de ámbito superior" lo que significa que se puede excluir, si bien previo acuerdo entre empresa y trabajadores/as, la aplicación del convenio sectorial sustituyéndolo por un convenio de empresa de peores condiciones que el sectorial.

convenio de empresa en toda una serie de materias muy importantes –entre ellas las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal-, así como de otras que pueden determinarse por acuerdos del artículo 83.2 ET. Obviamente han sido muchas las críticas desde la doctrina científica a este ataque a la negociación colectiva y es que, en primer lugar, la reforma plantea fuertes dudas sobre su constitucionalidad, al resultar afectados los artículos 37.1 y 28.1 CE, a la vez que altera la jerarquía entre fuentes del derecho y fuentes de las obligaciones establecida en el artículo 3 ET, y prácticamente elimina los principios de norma mínima y norma más favorable [823].

En tales circunstancias, como afirma este autor[824], el deterioro del papel de la autonomía colectiva como principio articulador de las relaciones de trabajo deviene inexorable, lo que sin duda provocará una tendencia a la atomización de la regulación convencional, ya que la preeminencia de la negociación a nivel de empresa llega al extremo de prescindir de sus conexiones con el resto del sistema negocial y, particularmente, del convenio sectorial. Para el autor, el hecho de que además no quede garantizada la presencia de un verdadero poder negociador por la parte laboral -principalmente, en las empresas de pequeña dimensión[825]- trae consigo la existencia de un riesgo real de que sea la empresa, en última instancia, la que proceda a la fijación unilateral de las condiciones de trabajo, en aspectos tan esenciales como los salarios o la jornada; un reforzamiento, en definitiva, del poder empresarial. En el mismo sentido, Goreli Hernández[826] opina que la intervención del legislador se dirige a favorecer a las empresas a costa de sacrificar la capacidad de los interlocutores sociales para determinar cuál puede ser la estructura de la negociación colectiva, ya que al carecer los acuerdos interprofesionales y convenios sectoriales del art. 83.2 ET de prioridad aplicativa sobre el convenio de empresa, se dificulta que los interlocutores sociales

---

[823] ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, «Nuevo escenario de la negociación colectiva». *Cit.*

[824] CORREA CARRASCO, Manuel, «La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales». *Cit.*

[825] Conviene recordar que las empresas de hasta treinta trabajadores constituyen, según el Preámbulo de la propia Ley 3/2012, más del 99 por 100 de las empresas del país y que la representación de los trabajadores estará integrada -y a veces ni eso- por un único/a delegado/a de personal y en las empresas que tengan entre 31 y 49 trabajadores, por tres delegados/as de personal.

[826] GORELI HERNÁNDEZ, Juan, «Nuevas reglas de concurrencia de convenios: la prioridad aplicativa del convenio de empresa», *Relaciones Laborales*, nº 9, Sección Doctrina, Año 29, tomo 1, Editorial La Ley, septiembre de 2013, pp. 35.

puedan gobernar por sí mismos la estructura de la negociación colectiva. Ello a su vez, traerá importantes repercusiones: por una parte, se van a favorecer situaciones de *dumping* social, pues permitirá que las empresas opten por ser más competitivas a través de una reducción de ciertos costes laborales, gracias a la posibilidad que ofrece el convenio de empresa para establecer condiciones peyorativas respecto del convenio de sector. Por otro lado, la defensa de los intereses de los trabajadores/as va a depender de cuál sea la fortaleza de las representaciones unitarias o sindicales en las empresas, lo que en la práctica supondrá un cierto grado de inseguridad jurídica, pues supone una situación de doble sometimiento respecto de los convenios colectivos aplicables, todo ello en función de las diferentes materias: si estamos ante las recogidas en el art. 84.2 ET, puede ser de aplicación el convenio de empresa; por el contrario, para el resto de materias sería aplicable el convenio colectivo de sector[827].

Así pues, a la vista de la situación actual de la negociación colectiva y dado el poco tiempo transcurrido aún desde la reforma laboral de 2012, cabe esperar un progresivo debilitamiento de la negociación colectiva sectorial, lo que obviamente se traducirá en la desvirtuación de las obligaciones que la LOI 3/2007 le había otorgado para la promoción y desarrollo de la igualdad y los DCPL. A su vez, la prioridad del convenio de empresa para el desarrollo de los DCPL posibilitará que la negociación del mismo se presente como una posible "solución" para evitar aspectos no deseados de los DCPL regulados hasta entonces por la vía del convenio sectorial, y lo apartará del objetivo de promover la igualdad.

En conclusión, se puede decir que el carácter teóricamente idóneo de la negociación colectiva como herramienta al servicio de la igualdad de género y la conciliación se pone en entredicho cuando se analizan tanto las propias limitaciones de carácter estructural a las que hemos aludido como aquellas que tienen que ver con el contexto económico de crisis. Así pues, tras las reformas de la negociación colectiva de 2010 y principalmente de 2012, se observa una manifiesta voluntad del legislador de, por la vía de desarticular la negociación colectiva, atender principalmente a las necesidades productivas de las empresas incrementando sus potestades facultativas, al tiempo que se restringen derechos adquiridos de los trabajadores/as, lo que no deja de

[827] Dudas que ya han sido resueltas en la criticada STC 119/2014, de 16 de julio, donde se establece que la prioridad del convenio de empresa en ciertas materias no vulnera preceptos constitucionales y obedece a finalidades legítimas, sin obviar la intervención sindical.

ser una cabal manifestación de los nuevos tiempos que corren para el Derecho del Trabajo, según vimos en el capítulo II.

Finalmente, y pese a los llamamientos a la negociación colectiva en materia de igualdad y conciliación, la realidad se muestra tozuda al respecto, como nos advierte Lousada Arochena[828] y analizaremos en el apartado siguiente. Ello nos lleva a pensar que el reforzamiento de los DCPL tanto por vía constitucional como legal resulta imprescindible, y si bien puede la negociación colectiva mejorar ciertos aspectos de los mismos, no podemos admitir que una buena parte de los trabajadores/as tenga imposibilitado su ejercicio al carecer de cobertura convencional que lo desarrolle.

6.3. Estado de la cuestión: desarrollo de la igualdad de género y los derechos de conciliación por la negociación colectiva

Una vez expuestos los aspectos teóricos de la negociación colectiva, en relación con los DCPL, a lo largo de este apartado lo someteremos a contraste con diferentes estudios realizados sobre la materia que nos proporcionarán una visión general acerca del grado de eficacia de la labor convencional, sus carencias y posibles vías de desarrollo.

-El estudio 2006-2008 sobre la negociación colectiva en España[829] destaca diferentes aspectos positivos en el apartado dedicado a la conciliación y la jornada de trabajo[830], si bien existen numerosos convenios colectivos que no han adaptado sus

[828] LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «El tiempo en las leyes con perspectiva de género», *Revista de Derecho Social*, n.º 49 (marzo de 2010): pp. 83-96. *Cit.*

[829] Disponible en: http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/NegociacionColectiva_Espanya_2006_2007_2008.pdf. Consultado 2-11-2011.

[830] En este sentido, menciona convenios colectivos sectoriales que, aunque reconocen la posibilidad de distribución irregular o la existencia de bolsas de horas a disposición de la empresa, fijan limitaciones, excluyendo, por ejemplo, a las personas que tengan responsabilidades familiares.
Por lo que respecta a la distribución diaria de la jornada de trabajo, muestra cómo algunos contemplan la posibilidad de realizar una jornada continuada, durante todo el año o durante los meses de verano, al igual que son interesantes los convenios que imponen la jornada continuada para el trabajo a tiempo parcial, cláusulas que incluyen medidas de flexibilidad horaria, unas veces con carácter general y otras para quienes acrediten situaciones personales o familiares, bolsas individuales de tiempo a disposición de las y los trabajadores o preferencias para la elección de turnos en el caso de responsabilidades familiares, formulas de autogestión en régimen de trabajo a turnos o cláusulas que reconocen preferencia a la hora de elegir turno a aquellos-as con responsabilidades familiares.

previsiones a las modificaciones introducidas por la LOI 3/2007 y la mayoría de las nuevas posibilidades que ésta abre aún están pendientes de ser desarrolladas.

Pero lo que no parece ni mucho menos asegurado a la vista de los convenios negociados es la erradicación del sesgo de género dominante en su enfoque, con lo que bajo una retórica conciliatoria se podría perpetuar la tradicional asignación de roles familiares y sociales en virtud del género. Cuestión que sin duda requiere un cambio de cultura y de valores, pero en la que se podría incidir a través de determinadas actuaciones en los planes de igualdad. De ahí la importancia, por ejemplo, de los convenios colectivos que contemplan la realización de campañas de sensibilización a los trabajadores/as en materia de reparto de responsabilidades familiares y domésticas, con mención particular en algún caso a la información dirigida al colectivo de hombres de sus derechos como padres, para fomentar la utilización de los permisos parentales, y de aquellos otros que comprometen la realización de cursos específicos sobre igualdad de oportunidades y conciliación de la vida laboral y familiar.

- El estudio elaborado por Cabeza Pereiro[831] pone de manifiesto lo siguiente:

a) En cuanto a las cuestiones que tienen que ver con el tiempo de trabajo, en términos generales, los convenios no han tenido demasiado en cuenta una perspectiva general a favor de la conciliación y de la corresponsabilidad que sirva como idea inspiradora de esta regulación. Así, muchas de las reglas no obedecen al propósito de hacer más compatible el trabajo con las tareas extra-laborales, si bien como generan ciertas garantías producen consecuencias positivas en la atención a la vida personal y familiar de los trabajadores/as. Por ello afirma que "una negociación colectiva más inclinada a conseguir dichos objetivos sin duda puede todavía perfeccionar estas herramientas".

En el aspecto del régimen de descanso, existen convenios colectivos que apuestan por la fijeza o una mayor duración del descanso semanal; en cuanto al disfrute de las vacaciones resultan de interés las cláusulas que optan por otorgar preferencia en la elección de la fechas a quienes que tengan a su cargo personas dependientes o menores, y también las que permiten el retraso de las vacaciones cuando la persona se encuentre en situación de I.T. antes de la fecha pactada de inicio de su disfrute, o incluso la suspensión del periodo vacacional cuando se inicia una I.T. durante el mismo. A lo anterior se añaden numerosas previsiones convencionales que mejoran o complementan el régimen legal de permisos y licencias sin sueldo, o permisos para asuntos propios.

[831] CABEZA PEREIRO, Jaime, «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras», en *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, (Coord. Lousada Arochena, José Fernando), 1ª (Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008).

b) También llama la atención sobre la existencia de diferentes valoraciones de la conciliación según el ámbito negocial: las reglas de los sectoriales de ámbito estatal resultan comparativamente más ambiciosas e incisivas que los provinciales de sector, que apenas prestan atención a la misma.

c) Se destaca una dejadez de la negociación colectiva en ámbitos con una presencia mayoritariamente masculina, olvidando la finalidad de la corresponsabilidad que hace que sea importante que estas medidas de compatibilización aparecieran en los convenios de sectores con baja presencia femenina.

d) En cuanto a la regulación de los permisos, aun apareciendo en algunos convenios contenidos interesantes a los efectos de procurar la corresponsabilidad de los hombres en la atención a sus familiares, en la mayoría de los preceptos se detecta un evidente sesgo sexista que consiste en atribuir a las mujeres las tareas de cuidado y que se percibe, por ejemplo, en la técnica de conceder permisos para el cuidado por afinidad, la regulación de las excedencias, o las nuevas reglas sobre acumulación del derecho de lactancia, en las que raramente se concibe la posibilidad de que los trabajadores hombres sean los beneficiarios.

-El estudio realizado por García Murcia[832] pone de manifiesto que, si bien existen algunos convenios colectivos que explícitamente contienen reglas dirigidas a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, no todos ellos son particularmente novedosos en este terreno, pues en más de un caso se limitan a integrar en ese apartado las reglas más tradicionales sobre maternidad o lactancia[833].

[832] GARCÍA MURCIA, Joaquín, «Nuevas cláusulas y nuevas tendencias en la negociación colectiva de sector», *Derecho de los Negocios, No 206, Sección Relaciones laborales* (noviembre de 2007).
El estudio se centra en el análisis de convenios de ámbito sectorial publicados entre el tramo final del año 2006 y el año de 2007, si bien, como nos advierte el autor, conviene tener en cuenta que no siempre alcanzan total precisión en sus reglas, pues en muchos casos no tienen más objetivo que ofrecer un marco general para las empresas del sector, que quedan encargadas así de concretar, por vía de acuerdo o de reglamentación interna, las medidas oportunas en sus instalaciones y centros de trabajo; por otra parte, son convenios que deben mucho a las orientaciones y directrices marcadas desde finales de los años noventa por los sucesivos acuerdos interprofesionales.

[833] Así, por ejemplo, el Convenio Colectivo Estatal para la Industria del Arroz, se refiere a esta problemática de manera literal (art. 22) y no hace más que compendiar y sistematizar todas aquellas reglas que pueden tener como punto en común el reconocimiento de derechos a favor de los trabajadores para atender el cuidado de hijos o familiares: lactancia, reducción de jornada o suspensión del contrato por maternidad o paternidad. En términos similares se pronuncia el Convenio Colectivo para Empresas de Servicios Ferroviarios, que tras una solemne declaración sobre el derecho a adaptar la jornada laboral con fines de conciliación, se centra prácticamente en la protección de la maternidad y la regulación de los derechos de lactancia (arts. 38 a 40). El Convenio Colectivo para el Ciclo de Comercio de Papel y Artes Gráficas reconoce el derecho a un "permiso especial no retribuido" a favor de las trabajadoras al finalizar la suspensión por maternidad (art. 40), que muy probablemente persigue también esos fines de conciliación de la vida laboral y familiar.

-El análisis elaborado por Lahera Forteza y García Quiñones[834], sobre una amplia muestra de convenios colectivos vigentes, anteriores y posteriores a la LOI 3/2007 se centra, desde un punto de vista fundamentalmente empírico, en el tratamiento integrado del tiempo de trabajo y la conciliación en el estado actual de la negociación colectiva, sobre todo a partir del impulso de la LOI 3/2007. Con respecto a la concreción de horario y jornada conforme a necesidades de conciliación llegan a las siguientes conclusiones:

a) En general, el estado actual de la negociación colectiva, revela un desarrollo muy limitado del mandato que especifica el artículo 34.8 del ET, introducido por la LOI 3/2007. Son muy pocos los convenios que hacen un verdadero tratamiento integrado del tiempo de trabajo con las necesidades de conciliación personal y familiar. Ello se constata, en primer lugar, por la manifiesta ausencia de cobertura convencional en materia de horario y jornada en atención a las necesidades de conciliación que presentan un gran número de convenios colectivos, tanto anteriores como posteriores a la fecha de entrada en vigor de la LOI 3/2007. Asimismo, destacan que en muchos convenios la procelosa regulación legal sobre la jornada de trabajo contrasta con un tratamiento bastante limitado de la conciliación.

b) No obstante**,** en una dinámica más positiva, un número -aunque minoritario-, de convenios colectivos disponen de una regulación sensible con las necesidades de conciliación cuando excepcionan para los trabajadores/as con responsabilidades familiares las previsiones del propio convenio en materia de prolongación de jornada, fórmula que debería tener una proyección mayor para compensar la amplia flexibilidad que recogen la práctica totalidad de los convenios en la regulación de la jornada de trabajo y, en general, del conjunto de instituciones vinculadas con el tiempo de trabajo. Siguiendo con esta misma dinámica positiva, está adquiriendo relevancia en la regulación convencional el establecimiento de criterios de preferencia para la elección de turnos de trabajo, desde esa sensibilidad de integrar el tiempo de trabajo con las necesidades de conciliación personal y familiar. Sensibilidad que se proyecta también, con acierto, en numerosos convenios en relación con la elección de los turnos de vacaciones a través de un elenco muy variado de fórmulas, significativamente para hacer coincidir las vacaciones laborales con los periodos de descanso escolar. En la

[834] LAHERA FORTEZA, Jesús y GARCÍA QUIÑONES, Juan Carlos, *Tiempo de trabajo y conciliación familiar* (Albacete: Bomarzo, 2008).

misma línea, resulta loable el tratamiento generalizado que se viene haciendo en la negociación colectiva de otra materia concreta cual es la incorporación de los horarios flexibles a través de distintos mecanismos.

En resumen, para los autores la negociación colectiva canaliza más y mejor la conciliación a través de permisos, tanto retribuidos como no retribuidos por razones personales -sobre el mínimo legal-, que mediante una buena distribución y regulación de las jornadas y horarios conforme a las necesidades familiares y personales. En consecuencia, esta opción puede estar cargando costes económicos de conciliación a las empresas, y puede estar originando un alto grado de absentismo por razones familiares, si se suman los días de permiso y los días de baja o de mera inasistencia al trabajo que encubren respuestas a la atención familiar. Es una opción que, además, motiva las reducciones de jornada por cuidado de hijo/a o familiar frente a jornadas completas adaptadas a las necesidades personales. Por el contrario, una buena adaptación convencional de los horarios a las circunstancias familiares lograría mejorar la conciliación y corregir el absentismo en las empresas. El sistema de permisos y reducciones de jornada es un buen complemento para el objetivo de la conciliación, pero no la solución al problema, que está en una buena y flexible organización del tiempo de trabajo conforme a las necesidades personales y familiares de los trabajadores/a. En este sentido se necesita una reflexión política sobre cómo incentivar la racionalización de horarios y la adaptación de las jornadas a las circunstancias familiares mediante la negociación colectiva con el triple objetivo de mejorar la conciliación laboral y familiar, de luchar contra el absentismo y de reducir costes a las empresas.

-Por su parte, el estudio realizado por Correa Carrasco[835] ha analizado las fórmulas de distribución flexible del tiempo de trabajo en favor de los trabajadores/as de los convenios colectivos. Pese a que el marco legal en materia de distribución del tiempo de trabajo contemplado en el ET tiene suficiente margen de actuación para adoptar fórmulas de flexibilidad que se ajusten a los respectivos intereses de trabajadores/as y empresas, en la práctica convencional ha resultado preferente el interés empresarial, al que se dirigen la mayoría de las medidas de gestión flexible del

[835] CORREA CARRASCO, Manuel, «Tiempo de trabajo e Igualdad de género: regulación legal y negociación colectiva». *Cit.*, pp. 215-216.

tiempo de trabajo, mientras que el interés por esta materia en la representación colectiva de los trabajadores/as ha sido menor[836]. A ello hay que añadir la falta de mecanismos específicos de control para afrontar las prácticas abusivas de gestión irregular de la jornada, que se han utilizado incluso como moneda de cambio para evitar deslocalizaciones o externalizaciones de la actividad productiva.

En cuanto al derecho de adaptación de jornada establecido en el art. 34.8 ET, en la *praxis* convencional pueden contemplarse algunas experiencias de interés. Así, la relativa a la creación de créditos de horas de libre disposición por parte del trabajador/a. En lo que atañe a la gestión de estos recursos, suele preverse que tendrán como finalidad satisfacer necesidades de carácter personal sin que, por tanto, deba existir una vinculación directa y específica con las causas habitualmente relacionadas con la vida familiar. Además de estos mecanismos más estandarizados, es posible hallar un buen número de medidas dirigidas a favorecer las exigencias de conciliación. Entre las más habituales destaca, aparte de los cambios de jornada por motivos personales, la posibilidad de modificar horarios de trabajo que, en general, aparece supeditada a la concurrencia de alguno de los supuestos expresamente contemplados (no estrictamente vinculados a necesidades familiares) y a la necesidad de observar un determinado procedimiento a tal efecto. Por otra parte, en algunos convenios las medidas de flexibilidad sólo aparecen previstas para situaciones específicas, como familias monoparentales, o trabajadores/as con hijos/as menores, siempre y cuando, claro está, ejerzan la tutela directa de los mismos exigiéndose en ocasiones, que estén a su exclusivo cargo. Finalmente, existen regulaciones convencionales donde no se contemplan previsiones tan específicas, sino únicamente la posibilidad de que, mediante una gestión individualizada, se sometan a valoración las solicitudes de flexibilidad horaria de los trabajadores/as, configurándose así el disfrute como excepcional y supeditado a la decisión discrecional de la dirección de la empresa. También suelen implementarse medidas que consisten en otorgar prioridad para la elección de turnos a los trabajadores/as que acrediten determinadas circunstancias de índole familiar así como los casos de personas con menores o discapacitados a su exclusivo cargo, mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, o trabajadores/as con hijos menores que precisen adaptar su horario al horario de guardería. En la medida en que tales

[836] Así ocurre en determinados sectores, como el comercio o la hostelería, que se caracterizan por contar con una fuerte presencia femenina.

circunstancias pueden ser sobrevenidas a la adjudicación de turnos, lo que se concede en estos casos es un derecho a la permuta de los mismos. También se contemplan otras posibilidades como excluir a los trabajadores/as con responsabilidades familiares del sistema de trabajo rotatorio en festivos y fines de semana en el caso de madres con hijos menores de tres años, o concederles prioridad para acceder a un sistema de jornada continuada, derecho que suele aparecer supeditado a las exigencias organizativas y a las características del puesto de trabajo desempeñado.

-El estudio realizado por Valdés Dal-Re[837] sobre el análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva, promovido por UGT, pretende dar respuesta a la Disposición final 5ª de la LOI 3/2007 que establece que, transcurridos cuatro años desde su entrada en vigor, el Gobierno procederá a evaluar, junto a los interlocutores sociales, el estado de la negociación colectiva en materia de igualdad, y a estudiar en función de la evolución habida, las medidas que en su caso resulten pertinentes. Por una parte, el análisis realizado sobre el desarrollo de los DCPL en la negociación colectiva pone de manifiesto lo siguiente:

a) En cuanto a la maternidad, la mayoría de los convenios reflejan sus características más comunes (duración, cuantía prestación, etc.), pero no contemplan otras cuestiones relacionadas con las diferentes formas de ejercer el derecho (por ejemplo, a tiempo parcial) o faltan referencias al compromiso de sustitución del personal de baja por maternidad para evitar que la carga de trabajo recaiga en el resto del personal. Tampoco suele aparecer la garantía de indemnidad ni las mejoras a las que tuvieran derecho en caso de producirse, durante la suspensión del contrato por maternidad o paternidad.

b) En lo que se refiere a la paternidad, todavía existen convenios colectivos que no la regulan, y en la mayoría de los que sí lo hacen no se menciona la encomienda del art. 48 ET, referente a la forma en que debe regularse el preaviso a la empresa, por parte de quienes vayan a hacer uso del derecho. Por otro lado, el número de aquellos que mejoran el derecho o simplemente recogen la ampliación del tiempo de suspensión en determinados supuestos es meramente testimonial.

c) En cuanto al resto de derechos de conciliación, prácticamente la totalidad de los

[837] VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, «Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva». Madrid: Instituto de la Mujer-UGT-Observatorio de Medidas y Planes de Igualdad en la Negociación Colectiva, 2010.

convenios colectivos se refieren, de forma conjunta o dispersamente, a todos y cada uno de los derechos de conciliación previstos por el ET. Su enunciado ha logrado ocupar un espacio propio dentro de la negociación colectiva, ya sea sectorial, a nivel estatal u autonómico, ya sea a nivel de empresa. No obstante, la materia no tiene un tratamiento uniforme, siendo seña de identidad la diversidad sistemática dentro de su articulado, pudiendo encontrarse las medidas de suspensión del contrato, permisos o licencias y excedencias y derechos de reducción de jornada, tanto dentro del título relativo a las medidas de conciliación como en capítulo separado.

d) La mayoría de convenios transcriben literalmente la ordenación del ET, sin introducir modificación alguna, actualizando si acaso su contenido de acuerdo a las novedades legales recientemente introducidas. No obstante algunos se atreven a introducir ciertas variaciones que mejoran la regulación legal: se observa un avance significativo en el desarrollo de cláusulas más innovadoras que incorporan licencias retribuidas no contempladas por el ET, avanzando y ampliando significativamente las posibilidades de conciliación, al no mermar la retribución de quienes las solicita. También se prevén circunstancias adicionales a las dispuestas en el ET que permiten la ausencia del trabajador/a unas horas o unos días, sin disminución de su salario, con el fin de que pueda atender todo un conjunto de deberes y obligaciones ordinarios ligados al cuidado y atención de los familiares, facilitando la conciliación de la vida profesional con la personal.

e) Finalmente, en lo que atañe al ejercicio de los DCPL y las vacaciones, los convenios ya contemplan la posibilidad de disfrutarlas en fecha distinta del año natural si estas coinciden con una IT derivada de embarazo, parto o lactancia natural, o suspensión del contrato por maternidad o paternidad. Sin embargo la asignatura pendiente se refiere a la introducción en los convenios de cláusulas que reconocen el derecho de conciliación como derecho que puede modular la distribución de la jornada laboral, y en este sentido son muy pocos los que se refieren a esta cuestión en concreto**,** y los que lo hacen se limitan a establecer una flexibilidad mínima en el horario de entrada y salida.

En segundo lugar, en cuanto al análisis referido al desarrollo de los DCPL en los Planes de Igualdad (en adelante, PI) pone de manifiesto lo siguiente:

a) La conciliación ocupa un lugar central, considerándose esencial para lograr una mayor igualdad entre mujeres y hombres dentro de las organizaciones empresariales.

No obstante, la mayoría de los derechos de conciliación que se recogen en los PI no responden a un diagnostico previo de situación, tal y como debería ser, sino que o bien reiteran los derechos reconocidos legalmente, o bien incorporan otras medidas originales. Se destacan, así, tres propósitos fundamentales en los PI:

- Difundir información sobre los derechos de conciliación legales, convencionales y los incluidos en los planes de igualdad, para fomentar su ejercicio. Numerosos PI hacen especial hincapié en la sensibilización de los trabajadores/as sobre la importancia de la conciliación con el fin de incrementar su utilización y, además, de lograr una percepción positiva de la plantilla sobre estas medidas.
- Concienciar a los trabajadores/as sobre la importancia de la corresponsabilidad de hombres y mujeres en las tareas familiares promoviendo la participación masculina en los derechos de conciliación, siendo éste un objetivo muy generalizado dentro de los PI.
- Procurar que el ejercicio de los derechos de conciliación no tengan consecuencias negativas en las condiciones laborales.

b) Dentro de lo que son mejoras de las medidas tradicionales, los PI han avanzado significativamente respecto al texto legal y la negociación colectiva general. La más frecuente es la que amplía el tiempo de concesión de los dispositivos legales. Junto a estas acciones, se pueden encontrar de forma aislada medidas más garantistas como la que prevé la acumulación del permiso de lactancia. Finalmente, dentro de las herramientas tradicionales, la más innovadora se refiere a la intensificación de los permisos no retribuidos dentro de los planes de igualdad, posibilitando su utilización para situaciones nuevas, como la asistencia a tratamientos de reproducción asistida o para la tramitación de la adopción internacional.

c) Numerosos PI introducen asimismo medidas originales con respecto a las previstas legalmente en el marco de la conciliación. Así, son varios los que aluden a la duración y preaviso de las reuniones en la empresa, la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de comunicación como instrumentos especialmente idóneos para facilitar la conciliación, o el conjunto de preferencias establecidas en materia de traslado -teniendo en cuenta la situación familiar del empleado/a a la hora de adoptar la decisión- o para atender una petición de reagrupación familiar en el caso de que ambos cónyuges trabajen en la misma empresa. Finalmente, algunos PI recogen

ayudas económicas en las situaciones familiares de cambio o más comprometidas, apoyando de este modo la conciliación.

d) Finalmente, en cuanto a las medidas de reorganización del tiempo de trabajo, la flexibilización del horario se erige en un factor esencial para la conciliación efectiva, adquiriendo una relevancia especial el régimen de ordenación del tiempo de trabajo con medidas que buscan adaptar su distribución a las necesidades personales que demandan la conciliación en línea con el artículo 34.8 ET. A este respecto, se invocan medidas como las acciones de flexibilización de la jornada y de presencia en el puesto de trabajo, atendiendo a las necesidades personales del trabajador/a y a las necesidades organizativas de la empresa. De otro lado, se abre también en algunos casos la posibilidad de reducir la jornada de trabajo, al margen de las causas legales, por motivos personales.

En general, los PI asumen compromisos más concretos en materia de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y conciliación que los convenios colectivos, por lo que se señala que el debate sobre la igualdad efectiva de oportunidades entre mujeres y hombres en la empresa ha de canalizarse a través de la correcta implantación de los PI y su adecuada aplicación, ya que sería un camino de futuro siempre que logren superar los problemas con los que la adopción e implantación de los PI se encuentran[838].

-Por último, el análisis cuantitativo realizado por Molina Hermosilla y Villar Cañada[839] sobre las principales estrategias que presenta la reciente negociación colectiva[840] en materia de igualdad de género, pone de manifiesto el interés creciente de

[838] De un lado, existen una serie de dificultades en origen que limitan la eficacia de los PI:
-Las propias carencias de la regulación legal, que deja en manos de la negociación colectiva la resolución de importantes problemas para la adopción y aplicación de los PI, ignorando las dificultades con las que cuenta y su incapacidad para poder dar solución a cuestiones que la propia Ley no resuelve.
-El contexto de crisis económica que atravesamos es además adverso para la negociación de los PI puesto que condiciona la misma en sentido negativo; el poder empresarial crece frente a una posición de mayor debilitamiento de los trabajadores/as y este hecho constituye un elemento de flaqueza para negociar.
De otro lado, los problemas más comunes detectados en la implantación de los PI se detectan en: el diagnóstico, los contenidos, su articulación en los convenios así como su control legal tanto en el registro como en la implantación.

[839] MOLINA HERMOSILLA, Olimpia y VILLAR CAÑADA, ISABEL M[a], «Tratamiento de la igualdad por razón de género en la reciente negociación colectiva. Análisis de la realidad y propuestas de mejora», *Revista de Derecho Social* 61 (marzo de 2013), pp. 187-212.

[840] Para ello han tomado como muestra Andalucía con la revisión de convenios negociados en 2011, 2012 y los primeros cuatro meses de 2013.

los negociadores por la conciliación, aunque todavía disociada del tiempo de trabajo, y que se refleja en:

a) La progresiva adaptación de los permisos, reducciones y excedencias a los imperativos legales de la LOI 3/2007.

b) Una reciente corriente negociadora que viene a incorporar mejoras con respecto a la misma, por ejemplo, con la creación de nuevos permisos retribuidos y que consisten bien en la ampliación de los días de permiso retribuido que reconoce el art. 37.3 ET; la ampliación de la edad del menor en supuestos de reducción de jornada; bien dispensar un tratamiento mas protector a los supuestos de excedencias derivadas del ámbito familiar y las vinculadas a las situaciones de violencia de género.

c) Una escasa e incluso nula atención a la regulación del tiempo de trabajo como vía para contribuir a la consecución del objetivo de lograr la conciliación. En este sentido los convenios se remiten en bloque a la legalidad vigente.

d) En cuanto a las causas de suspensión de la relación laboral que tiene origen en ejercicios de DCPL, se trata de una materia que sigue mereciendo una atención residual, limitándose a reproducir la regulación legal.

e) En el tratamiento convencional de las vacaciones y su vinculación con el ejercicio de los DCPL siguen siendo minoría los convenios que incorporan en su articulado la previsión que en su día introdujera la LOI 3/2007;

f) En cuanto al permiso de lactancia, la negociación colectiva más reciente no está incorporando aun en términos generales la modificación realizada al art. 37.4 ET por la Ley 3/2012 al adaptar a la normativa nacional la jurisprudencia europea *Asunto Roca Alvarez* y que supone la formulación neutra del derecho. No resulta significativa la proporción de convenios que establecen la posibilidad de disfrutar del permiso de lactancia de manera acumulada, si bien se observa una tendencia creciente a ir incluyendo esta posibilidad en sede negocial, ampliándose también la edad del menor hasta los 10-12 meses.

g) En cuanto a las situaciones derivadas de la violencia de género y las implicaciones laborales que pueden llevar aparejadas, por ejemplo adaptaciones de jornada, movilidad geográfica o excedencias, la negociación colectiva sigue dispensando a esta materia una escasa atención limitándose casi exclusivamente al sector público.

h) Al mismo tiempo evidencian la existencia, por una parte, de convenios de sectores productivos fuertemente masculinizados que se caracterizan por la consecución

de días puntuales de permisos retribuidos o ampliación de los que ya existen. Por el contrario, en los convenios de sectores feminizados se observa un interés creciente en el tratamiento de los tiempos de trabajo. Esta visión reducida de la negociación colectiva en cuanto a la conciliación y la regulación del tiempo de trabajo podría corregirse con un tratamiento adecuado, cualesquiera que sean los sectores, y potenciando el ejercicio de los DCPL en el colectivo de trabajadores varones, que son los que presentan un déficit en su ejercicio, haciendo posible que estos se impliquen cada vez más en las labores de cuidado.

En resumen, para las autoras queda aún un largo camino por recorrer en la adecuada implementación del principio de igualdad por razón de género en nuestra negociación colectiva. Si bien las leyes de igualdad nacional y autonómicas han supuesto la base del desarrollo experimentado en estos últimos años, resulta inevitable poner de relieve lo limitado del mismo. Así pues, aunque se observan algunos avances en aspectos de la conciliación como la mejora de la duración y/o condiciones de los permisos y reducciones, e incluso el reconocimiento de nuevos permisos vinculados a este ámbito**,** los resultados de la igualdad por razón de género en nuestros convenios siguen siendo limitados en cuando a la utilización de lenguaje no sexista, prevención de riesgos laborales -con la única excepción de la salud reproductiva-, y formación profesional. Además, la autoridad laboral no ejerce debidamente el control de la legalidad durante la fase de depósito del convenio.

En conclusión, a la vista de los diferentes estudios realizados podemos decir que las limitaciones descritas en el apartado primero, cuando examinábamos los aspectos teóricos de la negociación colectiva en relación con los DCPL, encuentran su reflejo en las conclusiones de los diferentes estudios doctrinales que hemos referido. Todo ello nos suscita las siguientes reflexiones:

En cuanto a las cuestiones a mejorar, debemos subrayar la falta de interés de los negociadores/as en esta materia, que se evidencia en primer lugar con la deficiente adaptación a la legislación vigente de muchos convenios, o, en sentido contrario pero igualmente limitado, la mera transcripción literal de la normativa. Tampoco parece que la autoridad laboral preste demasiada atención al control de la legalidad en esta clase de cuestiones. Por otro lado, continúa perpetuándose la discriminación por razón de sexo/género en los convenios, lo que se manifiesta principalmente con la redacción de

medidas de conciliación dirigidas aún hoy de forma exclusiva a las mujeres. Además, la propia negociación colectiva en los sectores productivos masculinizados sigue teniendo una versión de la conciliación reducida al desarrollo de permisos de corta duración para cuestiones de carácter personal, mientras que en los más feminizados se demandan medidas de conciliación que permitan auto-gestionar el tiempo de trabajo. Así pues, existen diferentes valoraciones de la conciliación en función del género, de forma que se hace preciso un tratamiento unificado que, a su vez, vincule las medidas conciliatorias con su finalidad última, la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. En este sentido, la negociación colectiva debe abandonar la perspectiva diferenciada por sexos, desarrollando estos derechos bajo el enfoque de la corresponsabilidad y cumpliendo así el mandato de la LOI 3/2007. No obstante, serían aconsejables herramientas de acción positiva para incentivar el ejercicio de los DCPL por los trabajadores varones. Todo ello nos lleva a considerar que resulta necesaria la presencia de especialistas en género en el proceso de negociación colectiva; al igual que ocurre con otras materias como la violencia de género, en la que se requiere un asesoramiento especializado en todos los niveles de actuación (policial, político, periodístico, legislativo, etc.), se hace imprescindible que la articulación de la perspectiva de género en los convenios colectivos se desarrolle eficazmente de la mano de expertos/as.

Otra tarea pendiente es el desarrollo de la conciliación de la vida personal y laboral, más allá de las labores de cuidado estrictamente familiares; aspecto que empieza a implementarse en la negociación colectiva y, aún en mayor medida, en los PI. Al mismo tiempo existe a día de hoy un desarrollo muy limitado de las previsiones de la LOI 3/2007 en cuanto al desarrollo del art. 34.8 ET por la negociación colectiva, aunque de forma minoritaria aparecen algunas fórmulas originales para la flexibilización horaria.

Por último, y al igual que ocurre con el ámbito de la Administración Pública donde se están desarrollando mas fácilmente derechos de conciliación de segunda generación, también a través de la negociación colectiva se materializan diferentes rangos dentro de los trabajadores/as: por una parte los especialmente cualificados que forman parte de empresas con convenio y/o Plan de Igualdad propios, los cuales cuentan con un mejor desarrollo de los DCPL; por otra parte, el resto de trabajadores/as del ámbito privado afectados por convenios sectoriales que, tal y como hemos visto, continúan sin ninguna mejora respecto de la regulación legal.

En todo caso, y pese a las numerosas limitaciones, lo cierto es que la conciliación ha ido abriéndose paso tanto en la negociación colectiva como –sobre todo- en el desarrollo de los PI de las empresas, lo que demuestra su importancia y pone de manifiesto su condición de necesidad vital y derecho fundamental laboral, según veremos a continuación.

CAPÍTULO IV: LA CONFIGURACIÓN DE UN NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

1. LA PROGRESIVA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

1.1. Introducción

A lo largo del proceso de conceptualización del derecho a la conciliación como nuevo derecho fundamental que abordamos en este capítulo acudimos a dos referentes fundamentales: por una parte, es sabido que la interpretación de los derechos fundamentales ha de realizarse conforme a los tratados internacionales en virtud de lo establecido en el art. 10.2 CE. De ahí que en este apartado nos propongamos profundizar en los compromisos internacionales suscritos por España, ya que a la hora de interpretar los derechos fundamentales, el derecho internacional resulta un instrumento obligado que no sólo va a procurar su garantía frente a posibles intromisiones del legislador por vía ordinaria, sino que constituye un referente en el proceso de construcción e interpretación de los mismos. Por otro lado, la labor interpretativa del TC, de especial relevancia y a la que dedicaremos el segundo apartado, ha reconocido la dimensión constitucional de los DCPL, como veremos, con sus aciertos y limitaciones, considerando que éstos son como parte del contenido esencial del principio de igualdad y no discriminación, art. 14, así como del principio rector de la protección de la familia, e incluso como garantía final del propio principio de la dignidad y desarrollo de la personalidad, art. 10.1 CE.

En nuestra CE, el valor jurídico de los tratados se reconoce tanto en el art. 10.2 CE como en el art. 96 CE. El artículo 96.1 CE, y en el mismo sentido el artículo 1.5 CC,

establecen que las normas internacionales ratificadas, una vez publicadas, forman parte del ordenamiento interno[841]. Además, no pueden ser modificadas, derogadas o suspendidas si no es por los procedimientos habilitados en los propios convenios internacionales o en las normas generales del Derecho internacional, adquiriendo con carácter general un nivel jerárquico en el sistema de fuentes superior a las leyes internas e inferior al texto constitucional[842]. A través de dicho artículo, estas normas "se imponen a todos los poderes del Estado, generan efectos obligatorios hacia sus destinatarios y, en cuanto dotados de una especial rigidez, sirven de parámetro interpretativo del propio ordenamiento"[843]. Por lo tanto, el art. 96 CE incorpora los tratados internacionales al ordenamiento interno y al bloque de constitucionalidad, operando pues en el ámbito infraconstitucional. Pese a ello, debemos subrayar que el TC ha venido manteniendo una postura restrictiva en relación con el juego de estos dos preceptos: así, considera que la vinculación al derecho de la Unión no se realiza con fundamento en el al art. 93 CE, sino en el art. 10.2 CE, que se constituye como fundamento exclusivo de la eficacia, en sede constitucional, de los derechos fundamentales en el marco de la UE. Figueruelo Burrieza[844] critica esta postura defensiva, y considera que cuando el ordenamiento jurídico comunitario está en juego, el criterio interpretativo a manejar es el del art. 93 CE, del que trae su base la primacía del derecho de la Unión.

En todo caso, el art. 10.2 CE establece que "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". El objeto

[841] España ratifico el 2 de mayo de 1972 la convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969, en la que se dispone que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" (parte III.27).

[842] Así se afirma incluso en la reciente Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales en su artículo 31, dedicado a la prevalencia de los tratados, que establece lo siguiente: "Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional".

[843] LEÓN BASTOS, Carolina, "*La interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*". *Cit*. pp. 112.

[844] FIGUERUELO BURRIEZA, Angela, «El "diálogo aparente" entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Luxemburgo. Comentarios a propósito de la STC que resuelve el recurso de amparo núm. 6922-2008 (Caso Melloni)», en *Derechos y Libertades en la sociedad actual,* (Dir. Figueruelo Burrieza, Ángela, Coord. León Alonso, Marta), (Granada: Comares, 2014).

de este artículo es pues evitar que la actuación de los poderes públicos vacíe de contenido el contenido del catálogo de derechos constitucionales a través del llamado 'control de convencionalidad', que por parte de los tribunales españoles se aplica de forma mitigada o indirecta[845] –por vía interpretativa- garantizando al menos un canon hermenéutico, de conformidad con los tratados internacionales, para los derechos reconocidos en nuestra CE. Como dice la STC 91/2000, de 30 de marzo, la cláusula del art. 10.2 CE "expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado", lo cual explica a su vez "la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (…) y muy singularmente el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo". Por lo tanto, los tratados sobre derechos humanos se sitúan en el mismo plano que la Constitución, atribuyéndoles el art. 10.2 CE una posición superior y diferente de la que les otorga el art. 96 CE. Estos derechos por tanto, operarán en el plano constitucional. Al mismo tiempo, el art. 10.2 CE vincula a todas las instituciones del Estado y puede ser invocado por los particulares a fin de que aquéllas legislen, ejecuten y juzguen, de conformidad con los instrumentos internacionales[846].

Por lo que respecta al ámbito de aplicación del artículo 10.2 CE, como explica León Bastos[847], aunque algunos autores han entendido que ha de regir sólo para los

[845] JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, 1ª (Navarra: Aranzadi, 2013).

[846] LEÓN BASTOS, Carolina, *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*. pp. 115.

[847] Ibid. pp. 122-124.

derechos contenidos en el Capítulo II del Título I de la CE, otros como Saiz Arnáiz[848] defienden un contenido amplio de los términos "derechos fundamentales y libertades", puesto que entienden que el canon hermenéutico del artículo 10.2 CE ha de proyectarse sobre todos los derechos del Título I CE, con independencia de cuál sea su posición en la sistemática en él; así, es de destacar que el TC ha incluido al Capítulo III dentro de los derechos susceptibles de esta interpretación[849]. Para la autora, la pauta hermenéutica del 10.2 CE resultaría de aplicación a todas las normas del ordenamiento jurídico español que incidan sobre derechos fundamentales, cualquiera que sea la naturaleza de éstos, con independencia de que puedan recogerse en uno u otro apartado, capítulo o sección del articulado constitucional. Por tanto, entiende que no es necesario cerrar el catálogo de derechos de manera que resulte imposible considerar los que se encuentren fuera de él como fundamentales; en tal sentido, incluso uno de los que no se hayan incluido en el catálogo constitucional puede ser interpretado según los Tratados internacionales sobre derechos humanos. Salcedo Beltrán[850], por su parte, afirma que entender que sólo los derechos fundamentales tienen que interpretarse de acuerdo con los tratados internacionales supone no tener presentes los compromisos adquiridos por España en cuanto a la aplicación del derecho internacional, que en ningún caso se supeditan a que un derecho sea caracterizado de una forma u otra.

En cuanto al grupo de tratados a que se refiere el art. 10.2 CE, serían todos aquellos relativos a los derechos referidos en el Título I de la CE, tal y como ha establecido el TC[851] situándolos como fuente interpretativa-integrativa del propio texto constitucional. Así, se admite utilizar, como decimos, con propósitos hermenéuticos cualquier tratado que incida en los derechos fundamentales, incluso aunque no haga un reconocimiento directo de los mismos. León Bastos[852] señala que el TC ha utilizado, si

[848] SAIZ ARNAIZ, Alejandro, «Art. 10.2 CE. La interpretación de los derechos fundamentales y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos», en *Comentarios a la Constitución.* (Dirs. Casas Bahamonde, M.ª Emilia, Rodríguez-Pinero Bravo-Ferrer, Miguel), (Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008), pp.195.

[849] STC 215/1994, de 14 de julio sobre el artículo 49 referente a los disminuidos psíquicos; y la STC 199/1996, de 3 de diciembre con el artículo 45 sobre el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado.

[850] SALCEDO BELTRÁN, Carmen, «Incumplimiento por España de los Tratados Internacionales: Carta Social Europea y período de prueba», Revista de Derecho Social 64 (diciembre de 2013), pp. 119-134.

[851] STC 36/1991, de 14 de febrero.

[852] LEÓN BASTOS, Carolina, *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*. *Cit*. pp.142-148.

bien con reticencias, el art. 10.2 CE para conectar el ordenamiento jurídico interno con una serie de declaraciones, recomendaciones, resoluciones, decisiones, informes de distintos órganos administrativos y judiciales, etc., algunos de los cuales no tienen la naturaleza jurídica de los tratados *strictu sensu*, incluso carecen de fuerza vinculante, pero a pesar de ello, positivizan valores, principios y exigencias normativas en materia de derechos fundamentales. De esta forma, por ejemplo, el TC ha utilizado lo contenido en resoluciones internacionales cuya naturaleza jurídica es meramente recomendativa y también ha tomado como referencia ciertos tratados que no han sido ratificados por España. En consecuencia, el TC ha optado por la posible utilización con propósitos hermenéuticos de cualquier tratado que de un modo u otro incida en la materia. Dentro de este grupo han de incluirse por supuesto, como explica Guamán Hernández[853], los Convenios OIT, que tienen una incidencia notable en el terreno de los derechos de los trabajadores/as[854] o, de manera amplia, los relativos a los derechos sociales. De todos modos hay que señalar que el control de convencionalidad aún no se encuentra lo suficientemente asumido y desarrollado por los órganos judiciales en nuestro país, y autores como Jimena Quesada[855] abogan por profundizar en él, al considerarlo no sólo plenamente factible, sino exigible por parte de los operadores jurídicos. Para ello sería necesario fortalecer el diálogo entre las jurisdicciones nacionales y los órganos nacionales e internacionales de garantía y trabajar en la formación de los órganos jurisdiccionales, con el fin de que tomen conciencia de que ese control no es competencia exclusiva de aquéllos.

El papel de la jurisprudencia de los órganos de control de los tratados internacionales, como ha declarado nuestro TC, también opera, por vía del 10.2 CE, como denominador común estableciendo elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo, además de como canon de interpretación[856]. García Murcia[857]

[853] GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, «Los desencuentros entre el Tribunal Constitucional y las normas internacionales a propósito de la Ley 3/2012 (sobre el derecho al trabajo y las SSTC 119/2014 y 8/2015)», Revista de Derecho Social, n.º 70 (junio de 2015), *Cit.* pp.149-172.

[854] El Tribunal Constitucional hace referencia a los mismos en unas cuarenta sentencias. Entre otras, la STC 197/1998, de 13 de octubre (fundamento jurídico 3).

[855] JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos. Cit.*

[856] Dictamen TC 1/2004; STC 61/2013, de 14 de marzo de 2013; Auto 222/1994, de 11 de julio de 1994.

sostiene que, si bien las sentencias del TEDH son declarativas, los Estados firmantes del Convenio están obligados a su cumplimiento efectivo adquiriendo fuerza vinculante entre estos con el fin de que ajusten su sistema legal, administrativo y judicial a los criterios del TEDH. La doctrina del TEDH genera, además, una jurisprudencia que cumple funciones complementarias y preventivas y que crea una doctrina que pasa a formar parte, de alguna manera, del propio CEDH. Tiene, pues, el valor de la jurisprudencia dentro del ámbito de aplicación del Convenio, como respuesta a las cuestiones de interpretación y aplicación suscitadas por dicho cuerpo normativo y debe ser seguida tanto por los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, que deben acomodar a la jurisprudencia del TEDH su tarea de interpretación y aplicación de esa clase de derechos y libertades, como por el TC al juzgar sobre los derechos fundamentales de nuestra Constitución que figuren al mismo tiempo en el CEDH. Además puede ser muy útil para dar sentido al sistema interno de derechos fundamentales, habiéndose convertido en una guía prácticamente imprescindible para la labor interpretativa del TC, que en muchos casos ha servido también para la reinterpretación o actualización de esos derechos, así como para el descubrimiento dentro de los mismos de nuevas facetas o ingredientes suplementarios, para desgranar su contenido complejo. De la misma forma, y como ha afirmado el TC[858], la doctrina de otros órganos de control como los Comités de la OIT, la CEARC o el CEDS también deben ser atendidos como canon interpretativo de los derechos constitucionalmente reconocidos. Salcedo Beltrán [859] afirma que las interpretaciones y resoluciones que dicta el CEDS son jurisprudencia, por lo que en ningún caso se ha de relativizar la vinculación a sus interpretaciones y resoluciones. Centrados en el ámbito laboral, la propia LRJS 36/2011 introduce en el art. 219.2 la posibilidad de alegar como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas tanto por el Tribunal Constitucional como por los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España**,** siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior

[857] GARCÍA MURCIA, Joaquín, «Virtualidad en el ordenamiento laboral de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», Actualidad Laboral, Nº 6, Sección Estudios, Junio 2014, Editorial La Ley.

[858] STC 61/2013, de 24 de marzo.

[859] SALCEDO BELTRÁN, Carmen, «Incumplimiento por España de los Tratados Internacionales: Carta Social Europea y período de prueba», *Cit,* pp.119-134.

referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión ha mantenido una doctrina constante en torno a la primacía del Derecho comunitario, lo que ha conducido a una cierta uniformidad del valor de los derechos fundamentales, reconociendo que estos forman parte del ordenamiento comunitario como principios generales que deben respetarse, de manera que se tiende hacia una identidad entre el ordenamiento jurídico comunitario y los ordenamientos internos[860] -si bien esa labor de homogeneización conlleva el riesgo de rebajar el estándar nacional, como ha ocurrido en el *Asunto Melloni* C-399/11[861]-. En este sentido, con la Carta de Niza se abren nuevas posibilidades en cuanto a la potencialidad de los derechos, al otorgarle el Tratado de Lisboa eficacia jurídica vinculante. Tur Ausina[862] afirma que, en materia de derechos sociales, el carácter expansivo de la Carta se proyecta hacia los Estados, lo que significa, y así lo ha entendido la doctrina científica, que con la incorporación de estos derechos a los Tratados aquéllos tendrán su misma fuerza y podrían llevar al juez nacional a seguir (incluso en lo no comunitario) sus previsiones cuando resulten más favorables, de acuerdo con la tendencia de la justicia a buscar la ordenación jurídica más generosa. Por tanto, se abren nuevas expectativas en los Estados, particularmente en la consideración de ciertos derechos sociales que en el ordenamiento español no están reconocidos actualmente como "fundamentales" sino como simples principios rectores.

Una última cuestión a abordar con carácter previo, si bien someramente, es la de la inserción de derechos fundamentales en el ordenamiento español, por medio del art. 10.2 CE. León Bastos[863] afirma que se trata de un asunto discutido, puesto que mientras

[860] ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario, *Derecho Constitucional*. *Cit.* pp. 154.

[861] Frente a la interpretación del TC, en el sentido de que el artículo 53 de la CDFUE autoriza de forma general que un Estado miembro aplique el estándar de protección de los derechos fundamentales garantizado por su Constitución cuando sea más elevado que el derivado de la Carta, y oponerlo en su caso a la aplicación de disposiciones del Derecho de la Unión, el TJUE negó de plano esta interpretación, argumentando que menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión y que, según jurisprudencia asentada, "la invocación por un Estado de las disposiciones del Derecho nacional, incluidas las de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado".

[862] TUR AUSINA, Rosario, «Luces y sombras de los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», Revista Europea de Derechos Fundamentales, n.º 13 Semestre 2009. pp. 323-349.

[863] LEÓN BASTOS, Carolina, *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*. *Cit*. pp. 129-139.

un sector de la doctrina sostiene que el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución constituye una tabla cerrada, otra parte defiende que el art. 10.2 CE supone la cláusula de apertura capaz de incorporar nuevos derechos. En opinión de la autora, si el 10.2 CE introduce dos niveles de protección de derechos, el nacional y el internacional, parecería acertado concebir los tratados internacionales sobre derechos humanos como normas que, de alguna manera, desarrollan materialmente los derechos fundamentales. Y dado que no es posible incluir una lista exhaustiva de derechos fundamentales en la CE, ya que la evolución social puede demandar el reconocimiento de nuevos derechos -como está ocurriendo, por ejemplo, con el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral- este proceso de apertura podría venir de la mano de los propios tratados internacionales en virtud del art. 10.2 CE. Se trataría de tomar los derechos fundamentales allí contenidos y ampliar la interpretación de los derechos que ya se encuentran dentro de la Constitución. Así pues, aunque el art. 10.2 CE no supone un canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos, sí es una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de estos derechos[864]. Con carácter general, nuestro TC ha mantenido que los tratados internacionales no pueden crear nuevos derechos fundamentales en el ordenamiento español[865], lo que significa que la vulneración de un derecho reconocido sólo mediante tratado internacional, sin su equivalente en la CE, no determina la inconstitucionalidad de las leyes, ni puede ser objeto de recurso de amparo. La "constitucionalización" que permite el art. 10.2 CE es la de la interpretación, es decir, el nuevo alcance del contenido, el desarrollo adecuado que siguiendo los parámetros de los tratados internacionales, o la jurisprudencia del órgano internacional encargado, según sea el caso, se le otorgue al derecho fundamental comprendido en la Constitución. No obstante, aunque el art. 10.2 CE no otorga rango constitucional a los derechos y libertades internacionales proclamados en cuanto no estén también consagrados en nuestra propia Constitución, como decimos, sí obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte de alguna forma en el contenido

[864] STC 64/1991, de 22 de marzo.

[865] En este sentido por ejemplo la STC 36/1991, de 14 de febrero FJ5 o la STC 36/1991, de 14 de febrero FJ5.

constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia nuestra CE[866]. Por tanto, el art. 10.2 CE imposibilitaría una interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos que sea regresiva respecto de los reconocidos en el ámbito internacional en tratados ratificados por España[867]. Ciertamente, en el caso que nos ocupa, aunque el derecho fundamental a la conciliación de la vida personal y laboral tiene, de momento, un corto recorrido en cuanto a su proceso de constitucionalización, entendemos que la reinterpretación del mismo a la luz de los tratados no supondría el reconocimiento de un nuevo derecho fundamental sin equivalente en la CE, - como ya hemos visto, el TC a través de su doctrina (STC 3/2007 y 26/2011) ha configurado la dimensión constitucional de este derecho a la conciliación como una de las extensiones del principio de igualdad y no discriminación-. Se trataría mas bien de completar toda su dimensión constitucional a la luz de los tratados internacionales para reconocer así la total amplitud del derecho. En este sentido, el art. 10.2 CE actuaría como una "cláusula de reintegración", dirigida a lograr una más perfecta configuración de los derechos fundamentales en el futuro en función de las necesidades que vayan emergiendo a la conciencia social política, es decir, que dicho artículo jugaría un papel de desarrollo en plenitud de estos derechos fundamentales, puesto que posibilita el descubrimiento de nuevos aspectos de los mismos. Así pues, si bien el art. 10.2 CE no puede suponer una constitucionalización de nuevos derechos fundamentales, "lo que sí es evidente es que la interpretación que se hace del derecho fundamental enumerado en la CE, sí se constitucionaliza, en la medida en que este derecho es desarrollado. Este nuevo alcance del derecho sí forma parte de la protección otorgada por la Constitución al derecho fundamental original, que ciertamente no cambia, por ninguna circunstancia su contenido esencial; se trata de una "ampliación del derecho, de una nueva interpretación que lo que busca es precisamente ampliar la protección bordeando el derecho, y resguardando aquellas aristas del mismo que no se han tenido en cuenta anteriormente"[868].

[866] El TC (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ8; STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3 b)) ha declarado: los tratados y acuerdos internacionales "constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce", de suerte que habrán de tomarse en consideración "para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que... ha reconocido nuestra Constitución".

[867] GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, «Crisis económica y crisis del Derecho del Trabajo: ¿hacia un antiguo modelo de relaciones de trabajo?», *Cit.*

[868] LEÓN BASTOS, Carolina, La interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Cit. pp. 139.

Finalmente debemos hacer dos precisiones antes de acabar esta introducción. La primera es aclarar que, en el análisis de la dimensión internacional que abordaremos a continuación, vamos a considerar todos aquellos aspectos que, a nuestro entender, forman parte del derecho a la conciliación más allá del cuidado familiar y la maternidad. Creemos que ello resulta coherente con la propia definición dada por la LOI 3/2007 en su artículo 44 a los DCPL, la cual a su vez hemos desarrollado a lo largo de los capítulos primero y tercero tratando de arrojar luz sobre el proceso de conceptualización de los derechos de conciliación de la vida personal y laboral. Nos proponemos, por tanto, en este apartado, extraer el sustrato de fundamentalidad del derecho a la conciliación de la vida personal y laboral procedente de toda una serie de compromisos internacionales asumidos por España –inclusive también los aún no ratificados-, una labor que, como decimos, resulta necesario abordar con carácter previo al propio proceso de conceptualización de este nuevo derecho fundamental.

La segunda precisión se refiere a que hemos agrupado los diferentes textos en virtud de las instituciones internacionales consultadas: OIT, Consejo de Europa, ONU y Unión Europea, ya que de esta forma creemos que, además de la propia evolución en el proceso de internacionalización del derecho, se puede observar con mayor claridad la implicación y el enfoque de cada una de las instituciones en la defensa y promoción de este derecho. Así, de cara a una mejor sistematización y consulta, se ha realizado además un cuadro resumen, Anexo nº VII de los diferentes tratados, declaraciones, convenios, que, tanto de forma implícita en los primeros años, como ya de manera más explícita una vez el derecho va adquiriendo importancia y desarrollo conceptual, introducen diferentes manifestaciones del mismo.

1.2. El derecho internacional aplicable como pauta hermenéutica en la configuración del derecho a la conciliación

Comenzamos por analizar la normativa dictada el seno de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, dado que se ha constituido como una de las vías fundamentales de acción tanto para promover la igualdad entre los trabajadores y

trabajadoras como para mejorar sus condiciones de trabajo y de vida. La normativa en la que se contemplan aspectos relacionados con la conciliación es fundamentalmente la que sigue:

A) Convenios sobre protección de la maternidad:

-Convenios nº 103 (1952)[869] y nº 183 (2000)[870]: de aplicación únicamente a las mujeres trabajadoras, el Convenio nº 103 previene de la exposición a riesgos de seguridad y salud durante el embarazo y después del mismo, establece un descanso de maternidad de 12 semanas con derecho a prestación económica y médica, así como el de interrumpir la jornada de trabajo por la lactancia y un derecho garantizado a reincorporarse al trabajo tras la licencia de maternidad, junto con la prohibición del despido durante dicho descanso. El Convenio nº 183 revisa el anterior ampliando la licencia a 14 semanas con una retribución no inferior a dos tercios de las ganancias anteriores de la mujer, debiendo financiarse mediante un seguro social o con cargo a fondos públicos. Extiende la prohibición del despido al periodo correspondiente al embarazo y la lactancia (art.9) y establece que la carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo, o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador/a.

B) Convenios y resoluciones sobre igualdad de trato y de oportunidades en el trabajo de mujeres y hombres:

-Convenio nº 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (1958):[871] su art. 2 establece la obligación de los Miembros de formular y llevar a cabo una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades y de trato en materia

[869] Entrada en vigor: 07 septiembre 1955. Ratificado por España el 17 agosto 1965. Convenio superado por el actual convenio nº 183.

[870] Convenio que no se encuentra aún ratificado por el Estado Español, al igual que el Convenio OIT que equipara las trabajadoras domésticas a efectos de reconocimiento de la prestación de desempleo. No se entiende bien la actitud del Gobierno español, pese a los requerimientos del director de la OIT en España en este sentido.

[871] Ratificado por España el 06 noviembre 1967.

de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación[872] a este respecto**.**

-Convenio nº 156 sobre igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares (1981) [873]: se trata de un convenio ratificado inicialmente por tres países escandinavos, Suecia, Noruega y Finlandia, y que hoy han ratificado 40 países, entre ellos España. Reconoce de forma expresa el derecho de los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares a no ser discriminados en materia de empleo, de manera que las cargas familiares no puedan suponer un lastre en la carrera profesional. El Convenio ordena a cada Miembro incluir entre sus objetivos de política nacional el desarrollo de medidas que permitan a las personas con responsabilidades familiares desempeñar un empleo, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales (art. 3). Es sin duda, tanto por la época en que se dicta como por la desvinculación del cuidado con el sexo femenino, un convenio completamente adelantado a su tiempo[874]. Podría entenderse como una interpretación evolucionada de la prohibición clásica de discriminación por razón de sexo en el empleo del Convenio nº 111, donde se intuye el enfoque de la corresponsabilidad y los derechos de conciliación de titularidad indistinta. No hay que obviar el hecho de que este Convenio se enmarca dentro de los convenios y resoluciones sobre igualdad de trato y de oportunidades en el trabajo de mujeres y hombres. No obstante, habría sido aconsejable que la acepción "responsabilidades familiares" se hubiese desarrollado con la discriminación sexo/género en el propio contenido del convenio, recordando que las labores de cuidado siguen estando asociadas

[872] Respecto del término "discriminación", el Convenio define la misma como:
(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

[873] Entrada en vigor el 11 de agosto de 1983.

[874] Recordemos que no ha sido hasta el año 2011 cuando nuestro TC ha reconocido en la STC 26/2011 la prohibición de discriminación por causas familiares, echándose en falta en dicha sentencia una referencia a derecho internacional, concretamente a este Convenio o al art. 27 de la CSE.

con el género femenino. Así, parece deducirse, según indica García Rubio[875], la idea de las cargas familiares como una causa autónoma merecedora de protección ante la discriminación que se manifiesta en la necesidad de la OIT de aprobar este Convenio para referirse de forma explícita "a las distinciones fundadas en las responsabilidades familiares" -pese a existir otros Convenios de la OIT, como el nº 111-; y por otro, en el reconocimiento de la necesidad de conseguir la igualdad efectiva entre los trabajadores de uno y otro sexo con responsabilidades familiares -pero, añade, "al igual que entre éstos y los demás trabajadores"-.

-Resolución relativa a la igualdad de género como eje del trabajo decente (2009), adoptada en la 98ª reunión de la CIT (Ginebra), párrafos 6 y 42: aunque la OIT no ha desarrollado aun normas sobre la licencia de paternidad, esta resolución reconoce que las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar interesan a los hombres y a las mujeres e insta a los gobiernos a formular políticas adecuadas que permitan equilibrar mejor las responsabilidades laborales y familiares, incluir la licencia de paternidad y/o parental, y prever incentivos para que los hombres las aprovechen.

C) Convenios sobre seguridad y salud de los trabajadores/as:

-Convenio nº 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores (1981): De aplicación en todas las ramas de actividad económica y a todos los trabajadores/as, resulta interesante porque define el concepto salud en relación con el trabajo, considerando ésta no sólo como la ausencia de afecciones o de enfermedad, sino también con los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y que están directamente relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo. Y es que actualmente existen cada vez más estudios que demuestran la relación entre las políticas de conciliación que recaen exclusivamente sobre las mujeres, y que invitan a la realización de lo que se conoce como la doble jornada femenina, con el progresivo deterioro de la salud, amén del estrés físico y mental que causa entre trabajadores y trabajadoras la falta de medidas adecuadas de conciliación que no permiten compatibilizar adecuadamente la vida personal con la vida profesional.

[875] GARCÍA RUBIO, Mª Amparo, «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada», *Cit.* pp.1-30.

D) Convenios sobre políticas de empleo:

-Convenio nº 122 sobre la política del empleo (1964): Establece como objetivo de mayor importancia la obligación de formular y llevar a cabo una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido. En este sentido el Convenio dispone que se deberá garantizar, entre otras cosas, la libertad de las personas trabajadoras para escoger empleo así como todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocuparlo, y de utilizarla en él, junto con las facultades que posea, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social. Es evidente, por tanto, que sin el establecimiento de políticas de conciliación adecuadas, que permitan realmente compatibilizar responsabilidades familiares y laborales -sin apartar a las personas de su puesto de trabajo-, así como medidas de conciliación que fomenten la corresponsabilidad de ambos sexos en el cuidado; o permisos que posibiliten, dentro del trabajo, adquirir la formación necesaria para acceder al puesto deseado, este objetivo del pleno empleo productivo y libremente elegido no puede materializarse y seguirán siendo las mujeres las que sufran principalmente la merma en la calidad del trabajo. De hecho es durante la década de los 90 cuando comienzan a elaborarse en el seno de la Unión las primeras normas y recomendaciones a los Estados que buscan incentivar el empleo femenino a través de las políticas de conciliación, y que como se ha visto, al aplicarse sin la necesaria perspectiva de género, han acabado situando a las mujeres en empleos a tiempo parcial y de baja calidad reforzando su situación de discriminación.

E) Convenios sobre la formación profesional:

-Convenio nº 140 sobre la licencia pagada de estudios (1974): Establece la necesidad de educación y formación permanentes de los trabajadores/as, con el propósito de que estos puedan responder a los nuevos objetivos, aspiraciones y necesidades de carácter social, económico, tecnológico y cultural. En ese sentido la licencia pagada de estudios, concedida a los trabajadores/as, con fines educativos, por un período determinado, durante las horas de trabajo y con pago de prestaciones económicas adecuadas, es un medio que permite responder a las necesidades reales de cada trabajador/a en la sociedad contemporánea. Se prohíbe la discriminación en su

concesión por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social (art. 8) y se indica que deberán establecerse disposiciones especiales para aquellos trabajadores/as que tengan dificultad para ajustarse al sistema general, como por ejemplo los que asuman responsabilidades familiares (art. 9).

Pasamos a continuación a referiros a la normativa aprobada en el seno del Consejo de Europa, donde encontramos, en primer lugar, el Convenio Europeo de Derechos Humanos**,** aprobado en 1950, que tiene por objeto proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados miembros, y controlar judicialmente el respeto de dichos derechos individuales. El CEDH ha cumplido una función importante, cual es la de "romper en el ámbito europeo la tradicional separación rígida entre el Derecho internacional y el Derecho interno, y en un campo tan significativo como lo son los derechos fundamentales"[876]. El CEDH está inspirado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en él ostentan el valor de principios generales del ordenamiento jurídico de la Unión Europea**.** Aunque se trata de un convenio genérico, sin apenas contenido laboral, se puede decir que ha tenido una amplia aplicación en el ámbito del trabajo para la protección de los denominados derechos inespecíficos. Así lo afirma García Murcia[877], considerando que el CEDH reviste una importante dimensión laboral y social que ha tenido su reflejo a través de la institución de su órgano aplicativo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al que los particulares pueden dirigir sus reclamaciones mediante demanda en la que aleguen la vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio, si bien deberán haberse agotado los recursos internos previamente. Cabe señalar por último que, aunque el CEDH representa uno de los pilares para la interpretación de los derechos fundamentales, nuestro Tribunal

[876] LEÓN BASTOS, Carolina, *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Cit*. pp. 161

[877] En primer lugar, por el conocido fenómeno de progresiva irradiación de los derechos de carácter general en el ámbito específico de las relaciones de trabajo, de tal modo que hoy en día nadie duda de que gran número de esos derechos, sin dejar de ser derechos civiles o políticos, son también derechos laborales, por cuanto sus efectos se dejan notar de modo inevitable en el ámbito particular de las relaciones de trabajo. A su vez, esta dimensión también se desprende de alguno de los ingredientes específicos que a veces se reconocen en el interior de determinados derechos de alcance general, como acontece señaladamente con las libertades de reunión y asociación, entre las que se incluye de modo explícito el derecho de «sindicación». Por último, tal dimensión deriva asimismo de la posibilidad, cierta y contrastada, de utilizar muchos de esos derechos de corte general para atender necesidades o problemas ligados al trabajo, como es el caso, entre los más significativos, de la libertad de circulación, de la prohibición de discriminación o incluso del derecho a un proceso equitativo. Ver en: GARCÍA MURCIA, Joaquín, «Virtualidad en el ordenamiento laboral de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cit*.

Constitucional se ha inclinado más por estudiar la jurisprudencia dictada por el TEDH que por analizar los artículos propios de este documento[878]. El CEDH no reconoce propiamente un derecho a la conciliación pero, como veremos más adelante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su labor interpretativa, concretamente en la Sentencia dictada por la Gran Sala, en el *Asunto Konstantin Martin v. Rusia*, nº. 30078/06, de 22 de marzo de 2012, ha realizado una importante tarea de conceptualización del derecho a la conciliación relacionándolo directamente con los arts. 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y 14 (prohibición de discriminación sin distinción alguna).

Complementaria al Convenio, la Carta Social Europea**,** en adelante CSE, pero con un contenido laboral mucho mayor, incluye el catálogo más completo de derechos sociales a nivel europeo y forma parte del conjunto de tratados internacionales suscritos por el Estado Español en materia de derechos fundamentales. El preámbulo de la Carta Social revisada, del Consejo de Europa, de 1996, se refiere a la indivisibilidad de los derechos humanos, equiparando así el rango de uno y otro tipo de derechos haciéndolos indisociables y remitiéndolos todos a la dignidad humana. Esta protección uniforme, tanto de los derechos clásicos como de los sociales, depende de la paralela apertura de las Constituciones estatales a ese Derecho internacional de los derechos humanos y a la consiguiente recepción de lo que los órganos internacionales de tutela decidan.

De acuerdo con el principio de jerarquía normativa, España se encuentra vinculada actualmente por la Carta Social Europea originaria, el protocolo adicional de 1988 y el protocolo de enmienda de 1991, no estando respecto del protocolo de reclamaciones colectivas de 1995 y por la Carta Social europea revisada. Cabe criticar que el Estado español no haya ratificado aun la CSE revisada, un documento que, sustancialmente, llama a los poderes públicos a un mayor compromiso en la persecución de un proyecto político similar al de nuestra CE. Y aunque no está obligada por artículos incluidos en la CSE revisada como el dedicado al derecho de los trabajadores con cargas familiares a la igualdad de oportunidades y de trato; o al derecho a la dignidad en el trabajo, estas circunstancias no constituyen un argumento

[878] LEÓN BASTOS, Carolina, *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Cit*. pp. 163.

suficiente para alejarse del control realizado por el Comité Europeo de Derechos Sociales, amen de que algunos de estos derechos que se encuentran en la CSE revisada son parte de la legislación española por la vía de los convenios de la OIT, en este sentido concretamente, el Convenio OIT nº 156.

Como afirma Salcedo Beltrán[879], en ningún caso se ha de relativizar la aplicación de la Carta Social europea en nuestro país y la vinculación a las interpretaciones y resoluciones que dicte el Comité Europeo de Derechos Sociales, puesto que son jurisprudencia. Según establece el artículo 151 del Tratado de la Unión Europea, los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Social son elementos a tener en cuenta en la política social europea. La Carta establece un procedimiento de cumplimiento diferente al del Convenio, justificado en la dificultad de conseguir un consenso por parte de los Estados[880], además se considera un instrumento interpretativo por parte del TEDH. No se puede decir lo mismo del TC, para quien la Carta Social no ha sido, ni es, un tratado preferente en la interpretación de los derechos fundamentales[881]. Podemos encontrar en la Carta Social, tanto en su versión originaria[882], como con mucho más desarrollo en su versión de 1996[883], toda una serie de derechos relacionados directa o indirectamente con el derecho a la conciliación, y que tienen como finalidad hacerlo posible. Así pues, en la CSE revisada reconoce:

-Art. 8: Protección especial para las mujeres trabajadoras en caso de maternidad: Se garantiza un descanso de catorce semanas, doce en la versión originaria, considerándose ilegal el despido de una mujer desde el momento en que comunique su embarazo y hasta el fin del permiso de maternidad, garantizando a las madres que críen a sus hijos el tiempo suficiente para hacerlo. A la vez, se establecen determinadas medidas de protección de la mujer embarazada o que haya dado a luz recientemente, como la regulación del trabajo nocturno, así como la prohibición de trabajos peligrosos,

[879] SALCEDO BELTRÁN, Carmen, «Incumplimiento por España de los Tratados Internacionales: Carta Social Europea y período de prueba». *Cit.*

[880] SALCEDO BELTRAN, Carmen, Negociación colectiva, conflicto social y Carta Social Europea (Albacete: Bomarzo, 2014). pp. 18.

[881] LEÓN BASTOS, Carolina, *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Cit.* pp. 176.

[882] La Carta Social Europea se adoptó en Turin el 18 de octubre de 1961 y fue ratificada por España el 6 de mayo de 1980.

[883] (STE Nº 163), abierta a la firma en Estrasburgo el 2 de mayo de 1996.

penosos e insalubres.

-Art. 10: Derecho a la formación profesional: otro aspecto fundamental de la conciliación de la vida personal y laboral, comprometiéndose las Partes para su ejercicio efectivo a asegurar y/o favorecer sistemas de formación de trabajadores/as jóvenes y adultos, así como la inclusión dentro de las horas normales de trabajo, del tiempo dedicado a los cursos suplementarios de formación seguidos por el trabajador, durante su empleo, a petición de su empleador. (art.10)

-Art. 11: Derecho a la protección de la salud: comprometiéndose las partes a eliminar las causas de una salud deficiente, así como establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud, así como la prevención de enfermedades

-Art. 16: Fomento y protección social, jurídica y económica de la familia: tanto en la versión originaria como en la revisada, la familia es considerada como "la célula fundamental de la sociedad", debiendo establecerse prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, etc. adoptando cuantas medidas fueren necesarias y adecuadas a ese fin, incluyendo la creación o mantenimiento de instituciones o servicios apropiados.

-Art. 20: Derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión sin discriminación por razón de sexo: deberán adoptarse toda una serie de medidas para garantizar la igualdad de mujeres y hombres en el acceso al empleo, protección contra el despido, reinserción profesional, orientación y formación profesionales, reciclaje y readaptación profesional, las condiciones de empleo y de trabajo -incluida la remuneración-, así como el desarrollo profesional y la promoción. No cabe duda de que para que no se produzcan discriminaciones por razón de sexo en el empleo resulta imprescindible el establecimiento de medidas de conciliación que fomenten la corresponsabilidad y que permitan a ambos sexos compatibilizar empleo y vida personal/familiar.

-Art. 26: Derecho a la dignidad en el trabajo: para garantizarlo se han de evitar, a través de una serie de medidas, tanto el acoso sexual como aquellos actos censurables o explícitamente hostiles y ofensivos dirigidos de manera reiterada contra cualquier trabajador en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo, así como proteger a los trabajadores frente a dichas conductas.

-Art. 27: Derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato: Se incorpora en la versión revisada de la Carta una traslación del contenido del Convenio OIT nº 156 que parece configurar las responsabilidades familiares como una causa autónoma de prohibición de

discriminación, más allá de la discriminación por razón de sexo. El artículo, entre otras cuestiones, invita a los países a que adopten medidas para que los trabajadores/as con responsabilidades familiares puedan acceder y permanecer en el trabajo, así como el establecimiento de un permiso parental, o la garantía frente al despido por causa de las responsabilidades familiares[884]. En este sentido es evidente que el acceso y permanencia de los trabajadores con responsabilidades familiares en el trabajo sólo puede llevarse a cabo mediante el ejercicio de una serie de derechos de conciliación que les permitan compatibilizar empleo y vida personal/familiar.

En cuanto a los órganos de control establecidos por el Consejo de Europa, ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como decíamos, el TEDH, aunque encargado inicialmente de proteger los derechos civiles y políticos, ha desplegado una jurisprudencia que ha acabado extrayendo de ellos contenidos de naturaleza social. Para ello ha recalcado que los derechos humanos no son teóricos o ilusorios, sino que ha de garantizarse su efectividad. Ello ha supuesto, por ejemplo, la extensión de su ámbito de protección a la relaciones entre particulares. El TEDH ha deducido de las obligaciones positivas que el Convenio impone a los Estados con carácter general en su art. 1, el deber estatal de proteger los derechos convencionales frente a violaciones cometidas por otros particulares. Así que, junto a la obligación estatal que los derechos generan, generalmente de no hacer, los Estados están obligados también a proteger los derechos, y cuando esta protección es insuficiente y el derecho sufre por el ataque de un particular, la responsabilidad de la lesión se imputará al Estado parte del Convenio. Por otra parte ha reiterado que el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado conforme a las nuevas necesidades lo que le ha permitido no sólo ampliar el ámbito normativo de clásicos derechos de libertad, sino incorporarles contenidos de índole social, a veces prestacionales. Del mismo modo, ha ido aplicando la cláusula de

[884] Concretamente invita a adoptar las medidas apropiadas:
a) "para permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares acceder y permanecer en la vida activa, o regresar a la misma tras una ausencia debida a dichas responsabilidades, incluidas medidas en el ámbito de la orientación y la formación profesionales".
b) para tener en cuenta sus necesidades en lo que respecta a las condiciones de trabajo y a la seguridad social;
c) para desarrollar o promover servicios, públicos o privados, en particular servicios de guardería diurnos y otros medios para el cuidado de los niños;
2. a prever la posibilidad de que cualquiera de los progenitores obtenga, durante un período posterior al permiso de maternidad, un permiso parental para el cuidado de un hijo, cuya duración y condiciones serán fijadas por la legislación nacional, los convenios colectivos o la práctica;
3. garantizar que las responsabilidades familiares no puedan constituir, por sí mismas, una razón válida para el despido.

igualdad ante la ley para apreciar la inconvencionalidad de situaciones legales o de facto que eran discriminatorias de la mujer o de otros grupos sociales tradicionalmente discriminados por razón de su orientación sexual, su etnia, su nacionalidad o por otros motivos.

En esa labor intepretativa del CEDH el que ha acabado conceptualizando el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral a partir de los arts. 8 y 14 del mismo[885]. Y así, la Sentencia de la Gran Sala del TEDH, *Asunto Konstantin Markin v. el Estado Ruso*, nº 30078/06 de 22 de marzo de 2012, supone un importante respaldo al derecho fundamental a la conciliación tanto por su aportación conceptual como por el análisis que realiza de la vulneración del art. 14, "Prohibición de toda discriminación", en relación con el art. 8, "Derecho al respeto de la vida privada y familiar" desde la perspectiva de los estereotipos vinculados al ejercicio del cuidado.

Recordemos que, en el caso en cuestión, el Estado Ruso había denegado el ejercicio de un permiso parental a un varón militar en la medida en que consideraba que el objetivo final del mismo consiste en proteger a la mujer por el papel especial de ésta en relación a la maternidad. Se plantea por tanto una cuestión de interés general para todos los Estados Parte de la Convención, como es el de una posible discriminación entre los militares masculinos y femeninos rusos en lo relativo al permiso parental. Según ha analizado Abril Stoffels[886] la sentencia es de gran importancia, ya que

[885] Artículo 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar.
1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.
Artículo 14: Prohibición de discriminación.
El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.
Otros asuntos donde el TEDH ha desarrollado la vertiente de los arts. 14 y 8 del Convenio:
Art. 14:
Muñoz díaz contra España (2009)
Manzanas Martín contra España (2012)
Art. 8:
Niemietz contra Alemania (1992)
Sidabras contra Lituania (2004)
Schuth contra Alemania 2010
Martinez Fernandez contra España (2013)
Coplan contra Reino unido (2007)

[886] ABRIL STOFFELS, Ruth, «La conciliación entre la vida personal, familiar y laboral, la corresponsabilidad en el hogar y la lucha contra los estereotipos: una nueva punta de lanza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

reflexiona sobre la finalidad de estos permisos: si se conceden para el logro de la igualdad entre hombres y mujeres o para el disfrute de la vida familiar y, en última instancia, si el derecho a la conciliación deriva directamente del derecho a la protección de la vida familiar. Por ello se trata de una sentencia que, como estudiamos en el capítulo III cuando abordamos la corresponsabilidad, refleja la evolución que se ha producido en el campo de los estereotipos y funciones de varones y mujeres en el hogar. De este modo, en lo que se refiere a la finalidad del permiso parental**,** mientras el Estado ruso considera que la medida pretende proteger a la mujer y promover la igualdad, ya que tiene en cuenta el papel especial de las mujeres en relación a la maternidad, el TEDH no defiende de que la mujer juegue ese papel especial generador de un trato diferente, partiendo de la base de que la situación de ambos progenitores es análoga y por tanto los derechos también deben serlo, lo que supone negar la justificación de que ello se deba a cuestiones culturales e históricas.

Por esta razón rechaza que un permiso parental limitado exclusivamente al sexo femenino pueda considerarse como una medida de acción positiva en favor de la igualdad. Para el TEDH, una medida de este tipo tiene como consecuencia perpetuar los estereotipos vinculados al sexo y con ello discrimina y pone en una situación desventajosa a la mujer, en lo que atañe a su carrera laboral, y al hombre en cuanto al disfrute de la vida familiar**.** En consecuencia, cualquier argumento que se base en el rol primordial de las mujeres en la educación de los hijos debe ser rechazado, dado que de otro modo se refuerzan unos estereotipos sociales contra los que actualmente se quiere combatir. El TEDH considera por tanto que el art. 8 se encuentra vinculado con el art. 14, ya que éste no puede tener existencia propia si no es vinculada al disfrute de los derechos y libertades garantizados. Por eso entiende que, aun cuando en la CEDH no existe reconocido como tal un derecho a la conciliación, en la medida en que permisos nacionales favorecen la conciliación de la vida familiar y laboral y tienen una incidencia directa en la misma, estos repercuten por tanto en el art. 8. Así que cuando se adopten medidas en este campo deberán respetar el principio de igualdad y no discriminación del art. 14.

(Sentencia *Konstantin Markin c Russie* asunto 30078/06 de 22 de marzo de 2012 de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)», *Revista General de Derecho Europeo* nº 28 (2012).

Resulta interesante el voto disidente del Juez Pinto de Alburquerque -por su labor conceptualizadora del derecho- que, aun compartiendo el razonamiento de la Gran Sala, considera que el derecho a la conciliación se encuentra garantizado en la CEDH por el art. 8, incluso sin necesidad de vincularlo con el art. 14. Este derecho a la conciliación tendría una doble vertiente: por un lado, preservar la situación profesional del trabajador/a necesitado de la conciliación y, por otro, proteger el vínculo entre los padres y sus hijos/as. Tres serían los elementos fundamentales de su configuración:

-Que el derecho existe, sin posibilidad de discriminación por sexo o situación profesional.

-Que su contenido mínimo debería incluir:

a) Derecho a volver al puesto de trabajo previo o equivalente;

b) La imposibilidad de perder derechos adquiridos;

c) Derecho a no ser despedido por haber pedido o disfrutado del mismo;

d) La forma, duración y condiciones del permiso deben tener en cuenta su objetivo último.

-Que el derecho a disfrutar de un permiso parental es un derecho de resultado, lo cual obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias para su disfrute real y efectivo, por lo que sólo cabrían limitaciones establecidas por norma con rango de ley proporcionadas y adecuadas al objetivo perseguido.

Por último, se puede decir que la Sentencia *Konstantin Markin* ratifica el criterio adoptado por el TJUE en 2010 en el *Asunto Roca Álvarez*, de 30 de septiembre, desde la perspectiva de entender los derechos de conciliación como herramientas al servicio de la remoción de estereotipos, y por tanto hacia la promoción de la igualdad real de oportunidades de mujeres y hombres. Además, resulta muy interesante observar que los diferentes argumentos expuestos en esta sentencia sobre lo que los poderes públicos entienden por igualdad, corresponsabilidad y conciliación se ponen también de manifiesto en la propia evolución de nuestra doctrina constitucional, tal y como ya vimos en el apartado anterior. Por tanto, la sentencia del TEDH es una muestra de cómo "el Derecho es una respuesta a una necesidad social y los avances hacia la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres en el campo de la conciliación y la corresponsabilidad son un ejemplo de ellos"[887].

[887] Ibid.

Complementario al TEDH, El Comité Europeo de Derechos Sociales, CEDS, se constituyó conforme al art. 25 de la CSE para verificar el cumplimiento de los derechos enunciados en la Carta por los Estados Partes a partir de un sistema de presentación de informes elaborados por los Estados y un sistema de reclamaciones colectivas.

Como advierte Jimena Quesada, "las resoluciones del CEDS que nutren su jurisprudencia revisten dos modalidades, las "conclusiones" en el sistema de informes y las "decisiones" (de admisibilidad y de fondo) en el procedimiento de reclamaciones colectivas. Ambos tipos de resoluciones, junto con el texto de la CSE, configuran el compromiso social internacional de vinculante aplicación en España. Es más, aunque España no haya aceptado todavía el mecanismo judicial de reclamaciones colectivas establecido mediante el Protocolo de 1995, las decisiones adoptadas por el CEDS en relación con los países que sí han aceptado dicho mecanismo son obviamente aplicables a nuestro país cuando resuelvan casos sustancialmente análogos; de la misma manera que las sentencias dictadas por el TEDH frente a otros países serán extensibles a España en la sustanciación de litigios análogos"[888]. El autor, critica la ignorancia de esta jurisprudencia por parte de nuestros Tribunales, con base en la asunción de una anticuada noción de jurisprudencia anclada en la concepción del art. 1.6 del Código Civil[889] y que conduce a una preocupante flexibilidad del acervo social, silenciando los órganos de forma deliberada el parámetro internacional más favorable y coherente con el mandato interpretativo *favor libertatis* del CEDS.

El CEDS ha protegido desde siempre los intereses de los trabajadores/as[890], erigiéndose como baluarte del modelo europeo de Estado social. Sin embargo presenta varios problemas: por una parte en cuanto a que no es un tribunal a la manera del TEDH y sus miembros no son elegidos por la Asamblea Legislativa del Consejo como los del

[888] JIMENA QUESADA, Luis, «Impacto práctico de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales» En XXVII Jornadas catalanas de derecho del trabajo «In memoriam Profesor M. R. Alarcón». Barcelona: 2016.

[889] El autor se refiere expresamente a las mantenidas tanto por el TS (Auto de 4 de noviembre de 2015) como por el TC (STC 119/2914, de 16 de julio) respecto del periodo de prueba en el contrato a emprendedores.

[890] Así, por ejemplo, a la hora de fijar el salario mínimo que deriva del derecho a una remuneración equitativa, con numerosas declaraciones de no conformidad. O las que han merecido determinadas medidas de flexibilización laboral, auspiciadas por la Unión Europea y algunos organismos internacionales.

TEDH. Por otra, tampoco desde la Unión Europea se ha considerado, como impone respecto al CEDH el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea, la adhesión de la Unión a la CSE, si bien ya se están indirectamente enjuiciando sus políticas en el seno del CEDS al hacerlo con las estatales, como ha ocurrido en Grecia[891]. Y a pesar de que varios de los derechos sociales de la CSE se recogen en la Carta de la Unión, ésta no contiene una referencia a la jurisprudencia del CEDS ni menos se obliga a ella como lo hace el artículo 52.3 de la Carta comunitaria a la jurisprudencia del TEDH. Por ello se hace necesario la adhesión de la UE a la CSE a fin de unificar criterios en torno a la interpretación de los derechos sociales en los diferentes niveles normativos.

Por lo que respecta al desarrollo del principio de igualdad en la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y siguiendo a Jimena Quesada y Tomas Mallén[892] podemos destacar de manera muy resumida lo siguiente:

El Comité Europeo de Derechos Sociales ha venido afirmando una doctrina general sobre el principio de igualdad según la cual es considerada como discriminatoria toda diferenciación perjudicial que no esté justificada sobre una base objetiva. En este contexto, el Comité ha elaborado un *corpus* antidiscriminatorio al analizar tanto los textos legales como la práctica aplicativa de éstos por los Estados Partes a la luz de la Carta Social Europea, insistiendo en que el artículo 20 de la Carta revisada impone la adopción de medidas positivas con la finalidad de atenuar las diferencias entre hombres y mujeres y de alcanzar una igualdad, no sólo *de iure*, sino también *de facto*, entre los sexos. El Comité ha subrayado que la cláusula general antidiscriminatoria deducida de la Carta Social revisada constituye un *numerus apertus*. Pese a los avances producidos en el ámbito de la perspectiva de género, el Comité ha constatado que desafortunadamente sigue siendo un campo de batalla la lucha contra la discriminación de la mujer en el empleo, y de manera paradigmática la discriminación basada en una circunstancia inherente a la condición de mujer: el despido por encontrarse embarazada. Por ello, al examinar la situación de algunos países, el Comité considera abusivo el despido de una mujer durante su permiso de maternidad, de forma

[891] Respecto a la duración del período de prueba en los contratos laborales: véase la decisión de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 23 de mayo de 2012 (Reclamación no 65/2011).

[892] JIMENA QUESADA, Luis y TOMÁS MALLÉN, Beatriz S., «Hacia un estándar europeo común de igualdad: la contribución del Comité Europeo de Derechos Sociales», *Revista de Derecho Político*, n.º 68 (2007):, pp. 339-359.

que o bien debe haber una compensación financiera lo suficientemente protectora o bien debe considerarse nulo dicho despido ordenándose el mantenimiento de la mujer afectada en su puesto de trabajo. En definitiva, la discriminación sexual en el terreno laboral sigue siendo una realidad palpable. Por último, ha establecido que, si bien la discriminación por razón de género no está justificada en ningún caso por ser irrespetuosa con la dignidad de la persona, algunos estudios han demostrado que esa diferenciación injustificada ni siquiera resulta eficiente para el mercado laboral.

Desde la puesta en funcionamiento efectivo del sistema de reclamaciones colectivas en 1998, el Comité ha tenido que enfrentarse a diversos casos relacionados con el principio de igualdad, habiendo dictado por el momento siete interesantes decisiones de fondo: tres de ellas (reclamaciones n.º 6, 8 y 26) constituyen un primer bloque relacionado con circunstancias objetivas concernientes a la no discriminación en el empleo o en el desempeño de funciones sindicales; las otras cuatro (reclamaciones n.º 13, 14, 15 y 27) han dado origen a un exigente *corpus* antidiscriminatorio relacionado con la posición subjetiva de determinados grupos especialmente necesitados de inclusión social.

Por último, no podemos dejar de aludir a las conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales realizadas en enero de 2016 y que han puesto de manifiesto el incumplimiento por parte del Estado español de seis preceptos de la Carta Social Europea del Consejo de Europa sobre derechos de la familia y la infancia, que no está conforme con el modo en que España acata los compromisos que adquirió al ratificar esta convención en 1980 en áreas como la protección económica, jurídica y social de la vida familiar[893].

[893] El informe que se elabora por 15 expertos independientes a la luz de la documentación que reciben desde España, tanto de la sociedad civil (han participado 23 ONG y dos sindicatos) como del Estado, que envía informe propio y alegaciones. En este sentido manifiesta: "Los derechos sociales están sufriendo en este clima económico y político difícil. Los Estados tienen la obligación de proteger a las personas vulnerables, como ancianos, niños, personas con discapacidad y los migrantes. La Carta Social es la Constitución Social para Europa y un componente esencial de nuestra arquitectura de los derechos humanos. Hago un llamamiento a nuestros Estados miembros a respetar las normas de la Carta y las conclusiones". Los seis incumplimientos que se recogen en el informe que del Comité hacen referencia al periodo 2010-2013, básicamente en lo que respecta a los derechos de los niños, la familia y los migrantes. En cuanto a los incumplimientos de la CSE por el Estado español:
El primero de los que se detallan en el reporte es el incumplimiento del artículo 7.5 de la Carta Social Europea, que detalla la obligación de los firmantes de "reconocer el derecho de los jóvenes trabajadores y aprendices a un salario justo u otras remuneraciones apropiadas", algo que España no estaría realizando.
En segundo lugar, consta la vulneración del Artículo 16 sobre "el derecho de la familia a la protección social, jurídica y económica" en el que se establece que para "garantizar las condiciones necesarias para el pleno desarrollo de la familia", los firmantes se comprometen a "promover la protección económica, jurídica y social de la vida familiar por

En el ámbito de la Organización de Naciones Unidas encontramos también toda una serie de declaraciones y tratados internacionales de aplicación en materia de conciliación. En primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en adelante DUDH, adoptada en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; nace con el objetivo básico y universal del reconocimiento de que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". En la práctica, dicha finalidad se pretende alcanzar a través del cumplimiento de objetivos parciales que aparecen expuestos en los considerandos que preceden a la DUDH, y que junto con ésta configuran la verdadera "Constitución Internacional" en materia de Derechos Humanos[894], donde éstos se articulan en orden al cumplimiento de tres objetivos básicos, fundamentales y universales: la libertad de todos los individuos del planeta, la justicia universal y la paz en el mundo. Para alcanzar tales objetivos se confía en el reconocimiento de dos derechos básicos que se proyectarán a lo largo de toda la DUDH: la dignidad y la igualdad "entre todos los miembros de la familia humana", aspectos que tendrán una notable influencia en la configuración del resto. En sus treinta artículos se recogen los derechos humanos considerados básicos, a partir de la Carta de San Francisco de 1945, si bien hay que decir que se trata de una mera declaración política sin valor obligatorio directo. No obstante, pese a no tratarse propiamente de un tratado internacional, la DUDH fija la protección deseable de los derechos humanos que todos los Estados

---

medios tales como prestaciones sociales y familiares, beneficios fiscales, provisión de vivienda, ayudas para recién casados, y otras medidas".
No obstante, el artículo donde más incumplimientos señala el Comité es el 19, sobre "el derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a recibir protección y asistencia" y en el que España estaría incumpliendo un total de cuatro preceptos, entre ellos, el que exige "facilitar en lo posible la reunificación de la familia de un trabajador extranjero con permiso de residencia en el territorio" (19.6).
Tampoco estaría respetando la obligación de garantizar que "existen servicios gratuitos adecuados para ayudar a este tipo de trabajadores, sobre todo para la obtención de información precisa, y tomar todas las medidas convenientes, en la medida en que las leyes y los reglamentos nacionales lo permitan, contra la propaganda engañosa sobre la emigración y la inmigración" (19.1).
Asimismo, consta que se incumple el 19.10, que le compromete a "extender la protección" de los trabajadores inmigrantes por cuenta ajena a los que se emplean como autónomos, y el 19.3, por el que debería "promover la cooperación entre los servicios sociales, públicos y privados entre los países de emigración e inmigración".
Hay un último quebrantamiento y es el del deber de contestar a este organismo del Consejo de Europa cuando pide explicaciones sobre cómo se acata la Carta Social en sus exámenes periódicos. En este caso, afectaba a tres artículos sobre los que, según el documento, España no habría informado.

[894] SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y CANO GALÁN, Yolanda, «La igualdad laboral en la Declaración Universal de Derechos Humanos», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 11 (1er semestre de 2008): pp. 67-136.

miembros de la ONU deberían garantizar. En este sentido, "nadie discute la obligatoriedad moral de la Declaración Universal de Derechos Humanos" (…) "cada vez más la opinión científica mundial, e incluso la praxis política en el seno de la ONU, atribuye a ese capital documento una eficacia vinculante"[895]. Así, nuestro Tribunal Constitucional ha otorgado a la Declaración no sólo el carácter interpretativo en materia de derechos humanos, sino también el de informador de todo el ordenamiento jurídico español[896], si bien lo hace más como elemento de inspiración o autoridad que como auténtica fuente normativa; es decir, se utiliza más como doctrina dominante que como postulado jurídico de necesario seguimiento[897]. Hay que apuntar además que se trata de una declaración generosa y avanzada para su época. En ella existen numerosos derechos que tienen efecto en el ámbito laboral. Entre otros, cabe destacar como relacionados principalmente con la conciliación:

-Art. 7: Derecho a la igualdad ante la ley y protección frente a toda forma de discriminación[898].

-Art. 12: Derecho a la vida privada y protección de la ley frente a las injerencias a la misma[899].

-Art. 16: Protección de la familia como elemento fundamental de la sociedad y derecho a su protección por la sociedad y el Estado[900].

---

[895] LEÓN BASTOS, Carolina, *"La interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos". Cit.* pp. 150-151.

[896] STC 21/1981, de 15 de junio: "No cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico".

[897] LEÓN BASTOS, Carolina, "*La interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos". Cit.* pp. 152.

[898] Artículo 7. Igualdad
Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

[899] Artículo 12. Vida privada
Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

[900] Artículo 16. Protección de la familia
1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

-Art. 21: Derechos de participación publica[901].

-Art. 23: Derecho al trabajo sin discriminación[902].

-Art. 24: Derecho al descanso y al tiempo libre[903].

-Art. 25: Derecho a la salud y bienestar, considerando la maternidad y la infancia con derecho a cuidados y asistencia especiales[904].

El desarrollo posterior de la DUDH, a través de los Pactos Internacionales, supondrá un avance importante en cuanto a la protección de los derechos en el ámbito internacional. En éstos se van a establecer mecanismos de garantía con base en informes que les corresponde presentar a los Estados. Aun así, "los Pactos sobre Derechos Humanos de 1966 vinieron a consolidar la división histórica de los derechos humanos en dos grandes categorías, la de los derechos civiles y políticos (a la que históricamente suele denominarse "primera generación") y la de los derechos económicos, sociales y culturales (a la que paralelamente se denomina "segunda generación"). En algún modo la consolidación de esta dualidad se hacía eco del contexto ideológico de la Guerra

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

[901] Artículo 21. Derechos de participación publica
1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

[902] Artículo 23: Derecho al trabajo sin discriminación.
1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

[903] Artículo 24: Derecho al descanso y al tiempo libre. Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

[904] Artículo 25. Derecho a la salud y bienestar
1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

fría"[905]. Nuestro TC ha utilizado en muchas ocasiones estos Pactos a la hora de interpretar derechos fundamentales, si bien hay que decir que las remisiones al PIDCP han sido mucho más abundantes que al PIDESC[906].

Por una parte, en el año 1966 la Asamblea General adopta el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Politicos[907]**.** En él cabe destacar en relación con la conciliación de la vida personal y laboral, derechos como:

-Art. 17: Reconocimiento a la vida privada sin injerencias arbitrarias[908].

-Art. 18: Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión en su vertiente de la prohibición de medidas coeercitivas para el menoscabo de su ejercicio durante la prestación laboral[909].

-Art. 23: Protección de la familia [910].

-Art. 25: Derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos[911].

-Art. 26: Derecho a la igualdad y no discriminación [912].

---

[905] HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio, «Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teória de los derechos de Robert Alexy», en Derechos sociales y ponderación, 2ª (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), pp. 163-222.

[906] Así por ejemplo, el TC, a la hora de interpretar el derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18 se ha respaldado numerosas ocasiones en el artículo 17.1 del PIDCP, entre otras STC 110/1984; STC 50/1995, etc.
LEÓN BASTOS, Carolina, "La interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos". Cit. pp. 155.

[907] Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49) Ratificado por España el trece de abril de mil novecientos setenta y siete.

[908] Artículo 17.1: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

[909] Artículo 18.1: Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

[910] Artículo 23.1: La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

[911] Artículo 25: Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:
a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

En el mismo año, la Asamblea adopta también el Pacto Internacional sobre derechos ecónomicos, sociales y culturales[913], que contempla un amplio catálogo de derechos laborales. Concretamente en lo que atañe a la conciliación destaca:

-Art. 6: Derecho al trabajo [914], exigiéndose a los Estados la adopción de medidas para lograr su plena efectividad, como la orientación y formación técnico profesional.

-Art. 7: Derecho a la igualdad en el trabajo, debiendo disfrutarse de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren a los y las trabajadoras una serie de condiciones mínimas como la igualdad de condiciones de trabajo entre ambos sexos así como el derecho al descanso, el disfrute del tiempo libre o la limitación razonable de las horas de trabajo[915].

-Art. 10: Derecho a la protección de la familia y la maternidad a través del reconocimiento de un periodo de licencia antes y después del parto[916].

---

[912] Artículo 26: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

[913] Resolución 2200A (XXI), de 19 de diciembre de 1966 (En vigor el 3 de enero de 1976).

[914] Artículo 6: 1.Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.
2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

[915] Artículo 7: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:
a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;
b) La seguridad y la higiene en el trabajo;
c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;
d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

[916] Artículo 10: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:
1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

-Art. 12: Derecho a la protección de la salud, específicamente el "más alto nivel posible de salud física y mental"[917].

-Arts. 13 y 14: Derecho a la protección de la educación, encaminada al pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y ayudar a todas las personas para participar efectivamente en la sociedad[918].

En el año 1979 tiene lugar la la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer**,** en adelante CEDAW[919], cuya relevancia para la igualdad entre mujeres y hombres ya tratamos en el capítulo I. Por lo que respecta a la conciliación, la CEDAW ya afirma en el preámbulo que la procreación no debe ser causa de discriminación. Concretamente declara: "el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto". Así pues, el vínculo entre la prohibición de discriminación, y la función procreadora de la mujer y la responsabilidad compartida en el cuidado de los progenitores son cuestiones que se reflejan constantemente en la CEDAW**.** No obstante, comienza reconociendo explícitamente en el citado preámbulo que "las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones" y subraya que esta situación "viola los

---

2. 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.

[917] Artículo 12
1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

[918] 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

[919] En vigor desde el 3 de septiembre de 1981.

principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana"; por lo tanto describe en primer lugar el concepto de discriminación contra la mujer (art. 1)[920], condenándola en sus múltiples formas, y conviene en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminarla (art. 2)[921]. Al mismo tiempo, afirma el principio de igualdad (art. 3)[922] y recomienda la adopción de medidas especiales de carácter temporal para la protección de la maternidad –las cuales no se considerarán discriminación (art. 4)[923]- abogando por "una comprensión adecuada de la maternidad como función social", lo que requiere que ambos sexos compartan plenamente la responsabilidad del cuidado de los hijos/as (art. 5)[924]. En consecuencia, las disposiciones relativas a la protección de la maternidad y el cuidado de los hijos se

[920] Artículo 1:
A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

[921] Artículo 2:
Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:
a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

[922] Artículo 3: Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

[923] Articulo 4: 1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

[924] Articulo 5: Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:
a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;
b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

proclaman como derechos esenciales y se incorporan en todas las esferas que abarca la Convención, ya traten éstas del empleo, las prestaciones familiares, la atención de la salud o la educación. Asimismo, la obligación de la sociedad se extiende a la prestación de servicios sociales, en especial servicios de guardería, que permitan a los progenitores combinar sus responsabilidades familiares con el trabajo y participar en la vida pública.

De manera más concreta, en lo que respecta a la discriminación de la mujer en el trabajo, la CEDAW establece la obligación a los Estados Partes de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, así como la igualdad entre sexos en el trabajo en todas sus manifestaciones, reconociéndose los siguientes derechos en su art. 11:

-Derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano.
-Derecho a las mismas oportunidades de empleo.
-Derecho a elegir libremente profesión y empleo.
-Derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio.
-Derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje.
-Derecho a la formación profesional y el adiestramiento periódico.
-Derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo.
-Derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas.
-Derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

Del mismo modo, con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán las siguientes medidas:

-Prohibición del despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad.

-Establecimiento de una licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales.

-Establecimiento de 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, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.

Años más tarde y, después de las Conferencias de Copenhague de 1980 donde el punto de referencia clave fue el reconocimiento de la distancia existente entre los derechos garantizados y la escasa efectividad y límites con que se encuentran las mujeres para ejercerlos, y la Conferencia de Nairobi de 1985 -que como ya hemos visto en el capítulo I supone el inicio de la técnica del *mainstreaming*[925]-, en 1995 se celebra en Pekín la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer. En lo que ahora nos interesa, Tur Ausina[926] subraya que la conferencia de Pekín supondrá un punto de inflexión por el reconocimiento de la dimensión "estructural" de la desigualdad, consagrándose a nivel mundial los compromisos adquiridos anteriormente, así como profundizando en la idea de extender y universalizar los derechos. Según hemos visto, en ella se acuñan y perfilan con nitidez importantes conceptos para evolucionar hacia la igualdad material de hombres y mujeres: el tránsito de la mujer al género, la transversalidad y el empoderamiento. Pekín se convertirá así en la "hoja de ruta" para muchos Estados, pues se abordarán cuestiones de base determinantes para la efectiva comprensión y alcance de la auténtica igualdad de mujeres y hombres y vitales para conocer las políticas estatales de género.

Esta Conferencia fue seguida por una Plataforma de Acción centrada en doce ámbitos especialmente problemáticos en los que se definen objetivos a alcanzar y medidas a adoptar. La Plataforma es un programa encaminado a crear condiciones necesarias para la potenciación del papel de la mujer en la sociedad. Entre sus objetivos trata de acelerar la aplicación de las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el progreso

[925] TUR AUSINA, Rosario, «Igualdad y no discriminación por razón de sexo en Naciones Unidas. Proceso de evolución hacia el género en el contexto de la mundialización de las estrategias para la igualdad de mujeres y hombres», *Cit.* pp. 247-91.

[926] Ibid.

de la mujer, así como a la eliminación de todos los obstáculos que dificultan su participación activa en todas las esferas de la vida pública y privada. Esto también supone el establecimiento del principio de que mujeres y hombres deben compartir el poder y las responsabilidades en el hogar, en el lugar de trabajo y, a nivel más amplio, en la comunidad nacional e internacional. La igualdad entre mujeres y hombres es una cuestión de derechos humanos y constituye una condición para el logro de la justicia social, además de ser un requisito previo necesario y fundamental para la igualdad, el desarrollo y la paz.

Concretamente, en materia de conciliación, su objetivo estratégico (F6) se dirige principalmente hacia el fomento de la armonización de las responsabilidades de las mujeres y los hombres en lo que respecta al trabajo y la familia, señalando toda una serie de medidas que deberán implementar los gobiernos en materia de conciliación:

- Adoptar políticas para asegurar la protección apropiada de las leyes laborales y los beneficios de la seguridad social a los empleos en jornada parcial y los empleos temporales, a los trabajadores estacionales y a los que trabajan en el hogar, para promover las perspectivas de carrera sobre la base de condiciones de trabajo que concilien las responsabilidades laborales con las familiares.
- Asegurar que las mujeres y los hombres puedan decidir libremente y en pie de igualdad si trabajan en jornada completa o jornada parcial, y examinar la posibilidad de proporcionar una protección adecuada a los trabajadores atípicos en lo relativo al acceso al empleo, las condiciones de trabajo y la seguridad social.
- Asegurar, mediante leyes, incentivos o estímulos, que se den oportunidades adecuadas a las mujeres y los hombres para obtener licencias y prestaciones de maternidad o paternidad; promover la distribución de las responsabilidades del hombre y la mujer respecto de la familia en pie de igualdad, incluso mediante leyes, incentivos o estímulos apropiados, y promover además que se facilite la lactancia a las madres trabajadoras.
- Elaborar políticas, entre otras cosas, en la esfera de la enseñanza, para modificar las aptitudes que refuerzan la división del trabajo sobre la base del género, con objeto de promover el concepto de las responsabilidades familiares compartidas en lo que respecta al trabajo doméstico, en particular en lo relativo a la atención de los niños y los ancianos.

- Mejorar el desarrollo de tecnologías que faciliten el trabajo profesional, así como el trabajo doméstico, y promover el acceso a esas tecnologías, estimular la autosuficiencia y las actividades generadoras de ingresos, transformar dentro del proceso productivo los papeles establecidos en función del género y dar a las mujeres la posibilidad de cambiar los trabajos mal remunerados por otros mejores.

- Examinar una serie de políticas y programas, incluso las leyes sobre seguridad social y los regímenes fiscales, de conformidad con las prioridades y las políticas nacionales, para determinar cómo promover la igualdad de género y la flexibilidad en el modo en que las personas dividen su tiempo entre la educación y la formación, el empleo remunerado, las responsabilidades familiares, las actividades voluntarias y otras formas de trabajo, descanso y esparcimiento socialmente útiles, y en el modo en que obtienen beneficios de esas actividades.

Destaca este objetivo estratégico por el alto grado de implicación con la promoción de la conciliación y la corresponsabilidad desde la perspectiva de género, haciendo especial hincapié en las dificultades de los trabajadores/as precarios y atípicos, la necesidad de fomentar el teletrabajo, así como la educación como base para cambiar los estereotipos de género. Muy significativo es el último apartado donde se realiza una declaración que de alguna manera expresa el concepto amplio del derecho a conciliar la vida personal y laboral de las personas trabajadoras.

Debemos concluir este apartado situándonos por último en el seno de la Unión Europea, donde la falta de una declaración de derechos fundamentales hasta hace relativamente poco tiempo ha supuesto, sin duda, una desventaja en la evolución del ordenamiento jurídico comunitario. No obstante los derechos fundamentales han encontrado su apoyo esencialmente en la referencia hecha por los tratados al CEDH, siendo en este sentido el TJUE un referente imprescindible en cuanto a su aportación al respeto de los derechos humanos en la UE. Como ya estudiamos en el capítulo I, esta labor ingente ha contribuido a consolidar todo un cuerpo jurisprudencial en materia de igualdad entre mujeres y hombres, y particularmente de los derechos de conciliación de la vida personal y laboral. No será hasta el año 1989, concretamente el 9 de diciembre, cuando se promulga la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, en adelante CDSFT, aunque sin efectos jurídicos vinculantes para los Estados. No obstante, en ella se van a establecer los grandes principios sobre los que se

asienta el modelo europeo de derecho laboral, aplicándose a diferentes ámbitos de las relaciones laborales[927]. En materia de igualdad y conciliación la CDSFT recoge los siguientes:

-Art. 10: Derecho a una protección social adecuada[928].

-Art. 15: Derecho a la formación profesional[929].

-Art. 19: Derecho a la protección de la salud y de la seguridad en el lugar de trabajo[930].

Y de forma expresa la CDSFT reconoce los derechos de conciliación como parte del contenido del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres:

-Art 16: Igualdad de trato entre hombres y mujeres[931], donde se destaca la conveniencia de "desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar

[927] Estas serían: La libre circulación de los trabajadores; el empleo y las retribuciones; la mejora de las condiciones de trabajo; la protección social; la libertad de asociación y de negociación colectiva; la formación profesional; la igualdad de trato entre hombres y mujeres; la información, la consulta y la participación de los trabajadores; la protección de la salud y de la seguridad en el trabajo y la protección de los niños, los adolescentes, las personas de edad avanzada y las personas con discapacidad.

[928] Todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho a una protección social adecuada y, sea cual fuere su estatuto o la dimensión de la empresa en que trabaja, debe beneficiarse de niveles de prestaciones de seguridad social de nivel suficiente. Las personas que estén excluidas del mercado de trabajo, ya sea por no haber podido acceder a él, ya sea por no haber podido reinsertarse en el mismo, y que no dispongan de medios de subsistencia, deben poder beneficiarse de prestaciones y de recursos suficientes adaptados a su situación personal.

[929] Todo trabajador de la Comunidad Europea debe poder tener acceso a la formación profesional y poder beneficiarse de la misma a lo largo de su vida activa. En las condiciones de acceso a dicha formación no podrá darse ninguna discriminación basada en la nacionalidad.
Las autoridades públicas competentes, las empresas o los interlocutores sociales, cada uno en el ámbito de su competencia, deberían establecer los mecanismos de formación continuada y permanente que permitan a toda persona reciclarse, en particular mediante permisos de formación, perfeccionamiento y adquisición de nuevos conocimientos, teniendo en cuenta, particularmente, la evolución técnica.

[930] Todo trabajador debe disfrutar en su lugar de trabajo de condiciones satisfactorias de protección de su salud y de su seguridad. Deben adoptarse medidas adecuadas para proseguir la armonización en el proceso de las condiciones existentes en este campo.
Estas medidas deberán tener en cuenta, en particular, la necesidad de formación, información consulta y participación equilibrada de los trabajadores en lo que se refiere a los riesgos a los que estén expuestos y a las medidas que se adopten para eliminar o reducir esos riesgos.
Las disposiciones relativas a la realización del mercado interíor deben contribuir a dicha protección.

[931] Debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Debe desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.
A tal fin, conviene intensificar, dondequiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional.
Conviene, asimismo, desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares.

más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares".

A través de esta fórmula "amplia" se reconoce implícitamente el derecho a la conciliación de las personas trabajadoras, que deberá ser desarrollado a través de una serie de medidas[932]. Como sostiene Ballester Pastor, "aunque el reconocimiento del derecho se realizaba por medio de una formulación neutra dirigida tanto a hombres como a mujeres, su justificación última era, siquiera por su localización, la consecución de la igualdad real entre hombres y mujeres"[933]. No obstante, Stratigaki ve en esta formulación neutra de sus presupuestos un primer germen de la desvinculación entre cuidado familiar y discriminación por razón de género[934].

En todo caso, podemos añadir que resulta ciertamente contradictoria la redacción de este artículo, en la medida en que el deber de garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres contrasta con la utilización, en lo que al desarrollo de medidas de conciliación se refiere, del término "conviene, asimismo desarrollar" dado que éstas, son presupuesto necesario para alcanzar dicha igualdad.

Años más tarde, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, en adelante CDFUE, firmada en Niza el 7 de diciembre de 2000, y sustituida por una versión posterior actualizada y firmada en Estrasburgo, el 12 de diciembre 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, y ahora ya jurídicamente vinculante para los Estados, va a establecer, entre otros, una serie de artículos que, al igual que hemos ido destacando en los documentos anteriores, tienen relación más o menos directa con el derecho a la conciliación:

- Art. 7: Respeto a la vida privada y familiar[935].

[932] Pocos años después se instauran dos directivas directamente relacionadas con el derecho a la conciliación que sí integran derechos subjetivos concretos y a las que hemos hecho referencia con mayor detalle en el Capítulo I: La Dir. 92/85 CEE del Consejo de 19 de octubre, relativa a a 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 en periodo de lactancia y la Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado el 14 de diciembre de 1995.

[933] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad», *Cit.* pp. 36.

[934] STRATIGAKI, Maria, «The cooptation of Gender concepts in EU Policies: The Case of "Reconciliation of Work and Family"», *Cit.* pp. 30-56.

[935] Respeto de la vida privada y familiar : Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

- Art. 14: Derecho a la formación profesional y permanente[936].

- Art. 15: Derecho al trabajo y libertad para ejercer y elegir una profesión[937].

- Art. 21: Derecho a no ser discriminado/a entre otras cosas por razón de sexo[938].

- Art. 23: Derecho a la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución[939].

- Art. 24: Derechos de los menores a los cuidados necesarios para su bienestar[940].

- Art. 31: Derecho de todo trabajador o trabajadora a condiciones dignas de trabajo así como al disfrute de los descansos legales y vacaciones[941].

Y de forma expresa, la CDFUE reconoce el derecho a la conciliación:

- Art. 33: Protección a la familia y derecho a la conciliación de la vida familiar y profesional.

Este precepto, inspirado en cierto modo en los artículos 8 y 27 de la CSE, así como en las Directivas de maternidad y permisos parentales, reconoce expresamente el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral como derecho fundamental junto con el de la protección a la familia, si bien es llamativa su desvinculación con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo/género, máxime teniendo en cuenta su antecedente inmediato en la CDSFT de 1989, incluyéndose ahora dentro

---

[936]Derecho a la educación: Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente.

[937] Libertad profesional y derecho a trabajar: Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada.

[938] No discriminación: 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.

[939] Igualdad entre mujeres y hombres: 1. La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. 2. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

[940] Derechos del niño: Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez.

[941] Condiciones de trabajo justas y equitativas: 1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad. 2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas.

del grupo de derechos de solidaridad. En su apartado primero, "se garantiza el principio de protección a la familia en los planos jurídico, económico y social", integrando esta protección como objetivo del derecho a la conciliación; se encuentra claramente inspirado en el art. 16 de la CSE revisada. En cuanto a su apartado segundo, establece: "Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño". De este modo parece describir la CDFU el desarrollo del derecho fundamental únicamente a través de lo dispuesto en aquellos derechos de conciliación que son objeto de reconocimiento por las Directivas de maternidad y permisos parentales en el momento de su redacción, así como en el art. 8 de la CSE revisada.

No obstante, y pese a su ubicación, como acertadamente sostiene Tur Ausina[942], es evidente la relación directa del derecho a la conciliación con la igualdad de mujeres y hombres en la CDFU, aunque se sitúen en capítulos distintos, si bien merece una crítica su redacción parca e insuficiente: de hecho la Carta no hace sino sintetizar aspectos ya contenidos en las Directivas, habría sido conveniente una composición más generosa, aludiendo directamente a la necesidad y el deber de fomentar el derecho a conciliación y desarrollándolo a través de las medidas más diversas. Del mismo modo, Ballester Pastor[943] advierte también acerca del carácter extremadamente específico con que se describen sus tres únicos contenidos: en cuanto a la protección contra el despido critica que dicha protección no se refiera al ejercicio de otros derechos relacionados con permisos parentales y que no se establezca la protección por otro tipo de perjuicios; en cuanto al permiso pagado por maternidad no se hace referencia al grado de compromiso social en el coste de la maternidad; y en lo que se refiere al reconocimiento de un permiso parental tampoco se indican requisitos mínimos de suficiencia en su duración, ni se hace mención alguna a eventuales compensaciones o participaciones sociales/empresariales en el coste. De este modo, el derecho fundamental a la

[942] TUR AUSINA, Rosario, «Luces y sombras de los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea». *Cit.*

[943] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «El irreconocible derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades en la Ley 3/2012», *Cit.* pp. 175-203.

conciliación reconocido en la CDFU se queda exclusivamente en el reconocimiento del permiso de maternidad pagado, así como de la tutela jurídica de dicha situación, además de un permiso parental sin retribución ni tutela jurídica alguna, sin perseguir por tanto objetivos de mayor alcance, y sin plantearse la vertiente de la corresponsabilidad. Resulta pues del todo insuficiente, habida cuenta de lo hasta ahora reconocido en los diferentes tratados y convenios internacionales y que conecta con el derecho a la conciliación. También llama significativamente la atención que no recoja en su redacción la inspiración de preceptos como el art. 27 de la CSE revisada o el propio Convenio OIT nº 156. Por último, no deja de ser criticable, teniendo en cuenta la fecha en la que se dicta, el enfoque estrictamente *familiarista* del derecho y que implícitamente, por su contenido, vuelve a reforzar la conexión con los estereotipos de género, además de que ignora otros aspectos de la vida personal de los trabajadores/as. Así pues, aunque este reconocimiento explícito del derecho fundamental a la conciliación en la CDFU supone sin duda un avance tanto en la visibilización y el afianzamiento del derecho como en la garantía de su efectividad en el plano ordinario, la excesiva y limitativa concreción en su significado, así como la aparente desvinculación con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo/género, no contribuyen desde luego a reforzar este derecho de nueva creación, incluso podría acabar erosionando lo conseguido hasta el momento.

En términos generales, y por lo que a los derechos sociales respecta, tal como afirma Orlandini, pese a los progresos realizados en los últimos años en cuanto al reconocimiento “formal” de algunos derechos fundamentales de los trabajadores en la Unión Europea, como podría ser el caso del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, su estatuto jurídico sigue siendo débil: “la causa de todo ello radica en la asimetría que aún caracteriza al ordenamiento de la Unión Europea entre dimensión económica y dimensión social: la primera fundada sobre normas directamente exigibles ante los tribunales y exceptuables solo ocasionalmente; la segunda fundada sobre normas no directamente exigibles ante los tribunales y que para adquirir relevancia jurídica necesitan ser desarrolladas por el legislador europeo o nacional. Esta asimetría explica por qué los derechos de los trabajadores, incluso cuando son atraídos por la competencia jurisdiccional del Tribunal de Justicia, no son invocables frente al empleador; y explica también por qué la calificación de un derecho de los trabajadores como "fundamental" puede servir no para una ampliación de su estatuto protector, sino

al contrario, para una limitación que haga su ejercicio compatible con el correcto funcionamiento del mercado"[944]. Este puede ser el caso del reconocimiento del derecho a la conciliación en la CDFUE y su ámbito estrictamente limitado.

1.3. La necesidad de aunar criterios hacia un estándar común del derecho a la conciliación

Pese a todo lo expresado, podemos concluir este apartado con un cierto panorama esperanzador que se desprende de la configuración progresiva del derecho a la conciliación como derecho fundamental, tanto en la CDFUE -pese a sus importantes limitaciones como destacamos-, como en la interpretación que realizan tanto el TEDH y el CEDS como el TJUE. Ello a su vez debe reforzarse con el resto de tratados, convenios y declaraciones que, si bien de un modo implícito, contienen aspectos fundamentales del derecho a la conciliación. Con todo, hay que decir que resulta difícil aunar criterios en torno a un derecho fundamental de nueva creación y que puede obedecer a múltiples objetivos en función del enfoque que en su momento le haya otorgado el legislador. Incluso la propia configuración de los derechos fundamentales en los tratados internacionales se enfrenta a problemas dogmáticos generales sobre el significado del concepto derivados de las distintas denominaciones y configuraciones jurídicas que reciben, así como de la falta de coincidencia de los derechos incluidos en los tratados internacionales. De hecho, si observamos tanto los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales generales, como los recogidos en aquellos considerados sectoriales tales como la CSE o los Convenios OIT, vemos que no todos incluyen los mismos derechos.

Cabe destacar positivamente, en cambio, que en el proceso de internacionalización del derecho a la conciliación, la perspectiva de género y la búsqueda de la igualdad real de mujeres y hombres -aunque con dificultad- se ha ido consolidando, sobre todo en el seno de la ONU. En una primera fase, la aplicación de la

[944] ORLANDINI, Giovanni, «Los derechos fundamentales de los trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista de Derecho Social* nº 69 (marzo de 2015), pp. 57-76.

perspectiva de género atribuye derechos a la mujer con la finalidad de superar discriminaciones históricas; así, la CEDAW reconoce la compatibilidad entre la universalidad de los derechos y la necesidad de reconocer algunos específicos y realizar acciones positivas para que el ejercicio de los derechos fundamentales lo sea en condiciones de igualdad real por parte de mujeres y hombres[945]. Más tarde se va a prestar atención no sólo a los derechos del sexo femenino, sino a que tanto las mujeres como los hombres puedan ejercitar sus derechos en verdaderas condiciones de igualdad, incluyendo las medidas que conduzcan a la igualdad real en todos los ámbitos de la vida política, económica y social. Desde la Conferencia de Pekín de 1995 se considera que la igualdad de mujeres y hombres es una cuestión de derechos humanos y constituye una condición para el logro de la justicia social. Por ello, "una de las prioridades para esta organización sería la lucha contra las discriminaciones arraigadas en la historia"[946]. El camino de la lucha por la extensión y universalización de los derechos para las mujeres, hasta llegar a descubrirse que la igualdad plena y efectiva para mujeres y hombres exige cambiar las mismas estructuras sociales -es decir, deconstruir los roles de género, pues los estereotipos atribuidos por el proceso de socialización a ambos sexos impiden seriamente un goce efectivo de los derechos y oportunidades en idénticas condiciones-, supone, en palabras de Tur Ausina, "el tránsito de la mujer al género"[947].

Podemos encontrar rasgos del derecho a la conciliación, si bien no nombrado como tal, en la mayoría de los textos internacionales, tanto a través del establecimiento de medidas para la promoción de derechos de corte más clásico como el derecho a la igualdad de mujeres y hombres, la promoción del derecho al trabajo en igualdad de condiciones, la protección de la maternidad, el derecho al descanso, etc. Ello da fe de la naturaleza heterogénea del mismo. Un ejemplo paradigmático en este sentido son las

[945] El Alto Comisariado para los Derechos Humanos, en su Sesión 54, aprobó el 20 de febrero de 1988, el Informe relativo al seguimiento de los acuerdos tomados en la Conferencia Mundial celebrada en Viena en 1993, en el que tras reiterar que los derechos humanos son efectivamente de carácter universal, indisociables, interdependientes e indivisibles, se afirma que una visión global y pluridimensional en materia de derechos humanos conduce a considerar que los derechos de las mujeres se engloban indiscutiblemente dentro del concepto más amplio de derechos humanos, con base en la constatación de que, en relación con el ejercicio de los derechos, las mujeres se encuentran ante obstáculos que sólo a ellas les afectan y no únicamente por razones biológicas sino también por factores culturales o sociales.

[946] TUR AUSINA, Rosario, «Igualdad y no discriminación por razón de sexo en Naciones Unidas. Proceso de evolución hacia el género en el contexto de la mundialización de las estrategias para la igualdad de mujeres y hombres». *Cit.*

[947] Ibid.

diferentes normas de la OIT. Un informe reciente elaborado por esta organización[948] sobre la maternidad y paternidad en el trabajo así lo señala. En muchos de sus convenios y recomendaciones se recogen múltiples referencias que conectan con la conciliación: aspectos como la protección de la seguridad y la salud de la mujer embarazada, el establecimiento de una cultura preventiva de seguridad y salud en el trabajo, la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la promoción de la distribución equitativa de las responsabilidades familiares, la prohibición de discriminación a causa de las mismas, el desarrollo de una política orientada al pleno empleo o la promoción de la formación profesional. Consideramos que, en virtud del art. 10.2 CE y, de cara al proceso de conceptualización del derecho que abordamos, deben entretejerse de manera conjunta todos los diferentes aspectos relacionados con el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral y que se desprenden de los tratados, convenios, recomendaciones y declaraciones del ordenamiento jurídico internacional que hemos estudiado, lo que sin duda nos ofrecerá un resultado mucho mas completo e incluyente.

Si existe algún nexo de unión entre los diferentes derechos sobre los que se proyecta la conciliación, éste tiene que ver con la relación principal o conexión matriz con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo/género, y la promoción de este derecho en el trabajo de mujeres y hombres. Esta relación se pone de manifiesto a lo largo de la mayoría de los textos analizados. En una primera etapa, "protegiendo" a la mujer trabajadora y configurando DCPL de titularidad femenina, y más adelante proclamando el enfoque de la corresponsabilidad y el principio de que mujeres y hombres deben compartir las responsabilidades en el hogar y en el cuidado, un cambio de rumbo que se observa principalmente en el Convenio 156 OIT de 1981 así como en la CSE revisada de 1996. Al mismo tiempo, la jurisprudencia de los tribunales supranacionales de ámbito europeo, el TEDH y el TJUE, nos ofrece numerosos criterios interpretativos acerca de la igualdad y su relación con la conciliación, en torno a la idea principal de que los DCPL deben servir para remover los estereotipos y promover la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como que los Estados deberán desarrollar medidas necesarias para que su ejercicio pueda ser real y efectivo, incluyendo garantías como el derecho de reingreso al mismo puesto de trabajo sin pérdida de derechos adquiridos, la imposibilidad de ser despedido/a durante su disfrute, o de que se produzca

[948] «Maternity and paternity at work: Law and practice across the world». *Cit.*

discriminación por sexo/género, circunstancias familiares o situación profesional, de forma que sólo caben limitaciones establecidas por norma con rango de ley proporcionadas y adecuadas al objetivo perseguido.

Debemos, no obstante, llegar a la conclusión de que se hace precisa una interpretación común, enriquecedora de los diferentes tratados, convenios y resoluciones analizadas en torno al principio de igualdad y de la conciliación. Pero la actual debilidad de los derechos sociales en la CDFU -reafirmada por cuanto su artículo 52.3 obliga al TJUE sólo a recibir la interpretación del TEDH respecto de la jurisprudencia de los derechos del CEDH, sin que nada diga sobre la interpretación de los derechos sociales por la doctrina del CEDS, encargado por otra parte de interpretar la CSE-, y pese a la indivisibilidad de los derechos humanos que postula el Consejo de Europa, parece discurrir hacia un retroceso del Estado social, tanto a escala estatal como a nivel comunitario. De este modo, el débil reconocimiento en la CDFUE de los derechos sociales podría facilitar una reorientación de las políticas europeas en clave liberalizadora, algo que vendría avalado por las políticas de austeridad impuestas desde la UE.

Por tanto, con el fin de avanzar hacia un estándar común de igualdad -como principio transversal de implementación de las políticas públicas, y por ende las de conciliación- Jimena Quesada y Tomás Mallén[949] sostienen que la vía pasa por avanzar hacia la complementariedad e interacción entre la Unión Europea y el Consejo de Europa, destacando la necesidad de la adhesión de la UE, tanto al Convenio Europeo de Derechos Humanos, como a la Carta Social Europea, de manera coherente con el principio de indivisibilidad de los derechos humanos. Y ello porque se corre el riesgo de confrontarnos ante dos niveles europeos contradictorios o divergentes relativos al principio de igualdad y por tanto de contradicciones entre el TJUE y el Comité Europeo de Derechos Sociales. Sin embargo, y pese a que el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea prevé la adhesión de la Unión al CEDH, esta decisión ha sido recientemente bloqueada por el TJUE que no ha aceptado los términos del acuerdo que se había alcanzado entre los negociadores comunitarios y el Consejo de Europa. Así las cosas, el

[949] JIMENA QUESADA, Luis y TOMÁS MALLÉN, Beatriz S., «Hacia un estándar europeo común de igualdad: la contribución del Comité Europeo de Derechos Sociales», *Cit.* 339-359.

control del Derecho comunitario por parte del Consejo de Europa seguirá siendo indirecto, se seguirá efectuando cuando el TEDH o eventualmente el Comité Europeo de Derechos Sociales enjuicien los actos de aplicación de las normas estatales, algo que, sin duda, va en detrimento de los derechos de la ciudadanía, amen de profundizar en la inseguridad jurídica.

Hasta tanto esa adhesión se verifique, Jimena Quesada propone que "la justiciabilidad de los derechos sociales en juego se concrete en la opción más favorable a su garantía, por la entrada en escena de las cláusulas *favor libertatis* previstas en los propios tratados europeos (arts. 53 CEDH, 32 CSE y 53 CDFUE)", y ello "por imposición de las normas constitucionales españolas sobre la posición de los tratados en España", arts. 93 y 96 CE, además de la cláusula del 10.2 CE; en este sentido, como ya hemos visto, aboga asimismo por la asunción del juez interno del canon de convencionalidad "cuando el canon europeo de derechos sociales sea más favorable que el estándar nacional"[950].

En el apartado siguente analizaremos con detenimiento la evolución en la doctrina del TC en materia de DCPL, donde veremos que las resoluciones del TJUE han sido en múltiples ocasiones fuente de inspiración de nuestro alto Tribunal, -sin duda la Sentencia dictada el 30 de septiembre de 2010, *Asunto Roca Álvarez* y la STC 26/2011, de 14 de marzo, son un ejemplo paradigmático en este sentido-. Por ello hemos considerado oportuno comenzar con el análisis jurisprudencial del TJUE para, a continuación, abordar la labor de nuestro TC.

[950] JIMENA QUESADA, Luis, «Introducción: sostenibilidad y efectividad de los derechos sociales, incluso y sobre todo en tiempos de crisis», en, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, (AA.VV.), (Albacete: Bomarzo, 2014), pp. 44.

2. EVOLUCIÓN DE LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

2.1. Introducción

En los capítulos precedentes hemos visto cómo los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral han venido experimentando en los últimos años una creciente importancia en la actividad de los distintos niveles de producción normativa: europeo, estatal y autonómico, al menos en su vertiente formal. Ya hemos apuntado, sin embargo, que estos derechos se enfrentan en la práctica con toda una serie de resistencias –sociológicas, normativas, jurisprudenciales- que dificultan su ejercicio por los trabajadores/as y, lo que es más importante, impiden que se haga efectivo uno de los derechos fundamentales matrices de todo el ordenamiento jurídico: el principio de igualdad y no discriminación. Nos encontramos, por tanto, en una situación que confirma la distancia aún existente entre igualdad formal e igualdad material o efectiva.

En efecto, se podría decir que nuestro legislador ha sido, en apariencia, sensible con la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres en el trabajo, y consciente de la conciliación como una nueva necesidad social, al impulsarla a través de la LCVFL y principalmente de la LOI 3/2007. Pero al no haber dotado a estas normativas de los enfoques adecuados en atención a su finalidad, y no haberlas acompañado de los instrumentos necesarios para garantizar y velar por su cumplimiento -centrando la conciliación únicamente en un entorno laboral cada vez mas precario, reduciéndola a una cuestión del ámbito privado entre particulares y no de carácter público-, podemos llegar a la conclusión de que a efectos materiales esa aparente sensibilidad normativa se traduce en la dificultad aún patente de conseguir la igualdad efectiva de oportunidades. Sería posible resumir tales problemas en los siguientes aspectos: la ausencia de la delimitación de su naturaleza jurídica, la falta de definición y sistemática de estos derechos en la normativa laboral, la pluralidad de significados que se les atribuyen, el tradicional enfoque feminizado de los DCPL que todavía subsiste en la mayoría de

permisos parentales[951], la deficiente regulación normativa de derechos tan demandados socialmente como el de adaptación de la jornada de trabajo, el incremento de las potestades empresariales en materia de disposición del tiempo de trabajo, la escasa promoción de la corresponsabilidad en el contexto de crisis económica, una regulación procesal que dificulta el recurso en instancias superiores, la falta de impulso en la negociación colectiva, la ausencia de la conciliación en las políticas públicas sobre el tiempo de trabajo, tanto en la UE como en el ámbito estatal, etc.

Al mismo tiempo, y puesto que el mayor desarrollo de los DCPL se ha manifestado hasta el momento en los planes de igualdad de las grandes empresas, así como en las políticas de conciliación autonómicas cuyo ámbito de actuación son principalmente los trabajadores/as públicos, se corre el peligro de que estos derechos acaben siendo un privilegio sólo al alcance de un determinado grupo de trabajadores/as –algo que venimos denunciando a lo largo del presente trabajo-. Por lo tanto, siendo una herramienta al servicio de la igualdad entre sexos, "el riesgo de discriminación y de incoherencias jurídicas en la atribución desigual de derechos conciliatorios, obliga al replanteamiento de la situación actual", ya que éstos "no pueden reducirse a simples derechos laborales", siendo necesario "reforzar su dimensión intrínsecamente constitucional, para contener en última instancia su posible aplicación restrictiva"[952].

Y este replanteamiento ha sido establecido por nuestro Tribunal Constitucional principalmente en sus Sentencias 3/2007, de 15 de enero, y 26/2011, de 14 de marzo, cuando subraya la naturaleza de derecho fundamental del derecho a la conciliación como proyección del principio de igualdad y no discriminación, y asimismo la necesidad de tener en cuenta esta dimensión constitucional a la hora de restringir o negar su ejercicio. De este modo cualquier duda o laguna jurídica que se plantee en la práctica obligará a realizar una aplicación del derecho de conciliación en el sentido más favorable a su efectividad, puesto que "la interpretación *pro-libertate* del derecho a conciliar se fundamenta en su naturaleza constitucional, sin que su condición como derechos derivados laborales pueda invertir ese parámetro interpretativo"[953].

---

[951] Aunque actualmente la casi totalidad de los permisos parentales son de titularidad neutra, su configuración como "derechos de ausencia" tal y como los ha definido Ballester Pastor, continúan estando dirigidos de manera indirecta hacia las mujeres.

[952] RUIZ RICO-RUIZ, Catalina, «La problemática constitucional del derecho a conciliar la vida personal, laboral y familiar», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 14 (2012), pp. 7.

[953] Ibid.

Sin embargo, hay que partir de la base de que, al menos de forma explícita, nuestra norma suprema no contiene aún un reconocimiento de este carácter fundamental, y tampoco de que el ejercicio de los DCPL deba ser considerado como causa discriminatoria; y mucho menos de aquellas situaciones que tengan que ver con aspectos de la vida personal independientes del cuidado de los hijos. Por lo que respecta al ordenamiento jurídico laboral, ni el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores -dedicado a los derechos laborales básicos-, ni el artículo 17 -dedicado a la no discriminación en las relaciones laborales- hacen ninguna mención al derecho a la conciliación de responsabilidades. Pese a ello, tanto la normativa como la jurisprudencia europea ya han dado pasos, en la dirección de consolidar el derecho a la conciliación como un nuevo derecho fundamental. Por otra parte en nuestro ordenamiento interno las disposiciones de rango legal que integran esta materia se sustentan en firmes fundamentos dogmático-constitucionales, y el propio TC, como veremos a continuación, ha ido conformado una doctrina sobre la dimensión constitucional de los DCPL, que aparece como un pilar básico para el desarrollo de tales derechos.

En este apartado analizaremos la evolución del criterio jurisprudencial en torno a ellos y realizaremos una valoración crítica de sus logros y deficiencias. Abordaremos en primer lugar la doctrina sentada por el TJUE y el TC en torno a la discriminación directa por razón de sexo en el ejercicio de aquellos derechos de conciliación relacionados principalmente con la maternidad y el embarazo de las mujeres trabajadoras, para pasar a tratar a continuación la doctrina constitucional sentada en las STC 3/2007 y STC 26/2011 sobre la dimensión constitucional de todos los derechos de conciliación.

2.2. La Constitución como marco jurídico interpretativo de los derechos de conciliación

A estas alturas sería obvio decir que el derecho a la conciliación de responsabilidades, entendido como derecho constitucional subjetivo por su relación con los artículos14 y 39 CE -entre otros- exige, conforme al art. 5 LOPJ, ser atendido en cuanto tal por los Tribunales, y eso significa que su estatuto de derecho fundamental prevalece por encima del desarrollo legislativo concreto de determinados DCPL, dada la

intensidad de la conexión del objetivo de la conciliación con estas importantes normas constitucionales, que reconocen no sólo principios sino también derechos. Sin embargo, lo cierto es que esto no ha ocurrido siempre así y los Tribunales han venido denegando determinados derechos, principalmente en lo que a solicitudes de adaptación horaria se refiere -como ya vimos *in extenso* en el capítulo tercero- que, o bien requerían una determinada interpretación del precepto legal (art. 37.5 y 6 ET) para poder llevar a cabo su ejercicio, o bien porque, en opinión de los Tribunales, el derecho carecía de contenido eficaz (art. 34.8 ET). Por esta razón finalmente ha tenido que intervenir el TC en amparo constitucional para recordar a los tribunales ordinarios la verdadera naturaleza de los DCPL, aunque alguna doctrina científica e incluso el propio voto particular de la STC 26/2011, como veremos más adelante, han manifestado que la postura del TC en esta materia fomentaba con su doctrina un cierto "activismo judicial" al traspasar los límites de la legalidad ordinaria obligando al órgano judicial a intervenir en dichas previsiones normativas. Así lo ha puesto de manifiesto el voto particular formulado por el Magistrado Perez Tremps en la STC 26/2011, cuando llama la atención acerca de "las dificultades que comporta para los órganos judiciales la ejecución de un fallo de estas características, porque parece reclamarles un excesivo intervencionismo que puede desembocar, en ciertos casos, en algo cercano al activismo judicial. En efecto, en este tipo de fallos, al órgano no sólo se le obliga a ponderar (...) sino a intervenir con su voluntad en las previsiones normativas, convencionales o contractuales existentes, tomando decisiones en materia organizativa que deben estar al margen de su actuación jurisdiccional, que ha de limitarse a un control externo de esas previsiones".

De manera más firme que el voto particular, autores como García Amado[954] consideran que las STC 3/2007 y 26/2011 se extralimitan en sus fallos, imponiendo a los jueces que apliquen la CE contra la ley cuando en asuntos como el del art. 34.8 ET la ley no maximice en todo su alcance la realización del modelo de justicia material de la CE. Para el autor resulta contradictorio que el TC establezca una pauta interpretativa a los tribunales ordinarios y que además se atribuya la facultad de controlar su aplicación, dejando sin efecto el principio por el que el TC no puede analizar las dudas

[954] Ver GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «La sentencia de la semana: el Tribunal Constitucional sigue siendo el rey y su palabra es la ley (a ritmo de ranchera)», Blog: Dura Lex*Política, Derecho, sociedad. Y algo de otras cosas*. Disponible en: http://garciamado.blogspot.com.es/. Consultado 30-5-2011.

interpretativas en materia de legalidad ordinaria y provocando así una especie de enfrentamiento entre la solución legal y la solución constitucional. Sin embargo hay que recordar que esa intervención judicial sobre la toma de decisiones en materia organizativa a raíz de una solicitud de DCPL ha sido voluntad del legislador por cuanto, como vimos en el apartado dedicado al régimen procesal de los DCPL, ha dispuesto en el nuevo art. 139 LRJS 36/2011 un procedimiento preferente donde ambas partes deben llevar sus distintas propuestas para que éstas sean valoradas por el juzgador/a *a quo*.

Por otra parte, si se entiende por activismo judicial la obligación de todo órgano judicial de interpretar y tutelar el cumplimiento de la normativa ordinaria conforme a los mandatos constitucionales que, recordemos, constituyen la norma suprema de nuestro ordenamiento, no sólo no resulta una actuación improcedente sino que debe practicarse y defenderse. Como veremos más adelante, lo que reprocha el TC a los órganos judiciales es no haber considerado la verdadera naturaleza constitucional de los DCPL en juego; por lo tanto, a nuestro parecer, yerran aquellas posiciones doctrinales que entienden que el TC se ha extralimitado en sus funciones cuando recrimina a los órganos judiciales que ignoran el valor constitucional de la conciliación, así como la falta de ponderación de los derechos en juego, además del propio marco internacional que ha de prevalecer y servir de guía para el ordenamiento jurídico en materia de derechos fundamentales. Es por ello que el denominado "activismo judicial" del TC ha de entenderse como una "decisión constitucional de política judicial de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores"[955].

Así pues, consideramos pertinente, de manera previa a analizar el alcance de la doctrina constitucional, recordar que el ordenamiento jurídico laboral no es un sistema aislado, sino que tiene siempre como referente el marco constitucional e internacional, actuando éste tanto como límite al legislador ordinario como de criterio interpretativo judicial (art. 53.1 y 96 CE). Y estos referentes se han convertido, ahora más que nunca, en un marco imprescindible de análisis, puesto que las sucesivas reformas laborales, según hemos visto, han venido cercenando numerosos derechos sociales de los trabajadores/as, y concretamente de manera intensa aquellos que tienen que ver con los

[955] MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «Derecho con mirada de mujer: la solución al conflicto de conciliación de la vida laboral y familiar en la STC 3/2007, de 15 de febrero», Diario La Ley, n.º 6681, Sección Doctrina, Año XXVIII, Ref. D-76, marzo de 2007.

derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, provocando por tanto frecuentes puntos de fricción entre la normativa ordinaria y los derechos fundamentales. De ahí que, en palabras de Baylos Grau: "la utilización conjunta con los mecanismos nacionales de garantía de los instrumentos internacionales que reconocen un marco consolidado de derechos derivados del trabajo y su protección, cobra más valor en estos momentos"[956].

Por una parte sabemos que el legislador ordinario se encuentra vinculado al contenido esencial de todos y cada uno de los derechos reconocidos en el capítulo segundo del Título I CE, constituyendo por tanto claros límites a la actuación legislativa, plenamente aplicables y alegables directamente ante los tribunales. En este sentido señala Alfonso Mellado que "aunque los derechos de la sección segunda no gocen de esa protección reforzada, no por ello son menos derechos constitucionales ni dejan de vincular al legislador ordinario en los términos mencionados (...) Esta precisión es importante, ya que en la sección segunda existen numerosos derechos de dimensión laboral que amplían la constitucionalización del Derecho del Trabajo"[957].

A su vez, de acuerdo con los arts. 5 y 6 LOPJ, la CE se convierte en la orientación esencial para aplicar e interpretar las normas legales por los órganos judiciales ordinarios, incluso aquellas que contravengan los principios rectores de la política social económica[958]. Este criterio de interpretación de la ley conforme a la Constitución constituye una regla que el intérprete ha de aplicar de manera estricta, no es una mera guía o principio de orientación. Así pues, el órgano judicial deberá esforzarse por encontrar un encaje constitucional a cualquier norma legal, incluso a la hora de su interpretación, escogiendo de entre las varias posibles la que resulte más acorde a las normas constitucionales, buscando la máxima eficacia posible de los derechos constitucionales[959]. Así pues, siguiendo a Alfonso Mellado[960], en la

[956] BAYLOS GRAU, Antonio, «La dimensión internacional de los derechos laborales en crisis». Disponible en: http://baylos.blogspot.com.es/2014/02/la-dimension-internacional-de-los.html. Consultado 18-2-2014.

[957] ALFONSO MELLADO, Carlos L., «El Derecho del Trabajo. Referentes Constitucionales e internacionales» En Jornadas de Estudio de Derecho Laboral organizadas CC.OO del País Valencia y el Consejo General del Poder Judicial: El Derecho del Trabajo y los fundamentos constitucionales, internacionales y europeos. Alicante: 2013.

[958] Ibid.

[959] STC 19/1982, de 5 de mayo; STC 133/2001, de 13 de junio; STC 219/2001, de 30 de octubre y STC 229/2002, de 9 de diciembre.

[960] ALFONSO MELLADO, Carlos L., «El Derecho del Trabajo. Referentes Constitucionales e internacionales». *Cit.*

interpretación de las normas legales y reglamentarias los órganos judiciales se deben seguir los siguientes criterios:

- Buscar la interpretación, de entre las posibles que mayor ajuste tenga a los derechos constitucionales y garantice la mejor eficacia de los mismos.

- En el caso de que pudiera suscitarse una posible contradicción entre la norma legal o la reglamentaria y los preceptos constitucionales, intentar buscar una interpretación, incluso forzando la literalidad de la norma legal, que permita una aplicación de la misma que no entre en contradicción con la norma constitucional.

- Solamente en el caso de que dicha solución no fuese posible y la aplicación de la norma legal o reglamentaria resultase decisiva para fallar el litigio, el órgano judicial podrá inaplicar la norma reglamentaria por contraria a la CE o, de tratarse de una norma de rango legal, suscitar la cuestión de inconstitucionalidad en relación con la misma.

- Cuando están en juego derechos fundamentales, éstos deben interpretarse además conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados Internacionales ratificados por España, tal como establece el art. 10.2 CE. Por lo tanto la importancia de las sentencias del TEDH, en interpretación y aplicación de los derechos establecidos en la CEDH, trasciende al incidir necesariamente en la interpretación y aplicación de tales derechos fundamentales por los tribunales -constitucionales y ordinarios- de los países integrados en el "Consejo de Europa"[961].

Asimismo las resoluciones judiciales en materia de derechos fundamentales se hallan sometidas a un canon de "razonabilidad y motivación reforzadas". Sin embargo, a la hora de interpretar los preceptos constitucionales, hay que tener en cuenta que, dado que la CE no ha establecido en muchos casos el contenido esencial de los derechos que reconoce, resulta fundamental establecerlo para entender cuáles son los límites reales a los que debe atenerse el legislador ordinario y la propia valoración de constitucionalidad de sus actuaciones. En este sentido, la labor interpretativa del TC se torna fundamental por su relevancia y proyección sobre el resto del ordenamiento jurídico, con el fin de determinar el verdadero alcance que a efectos prácticos tendrá esta doctrina en la pretensión de un trabajador/a que acuda a los tribunales en defensa de sus derechos de conciliación.

[961] Un ejemplo de la influencia de la jurisprudencia del TEDH ha sido su doctrina sobre el art. 14 CEDH (prohibición de discriminación), según la cual "la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable".

Sentado esto, podemos referirnos brevemente al sentido y alcance de la propia labor interpretativa. Siguiendo en este punto a Solozábal Echavarría, "el problema más relevante de la interpretación es que las normas no son mandatos aislados. Se producen en un determinado contexto, tienen una determinada sede material, están dentro de un determinado sistema inmediato, con una especial proximidad respecto de otros preceptos cercanos que integran el mismo cuerpo, la misma institución, y forman parte de un determinado sector del ordenamiento jurídico concreto"[962]. En nuestro ordenamiento, el artículo 3, apartado 1º del Código Civil expone una serie de pautas hermenéuticas -que recuerdan a la clasificación por antonomasia de Savïgny de la interpretación gramatical, lógica, histórica y sistemática- que puede sintetizarse, señala Solozábal Echavarría citando a Díez-Picazo, en los siguientes criterios:

-El criterio gramatical: la interpretación propuesta del precepto no puede chocar con la significación concreta –la acepción ordinaria o técnica- de su tenor literal.

-La referencia al contexto apunta a la inclusión de la norma en la correspondiente institución o sede normativa, *sedes materiae*.

-La atención a la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada, presupone que un texto es susceptible de renovadas potencialidades con el paso del tiempo.

-Finalmente, la obtención del espíritu o finalidad de la norma.

A estas reglas debemos añadir las peculiaridades propias de la interpretación constitucional, puesto que, nos dice el mismo autor, "la inmensa mayoría de los preceptos constitucionales, ya reconozcan derechos, instituyan órganos y asignen competencias o establezcan procedimientos, ya fijen objetivos o formulen definiciones, son normas abiertas, vagas, la concreción de cuyo significado exige una intervención mediadora del intérprete de indudable relieve y significado constructivista"[963]. De tal forma que, tal como declara la STC núm. 24/2004 (Pleno), de 24 febrero: "no puede olvidarse que la función del Tribunal en los procesos de inconstitucionalidad es 'la depuración del Ordenamiento jurídico' y que, por esto, ante él no rige de manera completa el principio dispositivo. Así, en los casos de fundamentación insuficiente, el Tribunal resta en libertad para rechazar la acción en aquello en que se encuentre

[962] SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, «Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 69 (1990).

[963] Ibid.

insuficientemente fundada o para examinar el fondo del asunto si encuentra razones para ello", es decir, que "a pesar de ser rogada la jurisdicción constitucional, no opera sin más el principio dispositivo y no queda vinculado al Tribunal por la voluntad unilateral de quien lo formula" (STC n.º 2/1995, de 10 enero). Y como consecuencia de ello, y de la relevancia que en este sentido el propio ordenamiento ha adjudicado al Tribunal Constitucional[964], "la doctrina constitucional contenida en las resoluciones de todo tipo de procesos -recursos, cuestiones de inconstitucionalidad, amparos, conflictos entre órganos y de competencia- del Tribunal Constitucional se impone a todos los Tribunales (…) Obsérvese que la doctrina del Tribunal Constitucional no necesita ser reiterada para obligar, y que puede contenerse no sólo en las sentencias, sino también en autos o resoluciones motivadas del Tribunal que no se refieren al fondo del asunto"[965].

Esto supone, en palabras de García-Perrote Escartín, que las decisiones del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus competencias obligan a todos los poderes del Estado (art. 87.1 LOTC), "fuerza vinculante que se proyecta con especial intensidad sobre el resto de los órganos jurisdiccionales, incluidos todos aquellos a los que la Constitución califica como de 'poder judicial'"[966]. Precisamente por ello es una singularidad fundamental de la jurisprudencia constitucional su valor frente a la jurisprudencia ordinaria, incluso la del Tribunal Supremo. El Tribunal Constitucional, al no estar incluido en el marco de ese "poder", somete a su control, mediante el recurso de amparo, incluso las decisiones del Tribunal Supremo, si bien tal sumisión se ha de producir en materia de derechos fundamentales. El recurso de amparo permite, de este modo, que sea efectiva la superioridad del Tribunal Constitucional sobre la jurisdicción ordinaria, superioridad que significa, en último extremo, vinculación del poder judicial a la doctrina constitucional"[967] –pese a las dificultades que la propia configuración legal del TC tras la reforma de 2007 plantean en relación con la efectiva tutela de los derechos, tal y como ha estudiado Tur Ausina[968]-.

[964] Art. 1 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en relación con el art. 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

[965] SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, «Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional». *Cit.*

[966] GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, «La jurisprudencia constitucional en materia social, veinticinco años después.», En Seminario sobre La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios. Alcalá de Henares: 2005.

[967] Ibid.

Concretamente, por lo que respecta al contenido esencial del principio de igualdad y no discriminación, del que deriva el derecho fundamental a la conciliación, incluso antes de que la LOI 3/2007 acogiera expresamente su función informadora, la igualdad de trato y la prohibición de discriminación constituían ya principios orientadores de la actividad judicial. En ese sentido la STC 81/1982, de 4 de diciembre, vino a decir que, si bien las decisiones judiciales deben estar especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, tal exigencia requiere de mayor empeño cuando actúa sobre una realidad tan sensible como la igualdad. Por lo tanto la implicación del juzgador/a en la efectiva aplicación del citado derecho ha de ser máxima, al imponerle el deber de interpretar los actos jurídicos de conformidad con los referidos principios. En consecuencia, la infracción de ese deber otorgaría un "derecho subjetivo impugnatorio" que permitiría al perjudicado/a recurrir para que se reconozca su derecho a que los actos jurídicos se interpreten según ordena el referido principio.

No obstante, la aprobación de la LOI 3/2007 supuso un importante impulso promocional de la igualdad con la intención no sólo de tutelar el derecho, sino también provocar su ejercicio activo por parte de los poderes públicos[969]. Por lo tanto, como sostiene Lousada Arochena, la LOI 3/2007 pasa a ser contenido esencial del principio constitucional de igualdad y no discriminación: "Una vez el legislador ha reconocido derechos que permiten a las personas decidir más libremente sobre todos los aspectos de su vida sin someterse a los condicionantes marcados por los estereotipos de género, éstos pasan a ser un contenido esencial adicional de la igualdad, de modo que, si son vulnerados, gozarán de la protección judicial reforzada del art. 53.2 CE y , en particular, de la posibilidad de acceso al recurso de amparo constitucional"[970]. Así pues, el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres reconocido en el art. 1 de la LOI 3/2007, y desarrollado a lo largo de todo su articulado, no se agota en su

---

[968] TUR AUSINA, Rosario, *Garantía de derechos y jurisdicción constitucional. Efectividad del amparo tras la sentencia estimatoria* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008).

[969] Concretamente el art. 1 reconoce un auténtico derecho subjetivo a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres; el art. 4 impone la interpretación e integración de las normas conorme al principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres; y los arts. 14 y 15 plasman e imponen el principio de transversalidad de la igualdad, que pretende una igualdad efectiva entre mujeres y hombres mejorando los mecanismos tradicionales y reconociendo derechos que permitan a las personas decidir libremente sobre todos los aspectos de su vida sin someterse a los condicionantes marcados por el género.

[970] LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y periodo de prueba (A propósito de la STC de 10 de octubre de 2013)», *Revista de Derecho Social* nº 63 (septiembre de 2013): pp. 143-54. Para el autor ese plus que supone la transversalidad de género que se acoge en la LOI 3/2007 responde a las características típicas del moderno derecho antidiscriminatorio.

dimensión subjetiva, sino que la supera para configurar una dimensión objetiva que considera la igualdad como un valor superior del ordenamiento español y como un principio jurídico –ex art. 1.1. 9.2 y 14 CE-; todo lo cual se manifiesta a través de la vinculación que ejerce sobre los poderes públicos. Y como principal manifestación de esta fuerza expansiva se establece en el art. 4 LOI 3/2007, a modo de principio informador y de aplicación, la interpretación e integración a favor de la igualdad entre mujeres y hombres, que se traduce en una exigencia reforzada de fundamentación racional de los juicios de valor en materia de igualdad de trato. En el caso del ejercicio de los DCPL haríamos el siguiente silogismo: el derecho a la conciliación es un derecho fundamental por la vía de la afectación de los arts. 14 y 39 CE; las garantías frente al ejercicio de los trabajadores/as de los DCPL forman parte de ese derecho, por lo tanto tales garantías han de ser aplicadas de acuerdo con ese canon reforzado si la sentencia, por vía de interpretación, merma el alcance del derecho, contraviene las reglas o criterios hermenéuticos y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otra parte hay que tener en cuenta que la igualdad real y efectiva constituye uno de los objetivos esenciales del Estado Social y tanto el legislador ordinario como el órgano judicial deben interpretar siempre las normas no sólo conforme a los derechos constitucionales, sino también a la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho, debiendo ser el "parámetro de interpretación del conjunto de los derechos constitucionales y especialmente de los derechos sociales. En este sentido, la interpretación de cualquier norma debe ser hecha de la forma que mejor proteja el Estado Social, art. 1.1. CE, y cuanto esa forma de Estado representa especialmente en orden a la consecución de la igualdad real, material, entre los ciudadanos".[971] Es por ello que, como afirma Molina Navarrete, "desde la perspectiva del Estado Social y Democrático de Derecho, todos los intérpretes asumimos la misión de mantenerlo permanentemente adaptado para desafiar los problemas que surgen en cada realidad social en la que debe ser aplicado, por distante que el objetivo de la norma constitucional se encuentre respecto de la realidad social, como sucede con la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres" [972].

[971] ALFONSO MELLADO, Carlos L., «El Derecho del Trabajo. Referentes Constitucionales e internacionales». *Cit.*

[972] MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «Derecho con mirada de mujer: la solución al conflicto de conciliación de la vida laboral y familiar en la STC 3/2007, de 15 de febrero». *Cit.*

Por último, y en cuanto al sometimiento del legislador y el órgano judicial ordinario a los principios rectores de la política social y económica -dado que en estos se introducen numerosas materias que afectan a los derechos de conciliación[973]-, si bien es cierto que conforme al art. 53.3 CE éstos solamente pueden ser alegados ante los órganos judiciales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, no se trata de meros principios programáticos, ya que es la propia CE la que les reconoce una eficacia real[974] en lo que atañe a su reconocimiento, respeto y protección. De este modo han de informar la legislación positiva, además de la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos: "esa es la única interpretación posible del art. 53.3 CE y por ello cabe un cierto control de la actividad legislativa (161 CE) y, sobre todo, cabe una aplicación por los distintos órganos judiciales y por el propio Tribunal Constitucional de estos principios, al efecto de establecer siempre la interpretación de las normas que mejor se ajuste al contenido constitucional de los mismos, incluso situando la propia norma interpretada en el marco de esos principios rectores que son, también, garantía del Estado Social a cuyo servicio se establecen, sin olvidar además que muchos de esos principios se corresponden con derechos sociales reconocidos en instrumentos internacionales vinculantes para el Estado español (...)"[975].

Sirvan estos apuntes en torno a la naturaleza y alcance de la interpretación constitucional para sentar unas bases sobre las que comprender mejor la relevancia que tiene la constitucionalización de los derechos de conciliación a través de la doctrina del TC, y en especial por la vinculación que establece sobre los tribunales a la hora de aplicarlos. Esto nos llevará a destacar, en los siguientes apartados, la importancia que

---

[973] Así, el art. 39 CE, que establece la protección a la familia y el menor; el art. 40.1 CE, que obliga a una política orientada al pleno empleo -lo que podríamos relacionar con los DCPL presenciales-; o el art. 40.2 CE que establece la obligación de los poderes públicos de fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesional, de velar por la seguridad e higiene en el trabajo y de garantizar el descanso necesario mediate la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periodicas retribuidas.

[974] "No son principios enunciados en forma de normas sin contenido concreto y aplicativo (STC 19/1982, de 5 de mayo), sino normas que enuncian principios vinculantes para el legislador ordinario y los poderes públicos (STC 14/1992, de 10 de febrero) incluido, por supuesto, el conjunto de órganos judiciales (STC 95/200, de 10 de abril), vinculación que también alcanza, por supuesto, a las Comunidades Autónomas y a las leyes autonómicas (STC 64/1982, de 4 de noviembre) y que permite, por ejemplo, anular normas reglamentarias por contravenir alguno de los principios rectores enunciados en la CE (STSJ (C-A) Andalucía, Málaga, de 11 de diciembre de 2000, Rec. 153/2000 (en materia de vivienda).

[975] ALFONSO MELLADO, Carlos L., «El Derecho del Trabajo. Referentes Constitucionales e internacionales». *Cit.*

supone afirmar la condición, desde la perspectiva constitucional, de un nuevo derecho social fundamental más allá de lo que establezca la legislación ordinaria. No obstante, haremos referencia también a las insuficiencias de tal doctrina, principalmente en lo que atañe a la necesidad de introducir en ella una adecuada perspectiva de género, así como de vincularla con otros derechos fundamentales y constitucionales.

2.3. Evolución jurisprudencial de los derechos de conciliación de la vida personal y laboral en la doctrina del TJUE y del TC (especial referencia a la tutela del embarazo y la maternidad)

Una vez expuesto el régimen normativo atinente a los DCPL en los distintos niveles del ordenamiento jurídico y el comparado, capítulos primero y tercero, resulta conveniente detenernos a examinar el desarrollo que estos derechos han adquirido de manos de los Juzgados y Tribunales, pues a ellos se debe en buena medida su evolución, como comprobaremos. Abordaremos en primer lugar su desarrollo por parte del TJUE y posteriormente por la doctrina constitucional en la medida en que el el Tribunal de Luxemburgo ha sido en buena medida fuente inspiradora de nuestro TC[976].

Conviene reiterar que en el desarrollo e interpretación del principio de igualdad y no discriminación, en sus diferentes vertientes, el TJUE ha desempeñado un papel fundamental. Y es que, como decíamos, aunque el art. 119 del Tratado de Roma, en su versión originaria, ya recogía el principio de igualdad retributiva de mujeres y hombres, debemos recordar que no será hasta el Tratado de Ámsterdam firmado en 1997 cuando se reconozca en el Derecho originario el principio de no discriminación por razón de sexo en el empleo y la ocupación (art. 141 TCE).

Centrándonos principalmente en la tutela antidiscriminatoria durante la situación de embarazo y maternidad en el ámbito de las relaciones laborales, va a ser el TJUE quien configure, en primer lugar, la doctrina según la cual cualquier trato peyorativo que tuviera como causa el embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo con base fundamentalmente en la Directiva 76/207/CEE[977]. Esta construcción

[976] En los Anexos V y VI pueden consultarse las sentencias estudiadas en este apartado clasificadas por orden cronológico y donde se establece un breve resumen de las mimas así como su referencia.

[977] *Asunto Dekker*.

jurisprudencial, señala Fernández Prieto[978], se incorporará posteriormente a las Directivas de maternidad y antidiscriminatoria. La autora destaca así la positiva labor de los pronunciamientos del TJUE que, en general, ha ido realizado una interpretación extensiva de la tutela protectora.

Tras la aprobación de la Directiva de maternidad 92/85, el TJUE elaborará todo un desarrollo doctrinal sobre la incompatibilidad de aquellas actuaciones empresariales que no procedían a la contratación de mujeres embarazadas por tratarse de puestos que obligaban a traslados o adaptaciones a su situación específica[979].

Otro de los problemas que se plantean es la determinación de la titularidad del tiempo de permiso de maternidad no destinado a la recuperación de la salud, sino de naturaleza estricta de cuidado, el cual podría quedar abierto a los progenitores masculinos, planteándose el caso ante el TJUE en 1984 y resolviendo en el *Asunto Hoffman*, donde el Tribunal considera que el permiso de maternidad no sólo garantizaba los aspectos sanitarios vinculados al embarazo y al parto, sino que también protegía la especial relación entre una mujer y su hijo/a que se produce en el periodo de tiempo posterior al embarazo y al parto. Como advierte Ballester Pastor, "esta toma de postura del TJUE condicionará muchos pronunciamientos posteriores en torno a la responsabilidad paterna, de lo que se deduce cierta complacencia en cuanto al mantenimiento del reparto tradicional de roles" [980]. Posteriormente, el TJUE ha ido suavizando esta doctrina para establecer, en cuanto a la titularidad exclusiva femenina del permiso de maternidad contenido en la Directiva 92/85, que la diferencia en el ámbito del cuidado está justificada como medida de acción afirmativa para la mujer.

En cuanto al espacio temporal en el que tienen efecto los derechos y garantías previstos en la Directiva en relación al embarazo y al permiso de maternidad, el TJUE va a realizar una interpretación extensiva tanto en el espacio anterior al embarazo, como

---

[978] FERNÁNDEZ PRIETO, Marta, «La tutela del embarazo en la jurisprudencia constitucional y de la Unión Europea», *Revista de Derecho Social* n.º 69 (marzo de 2015): pp. 209-222.

[979] Así se declaró, entre otras, en el *Asunto Webb*, *Asunto Habermann*, o el *Asunto Mahlburg*.

[980] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad», *Cit.* pp. 31-66. Muestra de ello es la argumentación de nuestro Tribunal Constitucional contenida en la STC 75/2011, o la realizada en el *Asunto Betriu Montull.*

en el tiempo posterior al término de la maternidad[981]. Esta interpretación extensiva pone de manifiesto, como señala Ballester Pastor, cierta relación de complementariedad entre las Directivas 92/85 y 2006/54[982]. "Se anticipa, en todo caso, un panorama jurisprudencial particularmente rico en los próximos tiempos, en el que la adscripción de los derechos solicitados a una u otra Directiva será decisiva para determinar la existencia de los derechos y su alcance"[983].

Por lo que respecta a la Directiva antidiscriminatoria y las referencias al cuidado que aparecen en ella[984], el TJUE acaba interpretando el permiso de maternidad como un derecho de aplicación absoluta e incondicionada, cuyo ejercicio no puede tener ninguna repercusión negativa en la trabajadora[985]. Esta doctrina, como indica Ballester Pastor va a ser "particularmente importante en relación con los derechos vinculados a la conciliación porque el TJUE ha terminado por aplicar la misma doctrina de mantenimiento de derechos a los trabajadores que ejercitan permisos parentales"[986]. Así pues, por lo que respecta a la aplicación de la Directiva de permisos parentales, se puede hablar de un reforzamiento por la doctrina del TJUE similar al reconocido con relación al disfrute del permiso de maternidad durante los últimos años, considerándolo como un derecho absoluto e incondicionado, sin que resulte lícito que su ejercicio repercuta negativamente en el disfrute de otros de diferente naturaleza. La sentencia dictada en el *Asunto Zentralbretriesbrat* eleva definitivamente el rango de protección dispensado por

[981] Aunque en el *Asunto Hertz*, el Tribunal consideró legítimo conforme al derecho comunitario el despido objetivo por faltas de asistencia debidas a problemas de salud derivados del parto, y que se prolongaban más allá del periodo establecido para la suspensión por maternidad.

[982] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad». *Cit*.

[983] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea», *Cit.* pp. 33

[984] Arts. 2.2.c y 15.

[985] Así por ejemplo, destaca el *Asunto Gillespie*, que establece que los incrementos salariales durante el permiso de maternidad debían repercutir en la retribución de la trabajadora; el *Asunto Merino Gómez*, que establece el derecho de las vacaciones que coincidan con el periodo de suspensión por permiso de maternidad a disfrutarlas acumuladamente con posterioridad a aquel; el *Asunto Parviainen*, donde se considera injustificada la pérdida de los complementos de puesto de trabajo en caso de traslado por incompatibilidad con el embarazo del puesto anterior; el *Asunto Kiiski* donde se considera contraria al derecho comunitario la negativa empresarial a reducir la duración de un permiso parental para el cuidado de hijos para poder sustituirlo por el permiso de maternidad correspondiente a un hijo posterior, o el *Asunto Zentralbretriesbrat* que configura el derecho a que el disfrute de un permiso parental de dos años no suponga la pérdida del derecho a las vacaciones correspondientes al periodo de tiempo trabajado anterior al permiso parental.

[986] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea». *Cit*. pp. 35.

el disfrute de permiso parental para situarlo al mismo nivel que la maternidad y la incapacidad temporal[987].

En cuanto a la titularidad de los permisos parentales, la falta de claridad en este sentido de la Directiva ha dado lugar a que la jurisprudencia del TJUE, con base en el *Asunto Hoffman*, de 12 de julio de 1984, haya justificado en muchos casos la atribución exclusivamente femenina de permisos complementarios a la maternidad, como el permiso de lactancia. Sin embargo en el *Asunto Roca Álvarez* de 30 de septiembre de 2010, se produce un importante cambio de tendencia en la configuración de los permisos parentales, al considerar que el permiso de lactancia es estrictamente de cuidado y no puede configurarse como una medida de acción positiva, porque su asignación en favor de la titularidad femenina contribuye a perpetuar la discriminación de la mujer en el reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, situando a los hombres en una función subsidiaria con respecto al ejercicio de su función parental. Así, el TJUE declara contraria al Derecho comunitario la regulación de medidas de conciliación de atribución exclusiva o preferentemente femenina. En esta sentencia se conecta directamente la conciliación con el género desde una óptica novedosa y que va a suponer un punto de inflexión en el avance en la igualdad de oportunidades, ya que se parte del concepto de la discriminación estructural sexo/género poniendo en cuestión el modelo de "mujer cuidadora", adoptando decisiones que suponen una ruptura, un cambio en los roles tradicionales de género en favor de la corresponsabilidad. Se trata sin duda de un ejemplo encomiable de cómo el Derecho y la práctica jurídica adquieren un papel relevante en la transformación de las estructuras y las relaciones sociales de género. Al mismo tiempo se pone de manifiesto el efecto perverso de medidas supuestamente de acción positiva en el ejercicio de los DCPL que finalmente acaban por reforzar la división sexual del trabajo. Por último, y como veremos en el capítulo IV, esta sentencia ejercerá una influencia muy notable en nuestro TC, siendo fiel testigo de la misma la STC 26/2011 de 14 de marzo de 2011. Así pues, en resumen, y siguiendo a Ballester Pastor[988], se puede decir que la jurisprudencia del TJUE en materia de DCPL ha estado marcada por tres etapas diferentes:

[987] Ibid.

[988] BALLESTER PASTOR, Mª Amparo, «Igualdad y conciliación en las últimas reformas laborales y de Seguridad Social. Análisis desde las exigencias del derecho de la Unión Europea». *Cit*.

En una primera, que se sitúa durante los años 80, la prohibición de discriminación por razón de sexo/género y los derechos de conciliación van de la mano[989], lo que va a dar lugar a una doctrina ciertamente expansiva por parte del Tribunal de Justicia Comunitario.

En las décadas posteriores se inicia una segunda etapa que se caracteriza, al igual que vimos en el desarrollo normativo de la conciliación en la UE, con una contención en el desarrollo expansivo de la prohibición de discriminación sexo/género y que se pone de manifiesto en algunas sentencias donde se establecen limitaciones a las cuotas de reserva femeninas; se legitima la diferencia retributiva por razón de sexo en base a una reinterpretación del concepto de igual valoración de puestos de trabajo; o se valida el criterio de la antigüedad a la hora de establecer diferenciaciones por razón de género [990]. En lo que a su aplicación a los DCPL se refiere, es significativa en este sentido la sentencia dictada en el *Asunto Österreichischer*.

Finalmente, en una tercera etapa que se inicia a lo largo de la última década, comienzan a abrirse otro tipo de posibilidades para garantizar que los DCPL pudieran disponer de una protección efectiva, volviendo a establecerse una conexión con la prohibición de discriminación por razón de sexo/género. Así, destacan por una parte una serie de sentencias en torno al desarrollo de la garantía de no lesividad[991] aplicada al

[989] Destaca en ese sentido los sucesivos programas comunitarios de igualdad de oportunidades para las mujeres (82-85 y 86-1990) donde se hacía expresa referencia a la importancia de promover el reparto de responsabilidades como instrumento para la consecución de la igualdad real entre hombres y mujeres, o la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9-12-1989 donde los derechos de conciliación formaban parte expresamente de los mecanismos de protección frente a la discriminación por razón de género.

[990] Por ejemplo la autora cita las siguientes sentencias del TJUE:

- Se establecen limitaciones a las cuotas de reserva femeninas: Sentencias del TJCE de 17 de Octubre de 1995, *Asunto Kalanke*, C-450/93; de 11 de Noviembre de 1997, *Asunto Marschall*, C-409/95; de 28 de Marzo del 2000, *Asunto Badeck*, C-158/97; y de 6 de Julio del 2000, *Asunto Abrahamsson*, C-407/98.

- Se reinterpreta el concepto de igual valoración de puestos de trabajo: En el *Asunto Wiener* STJCE de 11 de Mayo de 1999, C-309/97 al plantearse una cuestión prejudicial relacionada con la menor retribución establecida para los psicoterapeutas psicólogos (mayoritariamente mujeres) en relación con la establecida para los psicoterapeutas médicos (mayoritariamente hombres) pese a que la actividad realizada por ambos era idéntica, el Tribunal justificó la legitimidad comunitaria de la diferencia retributiva en la diferente formación de base y en la mayor movilidad (disponibilidad para otras funciones) de los médicos psicoterapeutas en relación con los psicólogos psicoterapeutas.

- Se matiza el criterio de antigüedad como susceptible de generar discriminación indirecta por razón de género: En el *Asunto Cadman*, STJCE de 3 de Octubre de 2006, C-17/05, el Tribunal comunitario se pronunció acerca de la antigüedad como elemento susceptible de implicar tratos discriminatorios indirectos por razón de género (dado el mayor nivel de rotación de la mano de obra femenina) y concluyó en su validez comunitaria. Para ello partió de la validez a priori de dicho criterio salvo prueba en contrario.

[991] Y que supone que el ejercicio de tales derechos no puede implicar perjuicio alguno para el trabajador/a que accede a ellos.

ejercicio de los DCPL, tanto de los relacionados con la situación de maternidad como con el ejercicio de otros permisos parentales. Al mismo tiempo se produce una extensión de la protección dispensada a las situaciones de maternidad y permisos parentales hacia causas de discriminación de nueva generación, diferentes al género, como la edad o la discapacidad, y que ha dado lugar a una doctrina judicial llamada "discriminación por vinculación" o "discriminación refleja".

Por todo ello la conciliación podría estar incrementando su importancia como causa de protección autónoma, abriendo paso a nuevos conceptos. De este modo, "la nueva doctrina jurisprudencial, que está acercando la protección dispensada a las madres y a las personas que disfrutan de permisos parentales, evidencia que la cuestión del cuidado está siendo ascendida en rango a situaciones que, tradicionalmente, han gozado de una protección relativamente elevada"[992]. Creemos que esta nueva orientación obedece a la necesidad de ofrecer una mejor tutela antidiscriminatoria abordando la raíz del problema, esto es, la discriminación estructural sexo/género, y considerando como uno de los aspectos fundamentales la necesidad de actuar sobre el reparto de responsabilidades en el ámbito privado – *Asunto Roca Álvarez*- así como las nuevas circunstancias sociales y familiares de las personas trabajadoras.

No obstante, dos resoluciones dictadas en 2013 y 2016 parecen abrir una brecha en esta nueva etapa expansiva de la conciliación. Se trata de los *Asuntos Betriu Montull* de 2013 y *Estrella Rodríguez* de 2016, donde el TJUE trae de nuevo a colación su doctrina del *Asunto Hoffman*, manifestando que el permiso de maternidad y el permiso parental obedecen y persiguen objetivos diferentes[993]. Este criterio, alejado del sentado en 2010 en el *Asunto Roca Álvarez*, insiste de nuevo en la idea de "feminizar" el cuidado, apartándose del argumento utilizado anteriormente acerca de cómo los permisos de titularidad exclusivamente femenina, como el de lactancia español, acababan consolidando los roles tradicionales de género y por ende la discriminación

[992] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 92 (marzo de 2011): pp. 207-255.

[993] El Tribunal distingue entre la finalidad del permiso de maternidad, tal y como se regula en la Directiva 92/85 y el permiso parental, que se concede a los padres para que puedan ocuparse de su hijo hasta una edad determinada, en relación con el apartado 9 el Acuerdo marco sobre el permiso parental anexo a la Directiva 96/34. Así, mientras que el permiso de maternidad tiene como finalidad asegurar la protección de la condición biológica de la mujer y 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, recordando su Sentencia de 19 de septiembre de 2013, *Asunto Betriu* Montull C 5/2012, el permiso parental se configura como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

sexo/género.

Pasando a abordar a continuación la evolución de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en lo relativo a la tutela del embarazo y la maternidad, y siguiendo a Fernández Prieto[994], apreciamos una evolución marcada por las siguientes etapas:

En primer lugar, debemos comenzar recordando la doctrina elaborada por la STC 182/2005, de 4 de julio, que dispone que "aunque ciertamente el art. 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad, sí excluye toda distinción o trato peyorativo a la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias. La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo. El examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, sirve de fuente interpretativa del art. 14 CE corrobora la amplitud de esa protección". Para el TC esa discriminación comprende los tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de circunstancias que tengan una conexión directa e inequívoca con el sexo de la persona, como el embarazo, factor diferencial que incide en exclusiva sobre las mujeres. Así, la protección de la trabajadora embarazada se extiende a la relación laboral, afianzando sus derechos laborales, condicionando las potestades organizativas y disciplinarias del empleador y prohibiendo cualquier perjuicio a la trabajadora derivado de su embarazo[995].

En un primer momento la doctrina constitucional va a considerar clave el conocimiento o no del embarazo por parte del empresario/a para la calificación del despido. De este modo, si el empleador/a desconoce el estado de embarazo de la trabajadora no se podrá considerar que la decisión adoptada ha sido discriminatoria por

[994] FERNÁNDEZ PRIETO, Marta, «La tutela del embarazo en la jurisprudencia constitucional y de la Unión Europea». *Cit.*

[995] Así, por ejemplo, La STC 166/1988, de 26 de septiembre, que otorga el amparo a una trabajadora embarazada en relación con el desistimiento empresarial durante el período de prueba, merece una valoración positiva. La prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica de la mujer, cualificándose la conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre –la minusvaloración o el perjuicio laboral– y encuentra amparo constitucional en el art. 10.2 en relación con el art. 14 CE.

razón precisamente de dicho estado, cuando no es posible apreciarlo a simple vista[996]; aunque si no consta el desconocimiento del empleador/a como hecho probado, pero tampoco su conocimiento de modo expreso, no se puede rechazar de plano la vulneración constitucional[997]. No obstante, esto no significa que cuando ha quedado demostrado el conocimiento del empleador ello sea, por sí solo, suficiente para considerar discriminatorio el acto impugnado[998]: se trataría de un indicio necesario pero no suficiente, debiendo completarse para que actúe la técnica que invierte la carga de la prueba. Tales supuestos de conocimiento del embarazo por parte del empleador, a los que se añaden otros indicios para considerar finalmente la decisión contraria al art. 14 CE, serán los más numerosos en la doctrina constitucional, como señala la autora[999].

La LCVFL 39/1999, buscando dar cumplimiento al art. 10 de la Directiva 92/85 CE, modificará la normativa laboral y procesal para calificar de nula la decisión extintiva por causas objetivas o el despido disciplinario "de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del periodo de suspensión (por maternidad, riesgo durante el embarazo o enfermedades causadas por el embarazo), salvo que "se declare la procedencia (de la decisión extintiva por causas objetivas o del despido disciplinario) por motivos no relacionados con el embarazo". A partir de este momento, tanto la mayoría de la doctrina científica como la de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia va a ser favorable a la aplicación automática de la norma. Finalmente será la STC 92/2008**,** de 21 de julio[1000],

[996] STC 41/2002, de 25 de febrero.

[997] STC 62/2007, de 27 de marzo.

[998] STC 17/2003, de 30 de enero, STC 41/2002, de 25 de febrero.

[999] Así por ejemplo, destaca el caso de la piloto embarazada donde por ello le suspenden el contrato de trabajo (STC 161/2004), en el de no renovación del contrato de trabajo a la trabajadora por parte de la clínica (STC 175/2005, de 4 de julio), en el cese de la trabajadora del Partido Popular, donde se comunica el estado de gestación al Consejero para el que trabaja (STC 98/2003) o en el caso del «despido nulo no discriminatorio» donde el órgano judicial considera probado el conocimiento pero descarta el hecho discriminatorio por no tener entidad la causa alegada y el TC considera que por ello, precisamente, debe ser considerado nulo radical (STC 342/2006, de 11 de diciembre). En todo caso, más recientemente, el TC ha destacado que el derecho a la intimidad de la trabajadora (art. 18.1 CE) no le obliga a notificar dicho estado al empleador (STC 17/2007, de 30 de enero).

[1000] En este caso la empresa había despedido a una trabajadora embarazada alegando la imposibilidad de mantener sus servicios y reconociendo la improcedencia del despido. En la jurisdicción ordinaria se califica el despido como improcedente y no como nulo al no estimar probado que la empresa conociese la situación de embarazo de la trabajadora. Los argumentos constitucionales de la trabajadora demandante de amparo eran la discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y la vulneración de la tutela judicial efectiva por inaplicación de la norma que, a su juicio, impone la declaración de una nulidad objetiva del despido, en caso de no demostrarse procedente y con independencia del conocimiento del estado de gravidez por parte del empleador.

la que, interpretando la reforma introducida en el art. 55.5 ET, considera que será suficiente con la acreditación del dato objetivo del embarazo para que éste sea declarado nulo, con independencia de que existan o no indicios de su carácter discriminatorio cuando el mismo no pueda calificarse de procedente:

En primer lugar, el TC recuerda su doctrina sobre el conocimiento directo o indirecto del empresario como condición para considerar discriminatorio el despido y entender, en definitiva, que fue precisamente dicha circunstancia la que lleva al acto extintivo. Así pues el art. 14 CE no se vulneraría, en puridad, al no existir en el caso concreto indicios de la lesión y constar exclusivamente que la trabajadora estaba embarazada en el momento del despido -y que no existía causa legal para el mismo, de ahí que la empresa reconociese la improcedencia-. En consecuencia, las resoluciones impugnadas que declaran que el despido no había estado motivado por el embarazo eran desde este punto de vista correctas.

Sin embargo, el TC acude a la técnica del "canon reforzado" de control de los derechos fundamentales, poniendo en conexión el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 –que supone obtener una resolución fundada en Derecho- con un determinado derecho fundamental, en este caso, el art. 14 CE, exigiendo a los órganos de la jurisdicción ordinaria no ya que dicten resoluciones que sean "razonables" y "no arbitrarias", sino que en sus resoluciones valoren y ponderen los derechos fundamentales alegados y que pudieran estar en juego; es decir, se les exige un esfuerzo argumentativo mayor y de más calidad constitucional. El TC considera que, en el caso concreto, no se han satisfecho los requerimientos constitucionales y otorga el amparo. De este modo establece una serie de criterios jurisprudenciales de relevancia:

-La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo proclamado en el art. 14 CE.

-Nada, en los preceptos del ET relativos a la declaración de nulidad de los despidos efectuados durante el periodo de embarazo de una trabajadora, exige la acreditación del conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de la previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. Tanto el sentido propio de las palabras -al enumerar un nuevo supuesto de nulidad adicional al previsto en el párrafo primero, y no contemplar otra excepción a la declaración de nulidad que la procedencia del despido, amén de delimitar el ámbito temporal de la garantía por referencia a "la fecha de inicio del embarazo"-, como la

interpretación contextual del precepto en su relación con el párrafo primero, y la referida a la necesaria finalidad de innovación del ordenamiento jurídico que debe perseguir toda reforma legal, conducen a una interpretación de la norma como configuradora de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero, y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación.

-Frente a esta claridad interpretativa no puede oponerse el hecho de que la Directiva comunitaria prevea expresamente la necesidad de comunicación del estado de embarazo, porque es manifiesto el apartamiento por el legislador nacional del texto de la Directiva en este aspecto concreto, en tanto en cuanto la exposición de motivos de la ley de transposición especifica dispone que con ella se superan los niveles mínimos de protección. Para el TC la creación por el legislador de un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas posee "una clara relevancia constitucional" desde la perspectiva prioritaria del derecho a la no discriminación por razón de sexo, porque se ve reforzado al dispensar a la trabajadora de una prueba que en ocasiones podría ser muy complicada, y cuya exigencia limitaría la eficacia del derecho fundamental. Pero, además, con ello se exime de la necesidad de demostrar el conocimiento por un tercero de un hecho que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener, legítimamente, fuera del conocimiento de los demás y, en particular, de la empresa, por múltiples razones, incluida la voluntad de preservar un puesto de trabajo que puede entender amenazado como consecuencia del embarazo. Exonerar de esta prueba del conocimiento del embarazo y, con ella, de toda obligación de declaración previa, constituye, sin duda, una medida de fortalecimiento de las garantías frente al despido de la trabajadora embarazada (art. 14 CE), al tiempo que plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

-El TC reconoce que la garantía, frente al despido, del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige, necesariamente, un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador, y que son posibles otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE -en particular, el que estaba en vigor antes de la reforma legal-. Pero considera que "una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE, que incrementa las garantías precedentes conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos

y bienes constitucionalmente protegidos, no puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con su contenido previamente definido".

Por todo ello la STC 92/2008 concluye que las resoluciones impugnadas no satisfacen las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas del derecho fundamental, que impone la afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, y de los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados, y estima la demanda de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo. En el mismo sentido se va a pronunciar un año mas tarde la STC 124/2009, de 18 de mayo.

No obstante, el asunto no parece quedar zanjado de manera definitiva y se abre una tercera etapa, que significativamente se inicia en el momento álgido de la "crisis del año 8", con la STS de 18 abril 2011, Rec. 2893/2010, sentencia que va a introducir una "matización" en esta doctrina de la nulidad objetiva elaborada por el TC, cuando la extinción del contrato de la mujer embarazada se produce durante el periodo de prueba. La sentencia entiende que tal previsión de nulidad objetiva por la que se refuerza la protección de la trabajadora, se limita a los supuestos de extinción "causal" pero no se extiende a otros supuestos en los que se sigue necesitando la necesidad de acreditar un panorama indiciario de discriminación, so pena de que otro entendimiento dificulte la contratación e incremente las desigualdades de hombres y mujeres. La argumentación se sustenta sobre el hecho de que la extinción durante el periodo de prueba es una institución diferente al despido tanto en sus causas -no se exige causa- como en sus formas -no se exige forma-, y que no cabe aplicar analógicamente la prohibición de despido al desistimiento durante la vigencia del periodo de prueba.

De ahí se concluye que, en una fase inicial de la relación laboral como es el periodo de prueba, la interdicción de la discriminación se ciñe a la discriminación estricta por razón de embarazo, sin que haya justificación para extender el blindaje propio del despido, que es de configuración legal. Por lo tanto, excluida la aplicación de la nulidad automática, la sentencia examina si concurre una

discriminación por embarazo, para negar finalmente su existencia: de un lado porque el que la sentencia declarara no acreditado que la empresa conociera el embarazo de la actora impedía partir del estado de gestación como circunstancia indiciaria contundente; y de otro lado porque se había acreditado que en la misma fecha se había extinguido la relación laboral de un varón contratado en condiciones y fecha idénticas a las de la actora, y en ambos casos se daba la circunstancia de que no se habían alcanzado los objetivos mínimos fijados incialmente.

La sentencia, no obstante, cuenta con un voto particular firmado por seis magistrados/as en el que se establece que, aun cuando la protección otorgada por la referida Directiva 92/85/CEE es inferior a la de nuestra legislación estatal, de ella cabe inferir un concepto amplio de despido que comprende los supuestos en los que el empleador/a puede proceder a la extinción contractual sin alegación de una causa, citando como ejemplo la STJUE de 11 de noviembre de 2010, *Asunto Dita Danosa* C-232/09, en la cual se consideraba aplicable la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas a la destitución de la Sra. Danosa como miembro del consejo de dirección de una sociedad de capital sin ninguna limitación.

En este sentido, y siguiendo la "estela luminosa" de la STS de 18 de abril de 2011, la STC 173/2013, de 10 de octubre, va a elaborar una argumentación similar, considerando que el desistimiento empresarial del contrato de trabajo de una mujer embarazada durante el período de prueba no es lo mismo que su despido, y que éste no está protegido con la nulidad objetiva del mismo, sino sólo con la nulidad radical cuando exista discriminación[1001]: el TC razona que lo dispuesto acerca de la nulidad del despido de la trabajadora embarazada como una garantía objetiva no es aplicable al supuesto enjuiciado, que no se refiere a un despido, sino a una extinción del contrato laboral durante el período de prueba, dada la distinta naturaleza jurídica de ambas instituciones. Mientras que en el despido causal (referido tanto al disciplinario como al realizado por causas objetivas) la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la decisión extintiva; en cambio el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba no queda sujeto a requisitos formales (cabe incluso que sea verbal y sin exteriorización de la causa),

[1001] El problema que se plantea en el presente recurso de amparo es la determinación del contenido y alcance del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, art. 14 CE en el supuesto de trabajadoras embarazadas a las que se resuelve su contrato durante el período de prueba, no constando que el estado de gestación fuese conocido por el empresario, pretendiendo la aplicación de la doctrina sentada por las SSTC 92/2008 y 124/2009.

pudiendo afirmarse que el periodo de prueba supone una clara atenuación del principio de prohibición de la libre extinción del contrato, si bien esa facultad de desistimiento empresarial en el periodo de prueba no es omnímoda para el empresario, pues en ningún caso puede dar lugar a que se produzcan resultados inconstitucionales.

Así pues, la extinción del contrato durante el periodo de prueba será nula si se produce con vulneración de derechos fundamentales, como sucede si la decisión empresarial es una reacción al embarazo de la trabajadora. Y, en el caso enjuiciado no existían indicios de discriminación, pues no había quedado acreditado que la empresa conociera el embarazo de la trabajadora y que, aunque se hubiera afirmado la existencia de indicios, en la misma fecha de extinción del contrato de la recurrente se había extinguido también por el mismo motivo el de otro trabajador contratado en idénticas condiciones y fechas, dándose en ambos casos la circunstancia de que no se habían alcanzado los objetivos mínimos fijados en el contrato, lo que excluiría el pretendido móvil discriminatorio de la decisión extintiva. La sentencia, al igual que la anterior STS de 18 de abril de 2011, cuenta con un voto particular discrepante, concretamente del magistrado Fernando Valdés, al que se adhiere la vicepresidenta, Adela Asúa, y los magistrados Luis Ignacio Ortega y Juan Antonio Xiol. Asimismo cuenta con el voto particular concurrente del magistrado Andrés Ollero.

Este último aunque considera que la especial protección a las trabajadoras embarazadas en periodo de prueba "no deriva de una exigencia constitucional", señala, sin embargo, que los fundamentos jurídicos de la sentencia tendrían que haber analizado con mayor profundidad aspectos relacionados con la naturaleza de los indicios que debe aportar la mujer embarazada para que la empresa, a su vez, haya de acreditar un motivo de extinción distinto, capaz de descartar la existencia de discriminación. De este modo, manifiesta su preocupación porque el Fallo de la Sentencia pueda malinterpretarse en el sentido de no exigir al empresario/a que aduzca un motivo para la resolución del contrato distinto de la situación de embarazo. Partiendo de esa preocupación, el voto concurrente analiza en primer lugar el hecho del no conocimiento empresarial del embarazo de la trabajadora, que entiende que no fue estudiado con suficiente profundidad en las resoluciones de instancia. Pero sobre todo estima que la sentencia se resiente en orden a la justificación aportada por la empresa, concretamente al hecho del desistimiento respecto a un trabajador varón, que "no resulta tan convincente ante la necesidad de descartar la existencia de discriminación, en situaciones tan proclives a generarla", pues "bastaría para desistir de la relación laboral con una trabajadora

embarazada con hacerla acompañar de un trabajador varón en similar periodo de prueba". Por todo ello, considera que en el caso enjuiciado sí se habría producido una discriminación por embarazo, lo que por otra parte no le impide suscribir la sentencia, ya que considera que su resultado no le parece "falto de fundamento". Tal parece, de ese modo, que a juicio del voto concurrente la tutela del derecho fundamental de la trabajadora se convierta en algo subsidiario.

Resulta mas importante detenerse a reseñar los argumentos que ofrece el voto particular discrepante y que compartimos plenamente por el notable razonamiento que ofrece, tanto desde la perspectiva constitucional y de género:

En primer lugar, considera que los actos empresariales lesionaron, y las sentencias impugnadas no tutelaron, el principio de prohibición de discriminación por razón de género, sacrificándolo con una solución contraria a su contenido esencial y a la interpretación de las garantías que del art. 14 CE se derivan para la mujer trabajadora en estado de gestación en el campo de las relaciones laborales. A la luz del art. 14 CE, la estimación del recurso era la única respuesta posible, debiendo haberse otorgado el amparo solicitado declarando la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas, confirmatorias de la regularidad del desistimiento decidido por el empresario/a, y el derecho de la demandante a reincorporarse a su puesto de trabajo.

Así, comienza por abordar cuál es el significado del art. 14 CE, recordando que en su dimensión objetiva es una norma de sistema dotada de una doble propiedad: por una parte contiene "una inconfundible vocación transformadora de nuestro modelo de convivencia", y al mismo tiempo "una indiscutible finalidad de salir al paso de un inaceptable legado, derivado de factores de muy diversa índole". Por tanto los derechos vinculados al art. 14 CE van mas allá de la mera atribución subjetiva del derecho mismo. Desde esta finalidad, la prohibición de discriminación del art. 14 CE "es una norma parificadora de reacción histórica frente a situaciones de inferioridad o desventaja estructural de determinados colectivos, situaciones que todavía hoy persisten e, incluso, emergen en nuevos escenarios y respecto de renovados factores de relegación. Esta es la razón de ser de la regulación constitucional, de manera que la protección del art. 14 CE comprende exclusivamente a grupos de personas situados de manera sistemática en posiciones de desigualdad sustancial".

En cuanto a las premisas para estimar la vulneración del art. 14 CE, son las dos siguientes: de un lado, la concurrencia del factor protegido (aquí, el embarazo como

realidad biológica enlazada al género, según jurisprudencia constante de este Tribunal) y, de otro, la existencia de un perjuicio asociado (aquí, la extinción del contrato de trabajo). A continuación, y con base en el verdadero significado del art. 14 CE, elabora la tesis por la que se aparta de la decisión de la mayoría y que plantea dos líneas de razonamiento:

-La primera de ellas pasa por afirmar que, en el desistimiento no causal del contrato de trabajo de las mujeres embarazadas durante el período de prueba, el factor protegido está afectado en los mismos términos que en las extinciones causales o, mejor aún, se encuentra afectado, incluso, en mayor medida por existir una situación de mayor precariedad laboral. Este planteamiento se aparta tanto del razonamiento constitucional formulado en las SSTC 92/2008 y 124/2009 como de la propia STC 173/2013. Así, a diferencia de lo que estas sostienen, considera que el régimen tuitivo previsto en el ET en caso de despido de embarazadas (art. 55.5 ET), lejos de constituir un mero plus añadido por el legislador, es un imperativo constitucional *ex* art. 14 CE.

Sin embargo las Sentencias de las que discrepa parten de distinguir entre la tutela intencional y la tutela objetiva de la discriminación, situando la primera en el contenido esencial del art. 14 CE y la segunda en una especie de contenido adicional, de creación legal, concluyendo, a partir de esta diferenciación, y sin ofrecer la necesaria motivación, que la tutela antidiscriminatoria ante actos que lesionen objetivamente, sin voluntad o *animus* de relegación, el derecho fundamental implicado en estos escenarios discriminatorios ha de calificarse como diferente y de contenido menor o inferior a la tutela intencional**.** Así, el embarazo gozaría, por decisión del legislador y a pesar del desconocimiento empresarial, de una protección antidiscriminatoria automática y objetiva frente a la extinción en los supuestos del art. 55 ET; pero sólo en ellos. Por consiguiente, razona, dicha protección no beneficia a los restantes supuestos extintivos reconducibles, como el periodo de prueba. Sin embargo el art. 14 CE no sólo prohíbe los actos discriminatorios intencionales, que por lo general se acreditarán a través de la dinámica propia de la prueba indiciaria, sino también cualquier perjuicio objetivo contra el factor protegido por el derecho fundamental sustantivo.

Así pues, la regulación del art. 55 ET no es un plus infraconstitucional inspirado por el art. 14 CE o parte del contenido adicional, sino la expresión de un imperativo de ese derecho fundamental. Por lo tanto el legislador, al limitar el alcance del art. 55 ET,

ha dejado extramuros de su ámbito objetivo parte de los supuestos en los que la extinción del contrato de trabajo de las trabajadoras embarazadas[1002] ha de contar con una protección reforzada, entre los que se encuentra, precisamente, la extinción en período de prueba. Así pues, los desistimientos contractuales decididos por el empresario durante el período de prueba, respecto de las mujeres embarazadas, disfrutan de una tutela directa, sin necesidad de una previa intermediación legislativa, ya que –insiste- aquella nace del contenido esencial del art. 14 CE**.** Por lo tanto, pese a la diferente naturaleza existente entre el despido causal y el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, una y otra premisa concurren en ambas modalidades extintivas. Esta conclusión se ampara en un enjuiciamiento constitucional, frente al criterio de la sentencia, que fundamenta su razón en aspectos de mera legalidad[1003]. Además, la motivación de la STC 173/2013 introduce dos ideas inaceptables desde una perspectiva constitucional: de un lado, asigna una menor protección a la embarazada en periodo de prueba, minusvalorando la vigencia de los derechos fundamentales precisamente en los escenarios contractuales de mayor precariedad laboral. Se trata de una lógica que carece de fundamento constitucional, encarándose abiertamente con la jurisprudencia constitucional dictada en otras materias[1004]. De otro, subestima la concurrencia del factor biológico personal tutelado, en este caso el embarazo, reduciendo su relevancia constitucional en función de circunstancias ajenas al contenido esencial del derecho, como son los factores contractuales.

-La segunda línea de razonamiento se centra en analizar los tipos de lesión que puede sufrir un derecho fundamental. Para empezar, recuerda la reiterada doctrina constitucional que afirma que los derechos fundamentales pueden vulnerarse tanto por lesiones intencionales como por lesiones objetivas, no intencionales[1005]. Así que puede

[1002] Y que, recuerda, se trata de un mandato directamente deducible del art. 14 CE.

[1003] "Mientras que en el despido (tanto disciplinario como por causas objetivas) la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la decisión extintiva ... el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba no queda sujeto a requisitos formales (pudiendo incluso ser verbal y sin exteriorización de la causa), pudiendo afirmarse que el periodo de prueba supone una clara atenuación del principio de prohibición de la libre extinción del contrato, si bien, como es obvio, esa facultad de desistimiento empresarial en el periodo de prueba (art. 14 LET) no es omnímoda para el empresario, pues en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan resultados inconstitucionales (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, FJ 3 y 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 4)".

[1004] Recuerda por ejemplo la Sentencia relativa a la exclusión de los contratados temporales del ámbito del convenio colectivo (STC 136/1987, de 22 de julio, FJ 5).

[1005] Entre otras, la STC 225/2001, de 26 de noviembre.

haber, por tanto, lesiones del derecho fundamental objetivas, aunque no haya ánimo de discriminar. De ahí que el desconocimiento del embarazo no sea un elemento que, por sí mismo, excluya el reproche discriminatorio. Desde esta segunda premisa, tampoco se percibe diferencia alguna entre despido causal y el cese en periodo de prueba. Ni de la CE ni de la jurisprudencia constitucional se infiere que ese criterio uniforme y estándar tenga excepciones. Al contrario, el TC ha afirmado con insistencia que los derechos fundamentales operan también frente a decisiones no causales del empresario[1006]. De este modo, existiendo una protección constitucional directa y generalizada para lesiones de derechos fundamentales, tanto intencionales como objetivas, ésta no puede depender en modo alguno de la que proceda frente a lesiones objetivas de un acto de intermediación legislativa. La cobertura constitucional es única y se extiende sobre cualquier acto generador de un perjuicio al factor protegido, sea intencional o no. La fuente de la protección es la CE[1007].

Una vez expuestas las dos argumentaciones que, desde una perspectiva constitucional y de género, se apartan del voto de la mayoría, a continuación propone un *overruling* dirigido a enunciar una protección integral del embarazo frente a la extinción del contrato de trabajo: "La única excepción a dicha protección, aplicable por igual a despidos, todos ellos basados en justa causa, y a desistimientos vendría dada por la verificación de una causa que desvincula el acto extintivo del factor protegido; esto es, por la concurrencia debidamente acreditada de una causa laboral que justifique el cese en periodo de prueba o de una causa disciplinaria que determine la procedencia del despido en los casos regulados en el art. 55 LET". Con esta reconstrucción de la doctrina constitucional, el canon utilizable en los supuestos de ceses contractuales de mujeres embarazadas no sería el del art. 24.1 reforzado con el art. 14 CE, como en la sentencia de la mayoría acontece, sino el propio del derecho sustantivo, esto es:

[1006] Por todas, STC 74/2008, de 23 de junio, FJ 2; y, en particular sobre el periodo de prueba, entre otras SSTC 94/1984, de 16 de octubre, o 17/2007, de 12 de febrero.

[1007] Y nuevamente reitera que la argumentación vertida en la STC 173/2013 y que también aparece implícita en las SSTC 92/2008 y 124/2009 y que afirma que el desistimiento empresarial en periodo de prueba se formula como una excepción al art. 14.2 CE, y que el ámbito de imputación de la protección en casos de embarazo desconocido por el empresario dependerá del alcance de la regulación legal, sustituyendo así y sin justificación la cobertura ordinaria del art. 14 CE, carece de respaldo alguno en la doctrina constitucional. Esta lógica es contraria la doctrina sobre lesiones intencionales y objetivas, ambas prohibidas directamente por la CE, sean o no especificadas por la norma infraconstitucional.

concurrencia del perjuicio, afectación del factor protegido a un miembro del colectivo tutelado, equiparación de la protección en todas las situaciones asimilables en el que aquel factor se presente y, en fin, generalización de idéntica cobertura a lesiones objetivas o intencionales. De este modo, las determinaciones normativas, los actos empresariales o las interpretaciones que diferencien la tutela antidiscriminatoria entre situaciones que precisen, por razón de embarazo, la misma protección, serán contrarias al art. 14 CE por imperativo constitucional. Solo así se asegura el contenido esencial del derecho en la máxima proyección que exige una norma de sistema, como es el art. 14 CE, "cuyos presupuestos conceptuales se entrelazan de manera inescindible con la noción de igualdad sustancial, al responder a un propósito de reequilibrio y superación en nuestro Estado social de Derecho de ciertos tratamientos peyorativos que sufren grupos o colectivos en razón de un elemento que los caracteriza, y cuya vulneración atenta contra los valores de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE)".

Por último, Valdés Dal-Ré concluye manifestando que la Sentencia responde a un concepto de las relaciones laborales que no se corresponde con una concepción de nuestro modelo constitucional y democrático, lo que no sólo repercute en la efectividad de los derechos fundamentales sino que, adicionalmente, puede incrementar la situación de precariedad laboral en la que se encuentran las trabajadoras embarazadas sometidas a un periodo de prueba, donde la realidad contractual se caracteriza por un especial desequilibrio y el riesgo de discriminación aumenta.

La doctrina científica ha criticado también esta sentencia, vaticinando incluso una futura defunción de su criterio. Así, como sostiene Fernández Prieto, convencen más los argumentos del voto particular, siendo la resolución más polémica por regresiva en relación con la jurisprudencia del TC en lo que atañe a la tutela del embarazo[1008]. Del mismo modo se ha manifestado Lousada Arochena[1009], considerando que ninguno de los análisis realizados en la STC 173/2013 justifica interpretar restrictivamente la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas excluyendo el desistimiento

[1008] FERNÁNDEZ PRIETO, Marta, «La tutela del embarazo en la jurisprudencia constitucional y de la Unión Europea». *Cit*.

[1009] LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y periodo de prueba (A propósito de la STC de 10 de octubre de 2013)», *Revista de Derecho Social* n.º 63 (septiembre de 2013): pp. 143-154.

empresarial durante la vigencia del periodo de prueba. Recuerda además el voto particular de la STS de 18 de abril de 2011, por lo que la decisión resultaría contraria a la Directiva 92/85/CEE, y considera que una futura intervención del TJUE podría alterar esta doctrina constitucional. Además, desde la perspectiva de género la solución se posiciona con la argumentación elaborada por el voto particular disidente, lamentando "en tanto, muchas mujeres y sus familias sufrirán perjuicios, y más aún en la medida en que determinadas nuevas modalidades de contratación laboral introducidas en las últimas reformas admiten periodos de prueba de un año"[1010].

2.4. Evolución de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en la doctrina jurisprudencial

En la progresiva configuración constitucional de los DCPL, se pueden distinguir diferentes etapas que dan muestra de su evolución desde un enfoque inicial, donde se pretende la protección del menor y de la familia, a un segundo donde la protección se extiende hacia la mujer pero sin cuestionar el reparto de responsabilidades, y finalmente un tercero en el que, desde el enfoque de la corresponsabilidad, y por tanto desde una más adecuada y necesaria perspectiva de género, se desarrolla -aunque de manera limitada- el derecho a la conciliación como uno de los factores de diferenciación prohibidos por el art 14 CE.

A) Los derechos de conciliación como instrumento de protección del menor y de la familia

Podemos fijar cronológicamente la primera de ellas a principios de este nuevo siglo, cuando se considera que los DCPL constituyen un elemento imprescindible para que los trabajadores/as puedan atender a sus deberes de protección a la familia y los hijos/as.

En este sentido hay que mencionar la doctrina sentada por el TS en su sentencia de 20 de julio de 2000, donde se relacionan los DCPL -concretamente el derecho a la reducción de jornada del art. 37.5 ET- con el cumplimiento de los deberes inherentes a

[1010] Ibid.

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. De esta forma, como quiera que los menores gozan de toda la protección prevista por los tratados internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 CE) y que, además, los padres tienen el deber constitucional de prestar asistencia ″de todo orden″ a sus hijos (art. 39.3 CE), los DCPL resultan, sin duda, una herramienta imprescindible para posibilitar que los trabajadores/as cumplan con estas responsabilidades familiares. Por lo tanto, tal y como señala la sentencia del TS, "la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 del ET forma parte del desarrollo del mandato constitucional del artículo 39 CE", que establece la protección a la familia y a la infancia, y esta finalidad constitucional que ostentan ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa, teniendo que ser debidamente ponderados tanto por los empleadores como por los órganos judiciales.

El TS plantea ya por tanto la necesidad de ponderar, en el ejercicio de los DCPL, los derechos constitucionales en juego de empresa y trabajador/a, si bien al estar presente en su criterio tan solo el principio rector del art. 39 CE, no existe la posibilidad de la tutela constitucional de acuerdo con lo previsto en el 53.2 CE. Por ello, es criticable que la sentencia, pese a estar ya publicada la LCVFL 39/1999, y aunque el caso enjuiciado era anterior a su vigencia, no haga ni siquiera mención a la relación entre el derecho a la conciliación y el principio de igualdad y no discriminación de mujeres y hombres, teniendo en cuenta que la norma, en su exposición de motivos, señala los arts. 14 y 39 CE como inspiradores de la primera ley española en materia de conciliación. Sin embargo, es de indudable valor su razonamiento en cuanto a la conexión con el art. 39 CE y la necesidad de ponderación de los derechos en juego.

Por ello resulta llamativo que, como vimos en el capítulo III, unos años mas tarde -concretamente en las STS 13 y 18 de junio de 2008- el TS, desde una óptica mucho más restrictiva del mismo derecho de conciliación, se abstuviese de valorar esa dimensión constitucional y, aun admitiendo que "la pretensión de la demandante serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con los deberes familiares", incluso conociendo la STC 3/2007, de 15 de enero, a la que nos referiremos a continuación, y estando vigente la LOI 3/2007, desestimasen los recursos por entender que "una petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, carente de apoyo legal, al no estar comprendido en el artículo 37 del ET, sería tanto

como asumir los órganos Judiciales, funciones legislativas"; ejemplo palmario del arduo camino de avances y retrocesos con que se han venido desarrollando estos derechos.

Retomando la conexión entre el principio rector del art. 39 CE y el derecho a conciliar responsabilidades, con posterioridad a la STS de 20 de julio de 2000 se pronuncian en el mismo sentido la STS de 11 de diciembre de 2001, o la SAN de 28 de febrero de 2005, ambas con apoyo en la STS 20 de julio de 2000.

Por su parte el TC, aunque no había tenido ocasión de enfrentarse con frecuencia a cuestiones en las que estuviese en juego directamente la negativa a un trabajador/a de un DCPL, también había reconocido la conexión con el art. 39 CE en algunas sentencias. Así, cabe citar la STC 240/1999, de 20 diciembre, que afirma que el objetivo final del ejercicio de un DCPL -una solicitud de excedencia, en ese caso- responde a la necesidad de velar por el menor, así como de contribuir a la protección de la familia; o la STC 203/2000, de 24 de julio, donde se pone de manifiesto la trascendencia constitucional del mismo derecho de conciliación desde la perspectiva de la garantía del instituto familiar. En estas sentencias observamos además que se introduce de manera secundaria por la demandante de amparo el argumento de la discriminación indirecta por razón de sexo[1011], de forma previa a la declaración de una infracción del principio de igualdad.

B) La vinculación de los derechos de conciliación con el art. 14 CE. El problema del reparto de responsabilidades

En el año 2007, coincidiendo con la aprobación de la LOI 3/2007, se inaugura una segunda etapa marcada por la importante STC 3/2007, de 15 de enero, en la que se establecerá por primera vez la dimensión constitucional de los DCPL desde la perspectiva del art. 14 CE, en conexión directa con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo[1012]. En este caso, al contrario que en las sentencias de

[1011] En la STC 203/2000, la recurrente, trabajadora funcionaria interina que solicitaba un DCPL -una excedencia por cuidado de hijos/as- en igualdad con los funcionarios/as de carrera, planteó que su vulneración del derecho a la igualdad suponía además un quebrantamiento de su derecho a no ser discriminada por razón de sexo, aduciendo que la negativa a la excedencia a los funcionarios/as interinos/as producía en la práctica unos perjuicios en el ámbito familiar, y sobre todo en el laboral, que afectaban mayoritariamente a las mujeres.

[1012] En síntesis, el caso que se encontraba en el origen de la sentencia tenía que ver con una trabajadora de la empresa Alcampo S.A., con categoría de dependienta, que desarrollaba su jornada de trabajo en turnos de mañana y tarde de lunes a sábado, de 10 a 16 horas y de 16 a 22:15 horas. La trabajadora solicitó un horario reducido de tarde, de 16 a 21:15 horas de lunes a miércoles, y aunque se acogió a la reducción de jornada prevista en el 37.5 ET para poder conciliar, en este caso el motivo de oposición por parte de la empresa -ratificado en la sentencia de 25 de septiembre

la fase anterior, la cuestión de la potencial discriminación indirecta experimentada por la trabajadora pasa al centro del análisis, mientras que la tutela del menor queda en un segundo plano.

Aunque sobre los aspectos positivos de este fallo, y también sus carencias, nos extenderemos con detenimiento en el apartado siguiente, baste apuntar, por el momento, que, además de la importante y necesaria conexión con el art. 14 CE, a partir de entonces la resolución judicial de conflictos entre los DCPL de los trabajadores/as y la capacidad organizativa empresarial no puede considerarse ya en términos de mera legalidad de la medida solicitada, y del efecto que la misma pueda provocar en la dinámica productiva de la empresa. Sustancialmente el TC declara, con fundamento en la doctrina jurisprudencial del TJUE sobre la discriminación indirecta, que los jueces y tribunales vienen obligados a realizar una labor ponderativa en la que se tenga en cuenta el carácter constitucional -vinculado con el principio de igualdad y no discriminación, amén de otros derechos que cita, como el de la familia- de los DCPL.

Además, parte del hecho de que, hoy por hoy, son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de medidas para poder atender al cuidado de los hijos/as, y reconoce, en consecuencia, la incidencia que la denegación del ejercicio de uno de los permisos parentales establecidos en la ley pueda tener en la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras. En resumen, declara: “la dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 ET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa".

De este modo la STC 3/2007, acogiendo el amparo de la trabajadora, anula la sentencia del Juzgado de lo Social, y ordena la retroacción de las actuaciones a fin de que por el órgano judicial se dictase una resolución respetuosa con el derecho

---

de 2003 del Juzgado de lo Social nº1 de Madrid, autos 537/2003- se debía a que dicha reducción tenía que estar comprendida dentro de los límites de su jornada ordinaria realizada, de manera que lo que la demandante planteaba, según el tribunal de instancia, no era meramente una reducción de jornada sino una modificación de la misma. La trabajadora promovió recurso de amparo ante el TC considerando que se vulneraba, entre otros, su derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, dado que la sentencia recurrida restringía sin fundamento el ejercicio de su derecho a la reducción de jornada, lo que implicaba una discriminación hacia las mujeres trabajadoras por ser notoriamente el colectivo que ejercita en mayor medida tal derecho.

fundamental reconocido. Sin embargo, el Juzgado de lo Social dicta una nueva sentencia desestimatoria[1013] en la que, tras efectuar una síntesis de la doctrina establecida por la STC 3/2007, reflexiona en términos críticos sobre su contenido y termina exigiendo tanto a la empresa como a la trabajadora la acreditación de sus respectivos factores condicionantes de los derechos en juego. Con ello muestra una clara resistencia y cuestionamiento hacia el criterio constitucional y vuelve a vulnerar el derecho a la no discriminación de la trabajadora, al efectuar una ponderación meramente subjetiva y que en todo caso no se atiene a los criterios del juicio de proporcionalidad. Recordemos que el derecho solicitado por la demandante venía en realidad concedido *ex lege* y no precisaba de prueba alguna.

En 2009, en incidente de ejecución planteado por la trabajadora, el TC dicta el Auto TC 1/2009, de 12 de enero, estimando aquel, y donde se hace aún más explícita la doctrina constitucional que veda el tratamiento de los DCPL como una cuestión de mera legalidad ajena a la implicación de cualquier derecho fundamental. Tal pareciera que el TC lanzase una respuesta velada a las SSTS 13 y 18 de junio de 2008, en el sentido de advertir a los órganos judiciales que estos derechos no pueden limitarse a ser juzgados únicamente en consideraciones de estricta legalidad sin tener en cuenta su dimensión constitucional, ya que si se parte de una interpretación de tales preceptos que carezca de relevancia constitucional, difícilmente se podrá ponderar el precepto desde el reconocimiento del derecho fundamental.

La incomprensible oposición del juzgador de instancia a admitir la doctrina constitucional sentada en la STC 3/2007 da muestra de algunas resistencias ideológicas que subyacen frente al ejercicio de estos derechos, actitud que ha sido criticada por la doctrina científica. Y es que "la labor del juez de instancia plantea una invasión en la labor del legislador desde el momento en el que no sólo no corrige los obstáculos presentes en la legislación sino que añade un requisito más para su concesión como es la ponderación de los sacrificios de las partes", toda vez que, ni el art. 37.5 ET, ni el cauce procesal exigen que la trabajadora deba acreditar las necesidades conciliatorias mas allá

[1013] El Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid somete a crítica al Tribunal Constitucional para concluir diciendo que "la obligada ponderación de las circunstancias del caso supone atribuir a cada parte la carga de la prueba de aquéllas que favorecen su posición en el proceso, de modo que si la empresa debía demostrar la realidad de sus dificultades organizativas, la trabajadora debía a su vez demostrar la presencia de factores que determinasen la necesidad de aplicar la medida que se debate", considerando que la trabajadora no había acreditado impedimento concreto alguno que se opusiera a su jornada a turnos de lunes a sábado, mientras que la empresa había acreditado la realidad de la mayor afluencia de público los viernes y los sábados, así como la sobrecarga para el resto de la plantilla en caso de prescindirse del trabajo a turnos de la recurrente, por lo que desestimaba nuevamente la demanda.

de la constatación de la patria potestad o la tutela y el límite temporal relacionado con la edad del hijo menor. Así pues, "la duda interpretativa hubiera debido conducir la nueva resolución judicial hacia la concesión del derecho a la reducción de jornada por guarda legal en atención al derecho fundamental en juego"[1014].

Ya se aventuraba entonces un futuro no pacífico en la aplicación de los DCPL en su dimensión constitucional. Así, Trillo Párraga advierte de que: "desde un punto de vista político, el resultado final de esta liza procesal entre el TC y el Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid arroja como resultado inmediato una percepción de imposibilidad de penetración de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales (…) Desde la óptica empresarial, este tipo de resultado refuerza la sensación de una suerte de indemnidad respecto de actuaciones empresariales vulneradoras de derechos fundamentales", puesto que "dicha actuación, no obstante la importancia del precedente, no ha satisfecho en el caso concreto el derecho de la trabajadora a conciliar vida familiar y laboral como instrumento de superación de las mayores dificultades de su permanencia en el mercado de trabajo. Ni siquiera a efectos indemnizatorios, pues el TC enmarcó dicha indemnización fuera del ámbito de actuación del art. 92 LOTC"[1015]. Y es que, obviamente, con independencia del resultado final sobre la dimensión y el carácter fundamental del derecho de conciliación, lo cierto es que la trabajadora, por el transcurso del tiempo que duró el litigio, no pudo hacer efectivo el mismo.

Así, el caso iniciado con la STC 3/2007 se ha cerrado finalmente con la Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de febrero de 2013 Rec. núm. 38285/2009, *García Mateos c. España*, donde se ha condenado al Estado Español a abonar a la trabajadora la cantidad de 16.000 euros en concepto de daño moral por considerar vulnerado el art. 6 (derecho a un proceso equitativo dentro de un plazo razonable) en relación con el art. 14 (prohibición de discriminación por razón de sexo), ambos del CEDH. Así pues, aunque el Estado español alegaba la imposibilidad de ejecutar la sentencia porque el hijo de la demandante ya había cumplido la edad máxima a la que se vinculaba el derecho, y que el principio de no

[1014] TRILLO PÁRRAGA, Francisco José, «La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 1/2009, de 12 de enero 2009)», *Revista de Derecho Social*, n.º 45 (marzo de 2009), pp. 51.

[1015] Ibid. pp. 155

discriminación ya había sido reconocido por el TC y reparado por el mismo, el TEDH recuerda que "el Estado tiene la obligación de poner a disposición de los demandantes un sistema que les permita lograr la ejecución correcta de las decisiones dictadas por las jurisdicciones internas pues, de no hacerlo, comprometen la responsabilidad del Estado en el ámbito del articulo 6.2 del Convenio". Esta sentencia sienta un precedente muy importante para nuestro país por cuanto reconoce, aunque con matizaciones, el derecho a una reparación económica ante la negativa de nuestro TC a establecer una indemnización por daños y perjuicios. Podemos afirmar, no obstante, que pese a que el largo proceso concluyó sin que la trabajadora no pudiese hacer efectivo su derecho de conciliación, aun obteniendo el amparo constitucional, resulta incuestionable y de gran valor la labor realizada por el TC en el reforzamiento constitucional de los DCPL, ligándolos inexorablemente con el principio de igualdad y no discriminación, así como con el principio rector de protección a la familia.

Unos meses después la STC 233/2007, de 5 de noviembre[1016], da un paso más en favor de una tutela reforzada de los DCPL. Como señala Fernández López[1017] es la primera vez en que el TC va a realizar un razonamiento directo sobre un DCPL, y no a través de la exigencia de que razonen los jueces, lo que sin duda va a desempeñar un importante papel en la tutela constitucional de tales derechos. Para la autora, la sentencia, en sus FJ 6º y 7º, proporciona argumentos de relevancia en relación a si los incumplimientos de la empresa resultan contrarios al art. 14.2 CE, desarrollando una tesis de sustancial trascendencia al establecer que la tutela antidiscriminatoria, más allá de la proporcionada a las situaciones directamente relacionadas con el embarazo, es susceptible de extenderse también a los obstáculos puestos por la empresa que frustren la efectividad de los DCPL, incluso si se reconocen indistintamente a favor de mujeres y hombres, ante su mayoritaria utilización por las mujeres.

[1016] Se trata, a grandes rasgos, de un caso donde la recurrente, al incorporarse a la empresa después de disfrutar un permiso parental, se encuentra con una serie de cambios en sus condiciones de trabajo, por lo que entiende que ha sido víctima de una discriminación por razón de sexo. En este caso, el TC aborda el asunto desde una doble perspectiva: por un lado, si las decisiones empresariales respondieron a un ánimo discriminatorio de represalia frente al previo ejercicio de un derecho de conciliación, y por otro, si los supuestos incumplimientos normativos de la empresa, pese a la inexistencia de intencionalidad, representaron objetivamente actos contrarios a la prohibición de discriminación por razón de sexo.

[1017] FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, «Conciliación de la vida laboral y familiar: una visión constitucional», en *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualitario de las reformas parentales*, (Coord. Cardona Rubert, M.ª Belén), (Albacete: Bomarzo, 2009), pp. 253-254.

No obstante, la sentencia introduce un matiz que vacía en buena parte de contenido la trascendencia de tales afirmaciones, al exigir, o bien la prueba de la intención discriminatoria, o bien un perjuicio efectivo adicional, concibiendo un incumplimiento de la ley que no tenga una motivación discriminatoria, lo que resulta "de dudoso alcance en la propia noción de discriminación"[1018].

C) La introducción de la corresponsabilidad por obra de la jurisprudencia europea. La discriminación por las circunstancias personales y familiares

En este repaso a la evolución de la dimensión constitucional de los DCPL cabe destacar nuevamente -puesto que se abordaron en el capítulo III, dentro del apartado relativo a la corresponsabilidad- dos sentencias emblemáticas de la jurisprudencia europea. La primera de ellas, y que será decisiva en nuestra doctrina constitucional, Sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 2010, *Asunto Roca Álvarez*, C 104/09 reflexiona desde una adecuada perspectiva de género sobre el reparto de responsabilidades y la conveniencia o no de enfocar los DCPL como medidas de acción positiva dirigidas únicamente al sexo femenino. La segunda, *Sentencia Konstantin Markin c. Rusia,* de 22 de marzo de 2012, de la Gran Sala del TEDH, Demanda nº 30078/2006 constituye una sentencia de sumo interés, ya que con ella se promueve un cambio jurisprudencial en la interpretación del art. 8 de la CEDH, que refleja la evolución producida en el campo de los estereotipos y funciones de varones y mujeres en el hogar, rechazando cualquier argumento que se base en el rol primordial de las mujeres en el cuidado de los hijos, dado que así se reforzarían unos estereotipos sociales contra los que hoy se pretende combatir.

La doctrina jurisprudencial europea que hemos expuesto fijará la tercera etapa en la constitucionalización de los DCPL que se inicia en el año 2011, y que viene caracterizada por la introducción del enfoque de la corresponsabilidad, ya que, como veremos, uno de los principales problemas sin resolver en las fases anteriores es la dificultad de aplicar su doctrina a los trabajadores varones a causa del razonamiento que le sirve de base, esto es, la discriminación indirecta por razón de sexo. Era pues necesario para el TC preguntarse por este asunto, pronunciándose finalmente en la STC

[1018] Ibid pp. 254.

26/2011, de 14 de marzo, también desde la perspectiva del derecho a la igualdad y no discriminación, aunque no por razón de sexo sino desde la construcción de una nueva causa discriminatoria relacionada directamente con la conciliación: las circunstancias personales y familiares[1019].

El demandante de amparo imputa a las resoluciones judiciales impugnadas la vulneración de sus derechos fundamentales a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por haber rechazado, mediante una interpretación restrictiva de los arts. 36.3 y 34.8 ET y del convenio colectivo aplicable, su pretensión de realizar en horario nocturno todas las jornadas durante el curso 2007-2008 en el centro en que prestaba servicios con el fin de atender al cuidado de sus dos hijos de corta edad, lo que implica privarle del ejercicio de un derecho íntimamente ligado a la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral por consideraciones de estricta legalidad, sin ponderar la dimensión constitucional del asunto planteado. Además, sostiene que el rechazo de su pretensión implica a su vez convertir a su esposa, trabajadora y madre de los menores, en víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo, al verse obligada a reducir su jornada laboral para atender al cuidado de los hijos.

En primer lugar, el TC considera que el recurso cumple con el requisito de la especial trascendencia constitucional que impone el art. 50.1 b) LOTC[1020], ya que le

[1019] En este caso el TC admite el recurso de amparo planteado por un varón en el ejercicio de una solicitud de un DCPL, concretamente una solicitud de adaptación horaria al amparo de los arts. 36.3 y 34.8 ET. El recurrente prestaba sus servicios laborales para la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, con la categoría de Ayudante técnico educativo, en una residencia de educación especial de Palencia. Al negociar el calendario laboral se establecen tres tipos de horario: el escolar u ordinario de lunes a viernes de 9:30 a 17, uno parcial de lunes a viernes de 11 a 16 horas, un horario de turnos rotatorios de de mañana, tarde y noche (tres puestos de lunes a viernes de 07:30 a 15 horas; tres puestos de lunes a viernes de 14:30 a 22:00 horas; y dos puestos de lunes a jueves de 22:00 a 07:30 horas), pudiendo optar los trabajadores por uno u otro régimen en función de sus intereses, con preferencia según un criterio de mayor antigüedad. Habiendo elegido el recurrente prestar sus servicios en régimen de turnos, posteriormente solicitó a la Consejería poder realizar todas las jornadas del curso 2007-2008 en horario de noche con el fin de conciliar la vida laboral y familiar. Al no recibir respuesta y tras presentar reclamación previa, que le fue desestimada por no existir en el centro, para el curso escolar 2007-2008, ningún puesto específico de ayudante técnico educativo con horario nocturno, el recurrente formuló demanda sobre reconocimiento de derecho a realizar su jornada en horario nocturno durante el curso 2007-2008, demanda en la que se alegaba que su pretensión obedecía a la necesidad de atender a sus dos hijos de corta edad. La demanda fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social de Palencia. Frente a la anterior sentencia, el demandante interpuso recurso de suplicación que fue, igualmente, desestimado por la Sala de lo Social del TSJ Castilla y León. Frente a ello el recurrente formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, inadmitido por Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo por falta de contenido casacional.

[1020] FJ 2º: "concurre el requisito sustantivo o de fondo de la "especial trascendencia constitucional" (…) porque (…) le permite perfilar, como consecuencia del surgimiento de nuevas realidades sociales, la doctrina constitucional sobre el derecho a la no discriminación en el ámbito laboral, cuando es un varón el que insta una modificación de sus condiciones de trabajo para el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar, fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del trabajador varón en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares".

permite complementar o actualizar de alguna manera la doctrina sentada por la STC 3/2007, siendo consciente de las carencias de esta última en cuanto a las consecuencias negativas que supone aplicar una especial tutela sólo a las mujeres, por lo que tiene de consolidación de los tradicionales roles de género.

No obstante, comienza rechazando tanto el argumento de la discriminación por razón de sexo del trabajador como de su esposa. En cuanto a la esposa entiende que no cabe análisis alguno desde esta perspectiva al tratarse de un derecho fundamental ajeno[1021]. A continuación, rechaza también el argumento de la propia discriminación por razón de sexo del trabajador, ya que entiende que no hay pruebas estadísticas de que la asunción del cuidado por parte de los hombres haya supuesto dificultades especiales para este colectivo[1022].

Sin embargo, una vez rechazados estos óbices procesales planteados por el recurrente, el TC entiende que lo anterior no es obstáculo para que su queja pueda ser analizada desde otra perspectiva del mismo derecho fundamental a la no discriminación: "lo que se plantea en el presente caso es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la negativa a acceder a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral". La sentencia, no obstante, cuenta con un voto particular que pone en cuestión esta nueva causa discriminatoria.

D) A modo de recapitulación

Una vez expuesta la evolución doctrinal, podemos apreciar, en resumen, que la naturaleza constitucional de los DCPL arranca de una primera conexión con la protección del menor y la familia, art. 39 CE, aunque sin tener en cuenta las repercusiones que el ejercicio de estos derechos tiene en sus solicitantes desde la

[1021] FJ 3º: "A través del recurso de amparo sólo pueden protegerse, en principio, los derechos fundamentales y libertades públicas de los directamente afectados, entendiendo como tales los titulares del derecho subjetivo presuntamente vulnerado, que son los únicos que pueden conseguir de este Tribunal la protección del propio derecho, sin que puedan lograrlo en relación con derechos fundamentales ajenos, a salvo los supuestos de representación u otros de carácter marcadamente excepcional".

[1022] FJ 4º: "Resultaría difícil apreciar la existencia de discriminación por razón de sexo que alega el recurrente, pues, como advierte el Fiscal en sus alegaciones, el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres".

perspectiva del art. 14 CE, mas allá de la casuística relacionada con los perjuicios motivados por el embarazo y la maternidad como circunstancias biológicas y su conexión con la discriminación directa por razón de sexo; pasa por una segunda etapa donde el art. 14 CE, la discriminación indirecta por razón de sexo, ocupa un primer lugar desplazando al art. 39 CE a un segundo plano -aunque con un punto de vista inadecuado desde la perspectiva de género por cuanto que residencia la tutela del derecho única y exclusivamente en la mujer- sin cuestionar el reparto de responsabilidades; y prosigue hacia una tercera etapa, que se inicia en 2010 con la influyente sentencia del TJUE *Asunto Roca Alvarez*, donde la corresponsabilidad pasa al centro del análisis recogiendo el TC en su Sentencia 26/2011 este nuevo enfoque con la creación de una nueva categoría discriminatoria: las circunstancias personales y familiares, art. 14 CE, que dará así amparo a las solicitudes efectuadas por los varones-.

Comprobada pues la relevancia constitucional que ha adquirido el derecho a la conciliación a la luz de esta jurisprudencia, procedemos a examinar desde una perspectiva crítica sus logros y carencias.

2.5. Avances y retrocesos en la doctrina constitucional sobre los derechos de conciliación. Valoración crítica

A) Alcance y limitaciones de la STC 3/2007

Debemos comenzar subrayando la importancia que la STC 3/2007 y posteriormente el Auto 1/2009 han tenido al conectar los DCPL con uno de los derechos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, el de igualdad y no discriminación; así como destacar la obligación para jueces y tribunales de realizar una labor de ponderación teniendo en cuenta su verdadera dimensión constitucional. Por ello no cabe duda de que la STC 3/2007 supone un punto de inflexión en la consolidación del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral como un nuevo derecho social fundamental, derecho que emana directamente de la CE (arts. 14 –igualdad y no discriminación-, 1.1 –Estado social y democrático de Derecho, 9.2 –igualdad material-, 10.1 –dignidad y libre desarrollo de la personalidad-) y que se manifiesta asimismo a través de toda una serie de derechos subjetivos comprendidos en el ordenamiento

jurídico laboral. Esta fundamentalidad, tal como establece el propio texto constitucional (arts. 53.1 y 2), implica la vinculación de todos los poderes públicos con la obligación de respetar su contenido esencial siendo la ley la única habilitada para regular su ejercicio, así como el reforzado sistema de garantía cuyo último término es el recurso de amparo ante el TC. Aunque la sentencia reconoce lo que de alguna manera pudiera parecer obvio, a tenor del numeroso elenco de normas que, tanto en el plano internacional y comunitario como en el propio interno, han venido ligando el derecho a la conciliación de responsabilidades con principios generales, tiene el valor de ser la primera resolución judicial donde expresamente se reconoce y afirma "la dimensión constitucional de todos los DCPL", así como la obligación de tener en cuenta siempre la misma exigiendo ponderar las circunstancias del caso concreto desde esa perspectiva. Así, en la resolución de cualquier duda interpretativa suscitada en relación con los DCPL habrá de prevalecer y servir de orientación la dimensión constitucional que estos presentan, tanto por su conexión con el art. 14 CE, como por la evidente vinculación con el art. 39 CE.

Podemos destacar, por tanto, como un primer acierto de la STC 3/2007, esa vinculación directa entre los DCPL y el art. 14 CE, de forma que la negativa o dificultad injustificada en su ejercicio supone para las mujeres solicitantes un caso de discriminación indirecta por razón de sexo[1023]. Este razonamiento podría resultar, a priori, admisible puesto que es un hecho comprobado estadísticamente que en la actualidad siguen siendo en su mayoría mujeres quienes ejercitan los DCPL y, en consecuencia, cualquier trato desfavorable experimentado por el ejercicio de tales derechos siempre tendrá un impacto más negativo en el colectivo de mujeres trabajadoras. En este sentido el TC, ya desde antiguo, había reconocido la desigualdad que genera la división sexual del trabajo, mercantil y doméstica, y que constituye una de las diferencias "históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes

[1023] ÁLVAREZ CONDE, Enrique, «Principio de igualdad (I) y prohibición de discriminación (II)», en *Estudios Interdisciplinares sobre Igualdad* (Dirs. Álvarez Conde, Enrique, Figueruelo Burrieza, Ángela, Nuño Gomez, Laura, Coord. Cancio Álvarez, Mª Dolores) (Madrid: Iustel, 2011), pp. 45. Como sostienen el autor, las discriminaciones indirectas se dan en "aquellas situaciones en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ponen a personas determinadas en desventaja particular respeto a personas que se encuentran en la misma situación, salvo que puedan ser justificadas de forma objetiva en atención a una finalidad legítima". De este modo, la supuesta neutralidad estaría encubriendo una discriminación práctica, dado que es en la aplicación de la medida cuando se manifiestan los efectos antidiscriminatorios.

públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones desventajosas..."[1024].

Calabuig Puig[1025] ha reflexionado sobre la concreción del concepto de discriminación indirecta, a propósito de las sentencias del TJUE y del TC recaídas en 2012 y 2013[1026] sucesivamente a propósito del trabajo a tiempo parcial y el cálculo de pensiones, resaltando la importancia de la progresiva delimitación de dicho concepto por parte de los órganos judiciales, que ha supuesto un progreso sustancial en la tutela antidiscriminatoria, avanzando desde la identificación de lo explícito (la discriminación manifiesta) a lo sutil (aquella otra no tan fácilmente detectable). Es decir, una auténtica transformación en su perspectiva jurídica clásica pues ya no basta con atender a criterios puramente jurídicos sino que va a precisar un análisis sociológico y una mayor atención a la aplicación del Derecho evolucionando así de lo formal a lo efectivo.

Desde esta perspectiva, el TC acierta en su STC 3/2007 cuando concluye que "no resulta cuestionable la posibilidad de una afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo como consecuencia de decisiones contrarias al ejercicio del derecho de la mujer trabajadora a la reducción de su jornada por guarda legal, o indebidamente restrictivas del mismo" (FJ 5º) desvinculando la discriminación de un trato empresarial directamente desfavorable o peyorativo para "presumirla" a partir de una constatación estadística en el plano social.

El segundo acierto de la STC 3/2007, es que nos ofrece una lectura implícita sobre la vigencia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, tal y como ha destacado Molina Navarrete[1027] esto es, lo que doctrinalmente se ha venido conociendo como la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, dando respuesta a cómo deben interpretarse las normas jurídicas, una vez que el derecho a la conciliación es un derecho ligado a la igualdad de trato y de

[1024] SSTC 19/1989 y 145/1991.

[1025] CALABUIG PUIG, María Amparo, «Sobre la concreción del concepto de discriminación indirecta. Un análisis a propósito del trabajo a tiempo parcial y el cálculo de pensiones», *Revista Europea de Derechos Fundamentales* n.º 22/2º Semestre (2013). pp. 353-368

[1026] STJUE (Sala Octava), de 22 de noviembre de 2012 y STC 61/2013, de 14 de marzo.

[1027] MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «Derecho con mirada de mujer: la solución al conflicto de conciliación de la vida laboral y familiar en la STC 3/2007, de 15 de febrero». *Cit.*

oportunidades[1028]. El autor califica esta decisión constitucional como de "política judicial"[1029] del derecho fundamental a la conciliación. Y considera que, en la práctica, esto significa que el juzgador deberá llevar a cabo el juicio de legitimidad de la medida empresarial en el plano constitucional y no podrá limitarlo sólo al de la legalidad ordinaria, exigiéndole que no permita decisiones empresariales injustificadas al derecho que la ley reconoce, aunque ello implique una relectura constitucional de la misma -ampliando su tenor literal-, lo que significa primar su estatuto de derechos fundamentales sobre su posición contractual. Pero además introduce la idea de que la dimensión constitucional del contrato de trabajo implica integrar no sólo deberes de respeto por parte del empresariado de los derechos constitucionales, sino también "deberes de adaptación o acomodación razonable de la prestación" para permitir la compatibilidad de las obligaciones que conlleva con las libertades o derechos de autodeterminación que implican aquellos. De este modo, es evidente que si la STC 3/2007 exige al Juez valorar si el ejercicio de adaptación horaria planteado por la trabajadora afecta o no desproporcionadamente al funcionamiento regular de la empresa, es porque la empresa está vinculada por el deber de no obstaculizar el ejercicio útil del derecho a la conciliación por parte de su titular. Por tanto, la STC 3/2007 está exigiendo modular las obligaciones laborales y el ejercicio de los poderes empresariales, conforme a la trascendencia constitucional de los intereses y valores familiares de la trabajadora. Y este imperativo de razonabilidad constitucional de la decisión empresarial no deja de ser, según el autor, "una exigencia de adecuación de la práctica empresarial al logro de estos valores y derechos constitucionales"[1030].

En resumen, la STC 3/2007 cobra una especial trascendencia porque incorpora criterios que van a integrar el contenido material del principio de igualdad y no discriminación, además de exigir la ponderación de los intereses en juego.

En cuanto a los aspectos problemáticos presentes en la STC 3/2007, el mayor reproche que puede hacerse a esta resolución es el argumento que emplea y por el que

[1028] Aunque esta decisión, desde luego, como destaca el autor, no es ajena a la polémica sobre el reconocimiento o la vigencia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. *Cit.*

[1029] MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «Derecho con mirada de mujer: la solución al conflicto de conciliación de la vida laboral y familiar en la STC 3/2007, de 15 de febrero». *Cit.*

[1030] Ibid.

se deduce la discriminación indirecta por razón de sexo, nos referimos a aquél según el cual al ser principalmente las mujeres las que concilian, cualquier impedimento o negativa injustificada en su ejercicio supone una discriminación indirecta por razón de sexo. Este razonamiento está en la misma línea del que utilizara el TJUE en sus primeras sentencias sobre la discriminación indirecta por razón de sexo, donde tampoco se cuestionaba el hecho de que fuesen las mujeres quienes principalmente desempeñasen trabajos a tiempo parcial cuando, obviamente, tal dedicación está directamente relacionada con el trabajo de cuidado desarrollado en el ámbito doméstico y por lo tanto con la discriminación estructural sexo/género que subyace en la consideración de la asunción voluntaria de las mujeres a las labores de cuidado. Por tanto, cuando se analiza esta argumentación desde la idea del reparto de responsabilidades, yendo a la raíz del problema, vemos que realmente viene a reforzar la actual división de roles masculino/público, femenino/privado[1031], dando por buena dicha distribución tradicional. En consecuencia, aun cuando se otorgue una especial tutela a las mujeres, a la vez se estará manteniendo su posición subordinada[1032]. De este modo, señala Calabuig Puig[1033], la discriminación estructural origen del problema queda sin resolver, de forma que hace imprescindible la incorporación real de la perspectiva de género en la elaboración y reforma de las leyes, ya que de otro modo la reparación del problema, aunque positiva y necesaria, no deja de ser un parche y no soluciona la cuestión de fondo.

El segundo problema que plantea la STC 3/2007, y que deriva del anterior, es que esta doctrina no permitiría, en principio, su aplicación a los varones[1034]. Así se pone

[1031] Sin embargo no hay que olvidar que en 2007 habría sido muy complicado por parte del TC llegar a las conclusiones de la STC 26/2011 en torno a la relación entre la conciliación y las causas de no discriminación, habida cuenta de que el principio de la corresponsabilidad acababa de incorporarse a la LOI 3/2007 y, pese a ser un mandato comunitario desde mucho tiempo atrás, no se había tenido en cuenta a nivel jurisprudencial por el TJUE hasta 2010 en el *Asunto Roca Álvarez.*

[1032] En este sentido el voto particular discrepante de la STC 109/1993, de 25 de marzo, formulado por cuatro de los magistrados/as advertía del peligro que podía suponer para la mujer instaurar derechos diferentes en función del sexo; o la STC 3/1993, de 12 de febrero, a propósito de la atribución exclusivamente femenina de una prestación en favor de familiares. Para un análisis en profundidad ver BARRÉRE UNZUETA, M.A.., "Derecho fundamental a la igualdad de trato, discriminación estructural y empoderamiento de las mujeres" *Cit*.; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «Derecho con mirada de mujer: la solución al conflicto de conciliación de la vida laboral y familiar en la STC 3/2007, de 15 de febrero», *Cit.*

[1033] CALABUIG PUIG, María Amparo, «Sobre la concreción del concepto de discriminación indirecta. Un análisis a propósito del trabajo a tiempo parcial y el cálculo de pensiones». *Cit.*

[1034] Así por ejemplo, la STSJ Cataluña, Sala de lo Social, de 13 de julio de 2009, señala que "(...) tanto la dimensión constitucional como la hipotética discriminación que la Ley Orgánica 3/2007 pretende conciliar es exclusivamente en relación a la mujer trabajadora (...)".

de manifiesto en la propia STC 26/2011 cuando se afirma: "Desde esta perspectiva, resultaría difícil apreciar la existencia de discriminación por razón de sexo que alega el recurrente, pues, como advierte el Fiscal en sus alegaciones, el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones" (FJ 4º). Y es que como se recuerda en la STC 3/2007, "la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer".

Sabemos que esa histórica situación de inferioridad de la mujer no se produce tanto por la condición biológica *per se* cuanto por la histórica asignación de roles, entre otros las labores de cuidado, por lo que la verdadera causa discriminatoria debería comprender además de aquellas circunstancias que derivan del sexo biológico, sobre todo las que derivan del sexo "construido" o el género. Y principalmente ha sido esa asunción de los trabajos de cuidado lo que ha supuesto un obstáculo en el acceso y el mantenimiento en el trabajo principalmente de las mujeres, pero también de algunos hombres. Sin embargo, el TC no acaba de reconocer toda la dimensión del "sexo" más allá de la pura biología. Por ello, no puede considerar aplicable la doctrina de la STC 3/2007 a tales casos. Sin embargo, sí se baraja como grupo discriminado el perteneciente a todas aquellas personas, mujeres y hombres, que al ejercer labores de cuidado a la vez que trabajan encuentran impedimentos por dichas circunstancias, sí entenderíamos que un varón pueda ser preterido por razón de género si en el ejercicio de sus funciones parentales solicita una medida de conciliación y le es denegada injustificadamente, ya que se le impide disfrutar de su papel de cuidador, tareas que han estado implícitamente asignadas al sexo femenino. A la misma vez también podría darse una discriminación indirecta por razón de sexo/género en la medida en que si al varón se le impide conciliar, tendrá que hacerlo la mujer, y ello supondrá continuar relegándola a ese papel de cuidadora dificultando así el reparto de responsabilidades[1035]. La STC 26/2011, como ya hemos visto, aun sin reconocer la categoría de género, se aproxima bastante a este razonamiento.

Un tercer problema que presenta la STC 3/2007 es la falta de concreción sobre el alcance de la dimensión constitucional de los DCPL. El TC no entra a analizar si la empresa, con su decisión, ha discriminado o no a la trabajadora, por considerar que se

[1035] Aunque esta argumentación resulta limitadora porque sólo puede aplicarse en aquellas parejas heterosexuales.

trata de una decisión propia del Juez de instancia, entendiendo que no le corresponde "siquiera determinar si la concreta reducción de jornada solicitada (...) se enmarca o no dentro de dichos límites y debe entenderse o no, en consecuencia, amparada por su derecho a la reducción de jornada" (FJ 4º). Por tanto, se limita a decir que el art. 37.5 ET no establece "si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa", encontrando en esta ausencia de un criterio legal expreso, un apoyo para establecer el imperativo constitucional que exige ponderación de ″las circunstancias concurrentes dirigidas a hacer compatibles los diferentes intereses en juego″ (FJ 6º, párr. 4º in fine).

Esta falta de concreción de la sentencia, deja sin resolver el problema de qué debe entenderse por jornada ordinaria desde una perspectiva constitucional, quedando sin una respuesta clara tanto los trabajadores/as solicitantes como los propios Tribunales que deberán aplicar esta doctrina.

No obstante, a este respecto el legislador en su reforma laboral de 2012, como analizamos en el capítulo III, añade la expresión “diaria” en el art. 37.5 ET intentando zanjar así la polémica sobre las solicitudes de adaptación horaria fuera de los márgenes diarios, pese a que tal decisión presente serias dudas de encaje constitucional tanto en cuanto al fondo como a la forma[1036].

Por último, se plantea un problema desde el punto de vista procesal en el estudio de la STC 3/2007 y el Auto de ejecución del TC de 2009: y es que, como vimos, el TC se muestra incapaz de proporcionar una reparación del derecho vulnerado de la trabajadora, evidenciando una incongruencia que consiste en otorgar el amparo por vulneración del derecho fundamental y, sin embargo, dejar sin reparar por ninguna vía dicho derecho. Tur Ausina[1037] ha analizado críticamente los argumentos denegatorios del Tribunal en materia de indemnizaciones:

- En primer lugar, el TC afirma que el derecho a obtener una indemnización no es uno de los protegibles en amparo, confundiendo con ello la finalidad de este recurso –reparación de la lesión- con el objeto material de su protección -los derechos en juego-. La indemnización no es sino una medida de reparación del derecho vulnerado.

[1036] Véase a este respecto la sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, de 23 de abril de 2014 y la interpretación alternativa que realiza el juzgador del término “diaria”.

[1037] TUR AUSINA, Rosario, *Garantía de derechos y jurisdicción constitucional. Efectividad del amparo tras la sentencia estimatoria*. *Cit.*

- En segundo lugar, el TC sustenta su incompetencia para resolver sobre las indemnizaciones, de manera genérica, en la concreta prohibición establecida por el art. 58 LOTC, referida a las que procedan de la negativa o la concesión de la suspensión del acto que habría vulnerado el derecho, residenciando esa función en los jueces y tribunales ordinarios. La autora considera, sin embargo, que no es posible equiparar ambos supuestos; deben pues distinguirse los efectos indemnizatorios que puedan desprenderse de la adopción de una medida cautelar frente a los que constituyen el contenido de la sentencia estimatoria de amparo.

- Tampoco cabe, afirma el TC, que el mismo establezca la indemnización por dilaciones indebidas en el proceso, pudiendo ejercitarse dicha acción a través del procedimiento de responsabilidad de la Administración de Justicia por su funcionamiento anormal. Tur Ausina cuestiona esta afirmación destacando que la indemnización planteada ante el TC tiene una naturaleza propia y distinta de la anterior, con un fundamento relacionado con la necesidad de atender a una reparación imposible que no puede satisfacerse por otros medios, y a la mera existencia de un daño económico o moral. Por otro lado, la postura del TC es contraria al principio de economía procesal –obligando a la parte recurrente a proseguir un camino judicial ya de por sí largo-, amén de vulnerar la operatividad y efectividad que deben caracterizar la protección de un derecho fundamental.

- Asimismo argumenta el TC que la indemnización no está prevista en los arts. 41.3 y 55 LOTC. Adentrándose en la interpretación de tales preceptos, la autora concluye que tal medida puede ser necesaria para realizar la "verdadera y real tutela de las libertades" propia del amparo constitucional.

- Finalmente, el TC alude a que la adopción de la medida equivaldría a suplantar al órgano judicial competente, frente a lo que es aplicable el mismo argumento anterior, sólo asumiendo –en los casos en que sea necesario- la determinación de tales indemnizaciones se realizará la tutela más completa de los derechos.

Así, la autora propone que las medidas compensatorias debieran incluirse en la LOTC tras la oportuna reforma, en aras tanto de obtener la satisfacción objetiva del recurrente cuanto de la coherencia con la propia naturaleza del recurso, y ello en aras a evitar una condena del TEDH como la recaída en este asunto por la vulneración del art. 6 en relación con el art. 14 del CEDH.

Ciertamente que casos como el de la STC 3/2007 que hemos estudiado permiten afirmar que el problema último, en lo referido a las indemnizaciones, tiene más que ver

con el entendimiento y la configuración del procedimiento de amparo que con una estricta interpretación de los preceptos que lo regulan. Retraer las competencias del TC hasta el punto de limitarlo a la labor interpretativa, desentendiéndose en cierto modo de las consecuencias que tal interpretación pueda tener en el motivo de fondo del recurso, así como de las dilaciones –tanto del propio procedimiento como de la posterior remisión a uno nuevo ante los tribunales ordinarios- y la posible pérdida de la finalidad originaria de una solicitud de un DCPL, supone desnaturalizar el amparo constitucional y convertirlo en una instancia meramente técnica y formalista.

B) La STC 26/2011, un impulso de reducido efecto

Avanzando en el estudio de las luces y sombras de nuestra doctrina constitucional en esta materia, la STC 26/2011 supone un avance aún mayor que su precedente, ya que se puede decir que "corrige" de alguna manera el razonamiento inicial de la discriminación indirecta por razón de sexo que, como ya vimos anteriormente, conlleva una serie de problemas no desdeñables -entre otros la consolidación de los roles tradicionales de género y la dificultad de su aplicación a los solicitantes varones-.

En primer lugar, como decíamos anteriormente, es de destacar la influencia de la importante STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/2009, *Asunto Roca Álvarez* que se observa en la misma. El TC partiendo del sexo masculino del solicitante refuerza la idea, ya defendida por el TJUE, de que los DCPL deben situarse en el mismo plano y gozar de la misma intensidad en su protección jurídica con independencia del sexo del trabajador/a, aunque no lo hace desde la perspectiva de la discriminación por razón de sexo, sino que dentro de la lista abierta del art. 14 CE, establece una nueva causa de discriminación “por razón de las circunstancias personales y familiares”. Como vemos, este nuevo planteamiento es más avanzado con respecto a la STC 3/2007, ya que por una parte se apoya en el enfoque de la corresponsabilidad, y por otra en la idea de la conciliación de responsabilidades como una causa autónoma de discriminación. Se puede decir que la STC 26/2011 sigue los razonamientos efectuados por la STC 3/2007 -ambas dictadas por la Sala Primera- con el valor añadido de ser el primer pronunciamiento en que se reconoce a un varón el derecho fundamental a la conciliación, ya no sólo por su relación con el art. 39 CE, sino también por su conexión con el art. 14 CE. Nos encontramos, por tanto, ante una sentencia que marca un nuevo

punto de inflexión en lo que se refiere a la protección constitucional de los DCPL y su vinculación con la vida personal y familiar de los trabajadores/as. Y ese derecho fundamental a no ser discriminado por razones personales, sociales o familiares ha de ser adecuadamente ponderado en la interpretación de la legalidad ordinaria, lo que implicará realizar una lectura de esas disposiciones en clave constitucional, evitándose que la mera aplicación de su tenor literal pueda ser una vía de vulneración de derecho constitucional a no sufrir discriminación.

Por ello, se puede decir que la práctica totalidad de la doctrina científica, tanto laboral como constitucional, ha destacado el valor de esta resolución. Así, Salazar Benítez afirma que con la interpretación realizada por el TC, se puede concluir que "los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral constituyen una proyección del principio de igualdad y no discriminación"[1038]. Por otra parte, autoras como García Rubio[1039] han puesto de manifiesto que esta declaración del TC resulta muy importante, puesto que, en el ámbito laboral, tanto comunitario como interno, no existe aun, al menos de forma explícita, una norma que extienda la tutela discriminatoria a la conciliación de responsabilidades como causa de discriminación ajena al sexo del trabajador/a que lo ejercite; por lo tanto, el hecho de que el TC haya otorgado el rango de derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades supone un notable avance y refuerzo en relación a la garantía efectiva de los DCPL.

Por otro lado, los efectos beneficiosos de la STC 26/2011 no sólo se hacen notar en el propio ámbito jurídico laboral sino que “se trasladan también a la esfera del ámbito privado por su papel en la tarea de deconstrucción de los tradicionales roles de cuidado apoyando un nuevo modelo de masculinidad”[1040].

No obstante, y pese a lo evidente de su directa relación con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo/género desde el enfoque de la corresponsabilidad, la STC 26/2011, descarta la posible vulneración de la discriminación por razón de sexo tanto del solicitante como de su esposa, lo que pone

---

[1038] SALAZAR BENITEZ, Octavio, «La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 14 (2012), pp. 35.

[1039] GARCÍA RUBIO, Mª Amparo, «La tutela del trabajador varón en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar», en *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos. Cabeza Pereiro, J. y Fernández Docampo, B. (Directores)* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011).

[1040] SALAZAR BENITEZ, Octavio, «La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar». *Cit.*

de manifiesto, aun con el importante avance que supone la creación de esta nueva categoría, la renuencia del TC a realizar un análisis en profundidad de la auténtica causa discriminatoria en el ejercicio de los derechos de conciliación, que no tiene que ver con el sexo como condición biológica, sino con el sexo social, es decir, el género. Así, en cuanto a la alegación de discriminación directa por razón de sexo del solicitante, el TC, como ya dijimos, en virtud de una interpretación limitada de su doctrina constitucional respecto del significado de esta prohibición[1041] entiende que no podría trasladarse a los trabajadores varones, bien por razones biológicas, bien por motivos estadísticos demostrativos de su escasa asunción de las cargas familiares.

Sin embargo, aun estando de acuerdo con esta afirmación, deberíamos matizar de nuevo que la desventaja social no está unida a las mujeres por su condición biológica, sino al sistema sexo/género. El varón, históricamente, no se ha ocupado de las labores de cuidado, pero como sabemos, la realidad va por delante del derecho y hoy en día son muchos los que sí las asumen. Lo cierto es que los trabajos de cuidado, minusvalorados social y económicamente, han colocado a quienes los ejercen en esa situación de desventaja. Así pues, podemos preguntarnos si esto es fruto sólo del sexo biológico o más bien de esas obligaciones de cuidado que han conformado el género femenino. La respuesta es que en el caso de la mujer nos encontraríamos ante una discriminación sexo/género mientras que en el del hombre lo sería por razón de género. En efecto, el TC considera al varón como inequívocamente ligado a las funciones tradicionales de su género, por lo que el mero hecho de nacer varón presupone que éste no va a asumir las tareas del género femenino, y por lo tanto no se puede considerar incluido dentro del grupo social desfavorecido por la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer. Podríamos estimar, por tanto, más adecuada, en el ejercicio de los DCPL por los varones, la discriminación por razón de género como una interpretación extensiva y actual de la discriminación por razón de sexo. En este sentido, autoras como García Rubio[1042] han sostenido que la equiparación de hombres y mujeres en la tutela antidiscriminatoria por el ejercicio del derecho a la conciliación debe entenderse como una exigencia derivada del propio principio de igualdad por razón de sexo, tanto por las

[1041] De acuerdo con la STC 19/1989 la referencia al sexo en el art. 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer, siendo inconstitucional la diferenciación normativa basada en dicho criterio.

[1042] GARCÍA RUBIO, Mª Amparo, «La tutela del trabajador varón en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar». *Cit.* pp. 357-361

diferencias de trato que se producirían en perjuicio de los trabajadores, como por las indirectas consecuencias negativas que a su vez generarían para las trabajadoras. Por su parte, Cabeza Pereiro y Fernández Prieto[1043] sostienen igualmente que en la negativa injustificada al ejercicio por el varón de un derecho de conciliación puede defenderse que concurre vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo, no sólo porque así lo exprese el art. 44 de la LOI 3/2007, sino desde la perspectiva de la corresponsabilidad, tal y como ha hecho el TJUE en el *Asunto Roca Alvarez*. En este caso se trataría mas bien de una discriminación de estereotipo[1044] sin perjuicio de que en estos casos se produzca simultáneamente una discriminación de la mujer puesta de manifiesto indirectamente a través de la negativa al varón del ejercicio de los derechos de conciliación.

En cuanto a la alegación del solicitante de amparo de la posible discriminación indirecta de su esposa, el TC también desestima la pretensión acudiendo a su doctrina según la cual, a grandes rasgos, a través del recurso de amparo sólo se pueden tutelar derechos fundamentales propios y no ajenos. Pero lo cierto es que, tal y como ha destacado García Rubio[1045], esta doctrina no rige de forma absoluta y estricta, ya que en otros supuestos el TC ha acabado reconociendo la legitimación activa para interponer el recurso de amparo a sujetos no titulares del derecho fundamental alegado[1046]. Esta segunda decisión resulta también controvertida ya que, con independencia de los

[1043] CABEZA PEREIRO, Jaime y FERNÁNDEZ PRIETO, Marta, «Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 24 y 26/2011, de 14 de marzo», *Relaciones Laborales*, n.º 21, Sección Comentarios de jurisprudencia, Año 27, tomo 2, Editorial La Ley, (noviembre de 2011), pp. 1-28.

[1044] Como explican estos autores, el estereotipo en la mujer se basa en la concepción de una trabajadora que es responsable del cuidado de su núcleo familiar y que por tanto está más implicada en el proyecto familiar que en el empresarial. En el hombre el estereotipo es el de un trabajador no implicado con su núcleo familiar, y las resistencias responderían al mantenimiento de los estándares de comportamiento socialmente aceptados que se apoyan en la creencia de que los varones necesitan menos intensamente de estos derechos porque sus solicitudes no se basan en una necesidad perentoria, como sí se basarían las de sus compañeras. Además se considera que la solicitud masculina se convertiría en una provocación a la empresa por lo que el hombre que, contrariamente a las normas socialmente establecidas, pretende reordenar su tiempo de trabajo para poder hacerse cargo en mayor medida de sus responsabilidades familiares se convierte en víctima de discriminación.

[1045] GARCÍA RUBIO, Mª Amparo, «La tutela del trabajador varón en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar». *Cit.*

[1046] La autora destaca otras sentencias en las que se matiza la anterior afirmación y, a partir del tenor del art. 162.1 b) CE, concluyen que “nuestra Ley fundamental no otorga la legitimación activa exclusivamente a la "víctima" o titular del derecho fundamental infringido, sino a toda persona que invoque un "interés legítimo"; y en tal sentido manifiestan que “este Tribunal ha interpretado de forma muy amplia y flexible la noción de interés legítimo a efectos de reconocer legitimación para recurrir en amparo, pues ha considerado que tiene este interés "toda aquella persona cuyo círculo jurídico pueda resultar perjudicado por la violación, por obra del poder, de un derecho fundamental, aunque la violación no se produjese en su contra" (AATC 1193/1988, de 24 de octubre, F. único; 58/2000, de 28 de febrero, FJ 2; STC 84/2000, de 27 de marzo).

motivos procesales alegados, la restricción del derecho de conciliación del solicitante, de acuerdo con lo expuesto por el propio Ministerio Fiscal en su informe al recurso de amparo con apoyo en la Directiva 2006/54/CEE, y la jurisprudencia comunitaria del TJUE, *Asunto Roca Alvarez*, supondría una discriminación indirecta de su esposa. El voto particular afirma que no cabría descartar un interés legitimo del recurrente acudiendo al art. 162.1 b) CE, ya que la imposibilidad para el varón de acceder al derecho solicitado contribuiría a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, correspondiendo la del cuidado principalmente a la segunda ″con independencia de que esta perspectiva tenga que quedar al margen del análisis al no ser un derecho propio del recurrente sino de su esposa″.

La doctrina científica también ha destacado que este aspecto debería haberse tenido en cuenta en la sentencia. En tal sentido Cabeza Pereiro y Fernández Prieto[1047] afirman que no se comprende muy bien por qué el Tribunal no acepta la posible existencia de discriminación indirecta de la mujer, y sí, en cambio la discriminación por ″cualquier otra condición o circunstancia personal y familiar". Creemos que ello tiene que ver con la idea de no insistir en esa argumentación, que a fin de cuentas abunda en la consolidación de los roles tradicionales -tal y como vimos, esa fue la crítica fundamental a la STC 3/2007-.

Por tanto, con independencia de la respuesta final, para García Rubio "habría sido deseable que la STC 26/2011 se hubiera detenido más a razonar sobre esta cuestión, no limitándose a aludir al carácter ajeno del derecho (...) sino planteándose si el esposo y padre de los menores, en tanto integrante de la unidad familiar, goza o no de «interés legítimo» para reclamar la posible discriminación indirecta de la mujer, teniendo en cuenta los perjuicios no sólo profesionales, sino también los derivados para la economía familiar que, en su caso, pudieran generarse"[1048]. Además, una interpretación rígida del derecho de adaptación de jornada tanto de trabajadores como de trabajadoras solicitantes afectaría indirectamente en mayor medida a las mujeres, que en caso de denegación podrían ser las que, de forma habitual, acabaran ejercitando

[1047] CABEZA PEREIRO, Jaime y FERNÁNDEZ PRIETO, Marta, «Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 24 y 26/2011, de 14 de marzo». *Cit.*

[1048] GARCÍA RUBIO, Mª Amparo, «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada», *Cit.* pp. 1-30.

derechos alternativos de conciliación, más perjudiciales desde el punto de vista económico y profesional -reducción de jornada, excedencia, etc-.

No obstante, como decimos, esta asociación de la conciliación con la discriminación por razón de sexo, que se apoya en que son las mujeres las que mayoritariamente ejercen los derechos de conciliación, es una afirmación que, aun corroborada estadísticamente, no cuestiona los roles tradicionales y el papel de cuidadora de la mujer. Por tanto habría que reforzar este razonamiento pero insistiendo en la idea de que la base de la discriminación es el sexo social o si se quiere el género, nunca el sexo biológico, entre otras cosas porque este argumento se basa además en unos presupuestos que dan por sentado que estamos siempre ante un modelo de familia tradicional constituida por un padre y una madre pero que no encaja en otros modelos familiares.

Una vez descartadas la discriminación por razón de sexo tanto del solicitante de amparo como de su esposa, la STC 26/2011 construye una nueva categoría discriminatoria, apoyándose en su propia doctrina sobre la cláusula abierta del 14 CE, otorgando al trabajador el amparo solicitado por considerar que las resoluciones judiciales impugnadas, al no realizar una debida ponderación de las circunstancias personales del recurrente, no fueron respetuosas con el derecho fundamental a la no discriminación "por circunstancias familiares" vulnerándose por tanto el art. 14 CE. Paradójicamente, esta importante declaración prácticamente carece de argumentación jurídica, algo que ha sido criticado tanto por el propio voto particular de la sentencia como por la doctrina científica. Así, Cabeza Pereiro y Fernández Prieto[1049] creen que habría sido mucho más conveniente circunscribirse al ámbito de la discriminación por razón de sexo. Y consideran que la invocación a la cláusula general de ″cualquier otra condición o circunstancia personal o social″ puede acabar incrementando la inseguridad jurídica, del mismo modo que no tomar en consideración la discriminación por razón de sexo desde la perspectiva de la corresponsabilidad acabe haciendo pasar desapercibida la misma a los órganos de aplicación de las normas. Por lo tanto, para estos autores resultaría "más aconsejable utilizar moldes jurídicos más conocidos y aferrarse a doctrinas consolidadas, para evitar que se emprendan caminos que, a la larga, puedan no

[1049] CABEZA PEREIRO, Jaime y FERNÁNDEZ PRIETO, Marta, «Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 24 y 26/2011, de 14 de marzo». *Cit.*

llevar a ninguna parte"[1050]. Si la causa de la desigualdad de la mujer en el mercado de trabajo es la ausencia de corresponsabilidad, no sería necesario complementar los argumentos jurídicos invocando discriminaciones un tanto artificiosas.

Sin embargo, no podemos compartir totalmente esta afirmación, puesto que en una hipotética situación en la que se alcanzase un reparto de tareas equilibrado también habría que seguir protegiendo a mujeres y hombres para que ambos puedan seguir compatibilizando la vida familiar con la vida personal. Es decir, se trata más bien de tutelar a todas aquellas personas que ejercen labores de cuidado en compatibilidad con el trabajo; y en ese sentido la nueva construcción jurisprudencial del TC se amolda mejor a estas circunstancias, siempre y cuando se entienda accionable por ambos sexos.

Así lo entiende García Rubio[1051] cuando afirma que las causas de discriminación que la doctrina ha venido asociando con determinadas diferenciaciones históricamente arraigadas no residen en realidad en el sexo biológico del trabajador/a, sino que sería la asunción de responsabilidades familiares el factor determinante de las desventajas en el acceso y permanencia en el empleo. En este sentido cita la STSJ Madrid, de 3 abril 2002, Rec. 6305/2001 que afirma: "hemos de concluir que no es el sexo lo que determina aquélla -la consideración de que es la condición de mujer lo que da lugar a la desigualdad no deja de entrañar un perjuicio discriminatorio al partir de la premisa de que es suya y no del hombre la obligación de cuidado- sino la dedicación de un trabajador, hombre o mujer, a la familia, en detrimento de la permanencia en la empresa, o de su disponibilidad para la misma, siendo esto lo que se penaliza mediante conductas de preterición laboral". Por ello, y aunque García Rubio no llegue a hacer mención expresa a la categoría de género en su análisis, lo cierto es que comparte la idea también expresada por Salazar Benítez cuando éste afirma: "Aunque el TC no llegue a decirlo, estaríamos ante una discriminación por razón de "género", esto es, ante una discriminación que deriva del papel diferenciado asignado a hombres y mujeres por el patriarcado"[1052]. Así, de la misma manera que el legislador ha entendido que la "violencia de género" es consecuencia de unas determinadas relaciones de poder y de

[1050] Ibid.

[1051] GARCÍA RUBIO, Mª Amparo, «La tutela del trabajador varón en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar». *Cit.*

[1052] SALAZAR BENITEZ, Octavio, «La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar». *Cit.* pp. 33

una situación de desigualdad entre hombres y mujeres, "también deberíamos vincular el desequilibrio existente en el ámbito de las responsabilidades privadas y familiares a la persistencia de unas estructuras que parten de una diferenciación jerárquica entre unos y otras"[1053]. García Rubio, además, desarrolla la argumentación que debería haber utilizado el TC con apoyo en la cláusula abierta del art. 14 CE, en la medida en que la asunción de responsabilidades familiares actúe como motivo irrazonable de diferenciación y segregación contrario a la dignidad de la persona (STC 62/2008, de 26 de mayo), además del propio reconocimiento implícito que parece desprenderse de la redacción del art. 44 LOI 3/2007, la normativa de la OIT (Convenio nº 156 y su Recomendación nº 165) y la cláusula quinta del Acuerdo marco revisado de la Directiva 2010/18 UE.

Todo ello nos lleva a la necesidad del reconocimiento expreso de la categoría de género en nuestro ordenamiento jurídico como causa de diferenciación prohibida, además de un pronunciamiento constitucional expreso sobre esta cuestión. Ya en 1975 Rubin[1054] redefinió el concepto género como "lo social" diferenciándolo del sexo como "lo biológico" a raíz de la necesidad de oponerse a una opinión dominante que vincula la situación de subordinación de las mujeres a sus características sexo-biológicas. Es en este sentido donde resulta necesaria la introducción del término "género" como categoría explicativa de la discriminación de carácter estructural sexo/género[1055]. En el ejercicio de los DCPL, la verdadera causa discriminatoria es la asunción de responsabilidades correspondientes a la esfera privada, tanto personales como familiares y, en consecuencia, la argumentación del TC debería haber profundizado en el hecho de que nos encontramos en realidad ante una discriminación por razón de género, o si se quiere por razón de las circunstancias personales y familiares pero asociadas al sistema sexo/género. Sólo de esta forma la nueva causa discriminatoria no sólo quedaría

[1053] Ibid.

[1054] RUBIN, Gayle, «The traffic in Women: Notes on the Political Economy of Sex», en *Towards an Anthropology of Women*, (Ed. Reiter, Rayna), (New York: Monthly Review Press, 1975).

[1055] BARRÈRE UNZUETA, Mª Angeles, «Legislación y jurisprudencia antidiscriminatorias por razón de sexo-género. Reflexiones de recopilación y de reforma legislativa», Disponible en: http://www.f-3.net/defentsoria/2007/ponencias/Maggy_Barrere_Ponencia.pdf. Consultado el 18-02-2013
Como expresa la autora, se ha criticado por el feminismo –y con razón— el uso abusivo, perverso y enmascarador del término "género" dándose la paradoja de que a pesar de que el mismo se define fundamentalmente por su oposición a "sexo", es frecuente encontrar en textos científicos y periodísticos la simple sustitución del segundo por el primero, lo que ocurre igualmente con el término "mujeres".

reforzada en su argumentación, sino que serviría para que todos los trabajadores, mujeres y hombres, tuviesen la misma tutela judicial.

Un último problema que plantea la STC 26/2011 es que, al igual que ocurría con la STC 3/2007, no existe un pronunciamiento general sobre si la negativa de la empresa a la adaptación de jornada del trabajador supone o no un acto de discriminación. Esta falta de pronunciamiento se agrava por cuanto, como veremos a continuación, el TC en dos sentencias dictadas en el mismo día, la STC 26/2011 y la STC 24/2011, y sobre un mismo asunto, el derecho a adaptar la jornada de trabajo para conciliar la vida familiar y laboral, acabará dando dos respuestas completamente distintas, en función del sexo de los solicitantes, aunque en apariencia no sea el sexo la causa del diferente resultado, sino la ausencia o no de ponderación de los derechos fundamentales en juego en cada caso. En efecto, en el caso de la STC 26/2011 la negativa injustificada al ejercicio del derecho se considera contraria al derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias familiares (art.14 CE), mientras que en la STC 24/2011 no se considera contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ni tampoco al derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

En primer lugar, la STC 24/2011 rechaza aplicar los razonamientos contenidos en la STC 3/2007 al considerar que no eran trasladables al caso al no apreciarse la necesaria identidad de supuestos[1056]. No obstante, y pese a negar la aplicación de dicha doctrina constitucional, alineándose con la doctrina del TS en torno a dicha cuestión (STS de 13 y 18 de junio de 2008), lo cierto es que la sentencia sí que analiza una de las exigencias clave de la STC 3/2007 vinculada a la dimensión constitucional de los DCPL, esto es, la ponderación de los derechos fundamentales en juego. Realizado el juicio "formal" de ponderación, el TC afirma que "no cabe apreciar la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que se reprocha a las decisiones judiciales impugnadas, al haber abordado su enjuiciamiento teniendo en cuenta la dimensión constitucional de la controversia planteada". Es de destacar que, a diferencia de las SSTC 3/2007 y STC 26/2011, sí existe en esta resolución un pronunciamiento específico sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

[1056] Recordemos que en la STC 3/2007 la solicitante ejercía un derecho de reducción y adaptación horaria al amparo del 37.5 ET, y en el caso de la STC 24/2011 la solicitante pedía únicamente una adaptación horaria al amparo del 34.8 ET.

No obstante, una vez descartada la vulneración del art. 24.1 CE, la STC 24/2011 desestima también la del derecho a la no discriminación por razón de sexo alegado por la trabajadora (FJ 4º), para ello la STC 24/2011 sostiene que la voluntad del legislador al articular el art. 34.8 ET ha sido la de "condicionar el ejercicio del derecho de adaptación de la jornada que examinamos, a lo que se disponga a través de la negociación colectiva o acuerdo entre los propios interesados (empresario y trabajador/a)"; y ello, además, "sin excepción": prueba de esta afirmación, añade la sentencia, es que "habiendo sido propuesta durante la tramitación parlamentaria de la citada Ley Orgánica [3/2007] una enmienda al proyecto de Ley —la núm. 50— que pretendía incorporar al apartado 8 del art. 34 un nuevo punto referido a la adopción de un régimen más flexible en la elección del horario de trabajo —sobre todo en los casos de familias monoparentales—..., sin embargo, tal propuesta no prosperó".. A partir, pues, de esta consideración, el Tribunal concluye que ″no se ha infringido el art. 14 CE que se denuncia, al no haberse producido una indebida restricción del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral que constituya una discriminación por razón de sexo, al aplicar los órganos judiciales, del modo en el que lo hicieron, el art. 34.8 ET″. En consecuencia con lo anterior, la STC 24/2011 desestima la demanda de amparo. Así pues, el pronunciamiento de la STC 24/2011 sobre la ineficacia normativa del art. 34.8 ET, como presupuesto para inaplicar la doctrina de la STC 3/2007, resultará fundamental para denegar el amparo y, por tanto, para no reconocer la dimensión constitucional del DCPL en juego, anteponiendo la norma legal a la CE. El fallo de la STC 24/2011 se fundamenta en razones de estricta legalidad ordinaria y, a su juicio, si no existe reconocimiento normativo directo del derecho de adaptación de jornada, no es posible que la denegación judicial de un derecho inexistente legalmente pueda ser contraria a los derechos constitucionales aludidos.

Sin embargo en la STC 26/2011 ocurre lo contrario. En la misma el Tribunal no se pronuncia sobre la eficacia normativa del precepto, no afirma que el derecho a la adaptación de jornada tenga una eficacia directa en todo caso, y considera que ésta sería una cuestión de legalidad ordinaria; pero entiende que pese a ello prevalece su dimensión constitucional. Es decir, la STC 26/2011, aunque implícitamente, sí admite que tal derecho puede llegar a reconocerse al trabajador/a en cada caso concreto, una vez ponderadas las circunstancias familiares y empresariales concurrentes. Como afirma García Rubio "de no entenderse que el Tribunal Constitucional acepta esta posibilidad, carecería de todo sentido el reproche dirigido a las resoluciones judiciales impugnadas

sobre la falta de valoración de las circunstancias"[1057]. Mientras que la STC 3/2007 destaca que la dimensión constitucional de "todas" las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores/as ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa, idea que continúa en la STC 26/2011, la 24/2011 niega la aplicación de dicha doctrina por considerar que los derechos de conciliación en litigio no eran coincidentes (art. 37.5 ET frente a 34.8 ET).

Por otra parte, aunque la STC 3/2007 y la 26/2011 exigen una estricta valoración de las circunstancias del caso concreto, ponderando la repercusión de los derechos fundamentales en juego de ambas partes, el juicio de ponderación de la STC 24/2011 se limita a hacer una mera valoración "formal" y de corto alcance, sin considerar en el caso concreto las circunstancias personales ni empresariales, ni tampoco la proporcionalidad entre los perjuicios que la pretensión puede conllevar para ambas partes. El tenor literal del art. 34.8 ET es la causa final por la que, en ausencia de pacto, la sentencia considera suficiente la ponderación de constitucionalidad efectuada por las resoluciones impugnadas y descarta la vulneración de los derechos fundamentales alegados por la demandante de amparo.

A la vista de estos pronunciamientos surgen muchos interrogantes:

Pese a lo que establece la STC 3/2007, ¿se encuentran todos los DCPL -reconocidos o no expresamente como tal- amparados por su doctrina?, es decir, ¿todos tienen esa dimensión constitucional? La STC 24/2011 sostiene que dicha doctrina no es de aplicación a un DCPL como el recogido en el art. 34.8 ET cuando no haya previsión convencional ni pacto individual. Pero entonces, ¿por qué la STC 24/2011 desestima el amparo por considerar que los tribunales sí realizaron correctamente la ponderación de los derechos fundamentales en juego? ¿Tiene o no dimensión constitucional el art. 34.8 ET? Y si no se hubiera realizado la ponderación, ¿se habría otorgado el amparo? ¿Sería posible que en ese caso la negativa injustificada a disfrutar del derecho a una adaptación horaria pudiera ser contraria a los derechos constitucionales aludidos? Parece que desde el pronunciamiento de la STC 26/2011 sí, pero no desde la STC 24/2011.

Como ya abordamos en el capítulo III a propósito del estudio del derecho a la adaptación de jornada introducido por el art. 34. 8 ET, estas llamativas contradicciones

[1057] GARCÍA RUBIO, Mª Amparo, «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada». *Cit.*

han suscitado la atención de la doctrina jurisprudencial[1058] y científica: así, Fernández Prieto ha destacado, en nuestra opinión de manera acertada, "la influencia de las convicciones políticas, morales o de justicia de los magistrados, también del TC, en el fondo de sus resoluciones y la gran inseguridad jurídica que ello provoca en el justiciable"[1059]. En este sentido cabe reprochar al TC que fallos de signo tan distinto sobre la misma cuestión no hagan sino generar una mayor inseguridad jurídica. Montoya Medina[1060], por su parte, entiende que la justificación que la STC 24/2011 realiza para no aplicar la doctrina contenida en la STC 3/2007 carece de fundamento, ya que una cosa es que los supuestos de hecho de ambas sentencias examinaran diferentes derechos de conciliación, y otra que no pueda invocarse la aplicación de dicha doctrina constitucional para recordar el deber que pesa sobre los órganos judiciales de resolver este tipo de asuntos ponderando la dimensión constitucional de los intereses en juego. Por eso -en opinión del autor- el fallo, aun conteniendo una fundamentación jurídica firme, parece predeterminado por la decisión de inaplicar la STC 3/2007. De este modo, afirma, las diferencias en la doctrina contenida en las SSTC 24 y 26/2011 no harán sino generar incertidumbre en los jueces de lo social a la hora de profundizar en la ponderación de las circunstancias concurrentes en cada asunto, en relación con los intereses contrapuestos de empresa y trabajador/a, lo que sin duda alimentará la característica disparidad de criterios entre Juzgados. En el mismo sentido coincide también García Rubio[1061]. Por tanto, para la autora, parece que la visión que se tenga respecto de la eficacia normativa del art. 34.8 ET será clave a la hora de conjugarlo con la doctrina constitucional sobre la interpretación de los derechos fundamentales. Así, si se parte de la postura de que el art. 34.8 ET no es un derecho, la STC 24/2011 estaría aplicando la propia jurisprudencia constitucional que ha advertido de que los límites

[1058] Por ejemplo, la STS 19 de julio 2012 cuando dice: "Esta Sala del Tribunal Supremo comparte desde luego la preocupación por la seguridad jurídica reflejada en el escrito del recurso. Y constata también que las sentencias del Tribunal Constitucional 24/2011 y 26/2011, dictadas ambas en la misma fecha de 14 de marzo de 2011 por cada una de las Salas del intérprete máximo de la Constitución, no despejan las dudas existentes sobre el alcance y los supuestos en que resulta aplicable la jurisprudencia constitucional sentada en STC 3/2007".

[1059] FERNÁNDEZ PRIETO, Marta, «Conciliación, corresponsabilidad y empleo: adaptación y distribución de la jornada de trabajo». *Cit.*

[1060] MONTOYA MEDINA, David, «Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar (Comentario a las STC 24 y 26/2011)». *Cit.*

[1061] GARCÍA RUBIO, Mª Amparo, «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada». *Cit.*

establecidos en ella no pueden enervarse ni alterarse por la vía de la interpretación más favorable al derecho fundamental pues, si así fuera, quedaría en manos del intérprete, y no en las del legislador, la fijación de los contornos del derecho. Esta interpretación, a la vez, se suma a la tesis sostenida en las SSTS 13 y 18 de junio de 2008[1062]. Si, por el contrario, se admite que el art. 34.8 ET sí es un derecho, y que lo que se deja en manos del acuerdo o la negociación colectiva son los términos de su ejercicio, desde esta otra interpretación sí cabría aplicar la jurisprudencia constitucional que aboga por hacer valer la interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales en juego, lo que en este caso, siendo los DCPL una proyección del derecho a la no discriminación, supondría apostar por la defensa del derecho de adaptación de jornada, aun en defecto de convenio o pacto. Este razonamiento parece que sería el que han seguido las SSTC 3/2007 y 26/2011 cuando aluden a la dimensión constitucional de los derechos de conciliación como criterio de resolución de "cualquier duda interpretativa", aunque parecen proyectar este principio sobre la solución a dar en cada caso concreto, y no tanto sobre la lectura general que merece la norma. Para García Rubio esta segunda alternativa es sin duda la que mejor se cohonesta con la jurisprudencia constitucional sobre la interpretación más favorable a los derechos fundamentales en juego antes referida.

Por último, Ballester Pastor[1063] hace una lectura conjunta de las sentencias del TC 24/2011 y 26/2011 superando así la contradicción entre ambas a la que ha apuntado la mayoría de la doctrina científica, a la vez que trasciende las dudas sobre la eficacia o no del art. 34.8 ET. Para ello parte de la base de que el TC ha otorgado al derecho a la conciliación de responsabilidades el rango de derecho fundamental y la existencia de su contenido esencial hace que éste surja directamente de la CE, sin que se agote necesariamente el alcance que al mismo quiera dar la legislación ordinaria. El derecho a la conciliación de responsabilidades es un derecho real y efectivo, que debe ser tenido siempre en cuenta en la interpretación y aplicación de las leyes, es decir, tiene aplicabilidad directa y debe actuar como límite de cualquier otro derecho que se ejercite, incluyendo el de libertad de empresa. Por lo tanto, esta formulación obliga a

[1062] Que recordemos, en *obiter dicta*, fundamentaron la decisión de negar la eficacia directa del art. 34.8 ET en el principio de legalidad bajo el argumento de que los jueces estarían asumiendo las funciones normativas que corresponden al legislador.

[1063] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «La flexibilidad interna en el marco de las relaciones laborales». *Cit.* pp. 85.

tener al derecho a la conciliación permanentemente presente a la hora de valorar la legitimidad constitucional de las prerrogativas empresariales al respecto, que deberán estar siempre condicionadas en su alcance al análisis de razonabilidad que suscita la confluencia de derechos constitucionales desde la perspectiva del contenido esencial de los mismos. Pero esta calificación de derecho fundamental no implica que sea un derecho prevalente frente a otros derechos constitucionales, significa que el derecho de conciliación se sitúa al mismo nivel, lo que obliga a que su aplicación se realice mediante la técnica del respeto al contenido esencial de todos los derechos constitucionales en eventual conflicto. Por otra parte, no significa que la legislación ordinaria deba interpretarse en un sentido favorable a la prevalencia del derecho de conciliación frente a otros derechos constitucionales para determinadas situaciones si no lo ha establecido así expresamente el legislador, tal y como dispone la STC 24/2011. El derecho de conciliación en algunas manifestaciones dispone de una configuración legislativa concreta y rotunda (art. 37.5 ET), pero en algunas otras nace directamente de la Constitución, sin perjuicio de las especificaciones que pudiera establecer el convenio o del eventual acuerdo con el empresario (art. 34.8 ET).

En nuestra opinión, hay que añadir un inconveniente más que podría plantearse por estas sentencias, y es que, paradójicamente, la aplicación de la STC 26/2011 en los casos de solicitud de adaptación de jornada va a facilitar la conciliación al varón, mientras que en el mismo ejercicio por parte de una mujer, en aplicación de la STC 24/2011, la adaptación no va a ser posible, debiendo acudir a fórmulas tradicionales de reducción o excedencia con las consecuencias desventajosas que suponen en cuanto a menoscabo de la retribución y la consiguiente disminución de la cotización a la seguridad social, menor presencia en el trabajo, etc. Por ello una de las soluciones ha de pasar necesariamente por una reinterpretación del art. 34. 8 ET desde su perspectiva constitucional. Sería necesaria la construcción de una nueva doctrina que modifique el sentido de la generada por las SSTS 13 y 18 de junio de 2008, aunque lo cierto es que la irrecurribilidad de las sentencias de instancia en materia de conciliación va a dificultar sobremanera que esta se produzca, a menos que la parte que inicia el proceso tenga la previsión de alegar la vulneración de derechos fundamentales con el fin de abrir el camino a las instancias superiores.

Un estudio en profundidad del precepto, como ya destacamos en el capítulo III, nos llevará a conclusiones distintas a las manifestadas en las sentencias del TS, destacando en primer lugar las llamativas discrepancias existentes entre la

interpretación judicial y la casi totalidad de la doctrina científica; en segundo lugar deben replantearse aspectos como lo que podamos entender como "negociación" en lo que se refiere a la postura adoptada por cada una de las dos partes (trabajador/a y empresa) con vistas a llegar a un acuerdo, asimismo hay que analizar qué ocurre ante la ausencia de desarrollo de este derecho por parte la negociación colectiva (legalmente obligada a promoverlo), y finalmente se hace necesario tener en cuenta todos los derechos fundamentales que entran en juego en el ejercicio de un DCPL. Y es que todo ello ha sido obviado en la interpretación realizada en las SSTS de 13 y 18 de junio de 2008 con el único argumento de que no nos encontramos ante un derecho[1064], sino que se trata de una mera expectativa en tanto en cuanto el convenio colectivo no lo regule, lo que contraviene de plano la dimensión constitucional del derecho a la conciliación.

El derecho a la adaptación horaria para compatibilizar vida personal/familiar y laboral se presenta como una de las medidas más eficaces para mejorar las posibilidades de conciliar y, en consecuencia, como herramienta eficaz al servicio de la igualdad real de oportunidades entre mujeres y hombres, en la medida en que permite realmente a ambos desarrollar las dos esferas sin pérdida de retribución, lo que a su vez evitará que continúen siendo las mujeres quienes renuncien a todo (excedencias) o parte (reducciones de jornada) de su salario. Del mismo modo, permite adoptar otras soluciones horarias fuera de los parámetros del art. 37.5 ET -el cual ha sido restringido por el RDL 3/2012- con base en el mandato constitucional, art. 9.2 y 14 CE, y legal, y arts. 1 y 4 LOI 3/2007, siendo obligación de nuestros poderes públicos adoptar medidas en este nuevo sentido de los derechos de conciliación presenciales. Por otra parte, no hay que perder de vista que la STC 3/2007 establece la dimensión constitucional de todos los DCPL, comprendiendo por tanto no sólo los previstos en el art 37.5 ET, sino los demás que bien, expresamente, bien de forma implícita, están al servicio de la compatibilidad de la vida personal, familiar y laboral. En este sentido, dicha dimensión prevalece y debe servir de orientación al órgano judicial tal y como establecen las SSTC 3/2007 y 26/2011, si bien en función de las circunstancias personales. Por ello las dudas sobre la interpretación del alcance y contenido del art. 34.8 ET habrán de valorarse necesariamente con arreglo a su dimensión constitucional.

[1064] Pese a que afirman que el derecho es sin duda eficaz para la conciliación: "sin dudar de que la pretensión de la demandante serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con los deberes familiares porque de lo contrario no hubiera solicitado el cambio de horario".

2.6. La jurisprudencia constitucional por venir

El proceso evolutivo de lo que podríamos denominar la consolidación constitucional de los DCPL se presenta, según hemos visto, como un camino largo, no exento de obstáculos y desvíos, en el que es inevitable reconocer, junto con los muchos pasos ya dados, la distancia que queda aún por completar.

En primer lugar, en materia de conciliación de la vida familiar, se hace imprescindible dejar de aplicar derechos y protecciones diferenciadas en función del sexo de los trabajadores/as. La diferente tutela constitucional de las SSTC 3/2007 y 26/2011 no hará sino seguir abundando en el mantenimiento de roles tradicionales, a la vez que generando una mayor incertidumbre sobre la cuestión. Por lo tanto, sería muy conveniente que el TC acabase aplicando la categoría de "género" en el análisis antidiscriminatorio de los DCPL, tal y como hemos avanzado en el apartado anterior. Llegados a este punto podemos afirmar que las discriminaciones sufridas tanto por mujeres como por hombres en el ejercicio de los DCPL deberían ser reconducibles a una única causa discriminatoria: la discriminación por razón de género. Y aunque, tal y como ha hecho la STC 26/2011, procede plantear su inclusión en la cláusula genérica del art. 14 CE, que da cabida a discriminaciones por cualquier otra condición o circunstancia personal o social, partiendo de la premisa -en realidad podemos calificarla ya como máxima de la experiencia- de que los trabajos de cuidado constituyen un factor que configura a los afectados/as como un colectivo segregado o situado en posición de desventaja -aunque particularmente a las mujeres- creemos que resultaría mucho más adecuado que esta causa discriminatoria se considerase como un nuevo desarrollo de la prohibición de discriminación por razón de sexo. A su vez, en una futura reforma constitucional, ello debería traducirse en la modificación del art. 14 CE, para que incluyese entre las causas prohibidas de discriminación la del género -como expresión de la que subyace bajo el “sistema sexo/género”-.

Esta construcción, por otro lado, proporcionaría una tutela única a todas las personas, con independencia de su sexo, identidad de género, estado civil, etc., lo que evitaría seguir insistiendo en la asentada idea "conciliación/sexo femenino" que es la base de la discriminación estructural sexo/género. De hecho, la discriminación por razón de género también se ha apuntado ya en algunos pronunciamientos del TJUE, que ha vinculado con la discriminación por razón de sexo los prejuicios y los tratos

desfavorables que puedan sufrir los transexuales por su identidad de género y su comportamiento conforme a los correspondientes estereotipos[1065]. En nuestra normativa interna, la LOI 3/2007 entiende la discriminación por razón de "sexo" en un sentido neutro, reconociendo un derecho que protege las desigualdades sufridas tanto por las mujeres como por los hombres. Sin embargo sabemos que la discriminación parte de la pertenencia a un colectivo históricamente marginado -el del sexo/género femenino- y que la finalidad de esta prohibición de discriminar es la consecución de la igualdad real de oportunidades. Por tanto, esta será la clave desde la que haya que interpretar las diferencias de trato: a la hora de valorar la existencia de discriminación en el ejercicio de los DCPL, deberá tenerse en cuenta la configuración de los estereotipos de género**,** como consecuencia necesaria y obligatoria de los principios y valores que se desprenden de la LOI 3/2007, estando todos los poderes públicos obligados a actuar en favor de la protección del principio de igualdad (art. 14 LOI 3/2007). Por lo tanto, en el análisis de la discriminación habrán de considerarse, más que las diferencias físicas o biológicas, las diferencias de trato que puedan derivar de los estereotipos y roles asumidos por unos y otros, es decir las diferencias sociales o el género.

Para García Rubio[1066], esta afirmación estaría avalada por el propio art. 3 de la LOI 3/2007, al indicar entre los motivos de discriminación "especialmente" protegidos no sólo la "maternidad" como hecho biológico sino también otros con mayor significado socio-cultural como son "la asunción de obligaciones familiares" y "el estado civil". En consecuencia, se hace imprescindible que, desde una perspectiva constitucional, se configure jurídicamente tanto el propio concepto de género como la prohibición de discriminación por razón de género completando así "de un modo moderno y socialmente avanzado el contenido del art. 14 CE"[1067], teniendo siempre presente la integración y equiparación de los ámbitos público/mercado de trabajo y privado/trabajo doméstico y de cuidado en los que los trabajadores/as deben desenvolverse a diario.

[1065] En el mismo sentido, la Directiva 2006/54, en su considerando 3º, recoge esta jurisprudencia y afirma que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres debe aplicarse asimismo a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo de una persona.

[1066] GARCÍA RUBIO, Mª Amparo, «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada». *Cit.*

[1067] PERÁN QUESADA, Salvador, «La necesaria configuración jurídica de la discriminación por razón de género desde la perspectiva constitucional», *Revista de Derecho Social*, n.º 66 (junio de 2014), pp. 149-170.

Y es que, de acuerdo con Perán Quesada, los mecanismos de discriminación por razón de sexo se muestran insuficientes hoy día para resolver los nuevos conflictos de género que surgen en nuestras sociedades, ya que sólo "(...) se mostraban capaces de dar seguridad jurídica en torno a categorías sociales de sexo -masculino y femenino-, significación marcada por los principios, valores y narrativas de una sociedad heteropatriarcal, que ha permitido mantener la supremacía de la masculinidad en los ámbitos familiar, económico, cultural y social (...). La innovación fundamental que presenta la perspectiva de género para analizar el fenómeno de la discriminación entre mujeres y hombres recae en el debilitamiento del sexo -entendido como el conjunto de diferencias biológicas- como categoría referente en el análisis de estos fenómenos, para centrarse en el conjunto de dispositivos sociales a través de los cuales se asignan expectativas y valores diferenciados entre mujeres y hombres**.** Esto significa, no solo un debilitamiento de las tendencias históricas a la naturalización de las construcciones sociales en torno al sexo y a la sexualidad, sino un instrumento conceptual que nos permite entender el modo en que se articulan los dispositivos de producción del género"[1068]. Además el autor insiste en que, desde la LOI 3/2007, el principio de transversalidad de género como innovación jurídica fundamental en el ámbito de las políticas de igualdad debe aplicarse en todos los órdenes posibles, incluidas las resoluciones judiciales[1069]. En tal sentido, para Perán Quesada, la base doctrinal que debe fundamentar la discriminación por razón de género, como causa discriminatoria singular y reforzada, se encuentra en la importante STC 145/1991, de 22 de julio que introdujo un cambio de posición al interpretar la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica. Por ello la sentencia afirma que "la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e

[1068] Ibid.

[1069] "Por ello es consustancial al principio de igualdad de género el enfoque reforzado de la transversalidad, que implica que la perspectiva de género deberá adoptarse como elemento inspirador del conjunto de políticas y acciones públicas, pero también, y ello es lo esencial en este caso, como elemento interpretativo de las normas legales en la acción judicial".

inequívoca". Esta interpretación permitió ampliar y enriquecer la noción de discriminación para incluir no sólo aquella en donde el sexo es objeto de consideración directa, sino también aquella otra que fuese consecuencia de la subordinación de la mujer en todos los órdenes de la vida social.

Debemos tener en cuenta que en el ámbito actual de las relaciones laborales los conflictos de género más relevantes tienen que ver con la ruptura de los roles tradicionalmente asignados en torno a la reproducción y los cuidados en el seno de la familia. Es decir, con la corresponsabilidad de las cargas familiares y los DCPL, desarrollándose a partir de ello toda una serie de medidas que persiguen acabar con los estereotipos de género en función del sexo. Por tanto, el género muestra sin duda una mayor potencialidad política, jurídica y social, ya que su empleo puede ser útil para "analizar el conjunto de leyes culturales producto de su historicidad que determinan y reglamentan no sólo la forma y el significado de la sexualidad y de la identidad sexual, sino incluso el conjunto de prácticas reguladoras que producen las reglas que determinan las relaciones de género"[1070]. En consecuencia vemos que existen bases suficientes, tanto en la jurisprudencia del TJUE como en la propia del TC, para que podamos esperar una doctrina constitucional capaz de desarrollar toda la potencialidad del concepto jurídico de género, permitiendo continuar los avances en este camino.

Pasando al segundo de los aspectos que configurarían esa “jurisprudencia por venir”, cabe plantearse si resulta suficiente el reforzamiento constitucional de los DCPL mediante su vinculación únicamente con el principio de igualdad y no discriminación y la protección a la familia, teniendo en cuenta sobre todo que el conjunto de derechos de conciliación que recoge nuestro ordenamiento jurídico, tal y como los ha definido la LOI 3/2007 en su art. 44, introduce el concepto de vida personal. Y la respuesta que proponemos es negativa.

Y es que tal pareciera que, fuera del cuidado de los menores, los trabajadores/as carezcan de otras necesidades de conciliación. Sin embargo, más allá de poder ejemplificarlas atendiendo a la realidad social, el propio ordenamiento jurídico contempla muchas de ellas -aunque no denominadas en cuanto tales-, como los

[1070] PERÁN QUESADA, Salvador, «La necesaria configuración jurídica de la discriminación por razón de género desde la perspectiva constitucional». *Cit.*

permisos retribuidos para cuestiones personales o los permisos para la formación. Y en el ámbito de atención a las personas en situación de dependencia podríamos mencionar necesidades legítimas desde el punto de vista de la conciliación relacionadas con el cuidado de dependientes, padres u otros familiares, por ejemplo, a los que el ordenamiento otorga un menor grado de protección. Existen, en definitiva, múltiples cuestiones personales que presentan una inequívoca dimensión constitucional ligada al principio de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, con un rango similar al de aquellas circunstancias estrictamente relacionadas con la vida familiar. Ciertamente, en la nueva generación de DCPL que el legislador introduce en 2007, "el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres es colindante pero no coincide con el objetivo de la emancipación de los trabajadores a través del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)" [1071]. Trillo Párraga llama la atención sobre la necesidad de abrir espacios en la dimensión constitucional para tener en cuenta otros aspectos de la vida personal**,** apuntando en una dirección que puede repercutir positivamente en materia de conciliación, más allá de la relación entre familia y trabajo: "La dimensión constitucional de la conciliación no solo debe incorporar la protección de la familia sino también la protección de la persona del trabajador más allá de su seguridad y salud"[1072].

Por lo tanto, se hace necesario, a nuestro entender, analizar el modo en que la solicitud de conciliación canalizada a través de una adaptación horaria, una reducción de jornada, una excedencia, o cualesquiera otras medidas recogidas en la normativa laboral, se encuentran en la misma raíz de toda una serie de derechos fundamentales, que se desarrollan en torno a tales circunstancias y que, por el contrario, se pueden ver truncados si no se llevan a efecto.

Creemos que la doctrina constitucional futura en materia de DCPL deberá esforzarse para dar amparo también a estos otros aspectos de la conciliación de la vida personal y laboral, obviamente de la suficiente relevancia constitucional, mediante una técnica jurídica que se apunta en el fallo de la STC 3/2007 pero que no se desarrolla. Y es que numerosa doctrina constitucional y científica ha destacado la relevancia del principio de la dignidad humana recogido en el art. 10.1. CE como inspirador y garante

[1071] TRILLO PÁRRAGA, Francisco José, "La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral" *Cit*.

[1072] TRILLO PÁRRAGA, Francisco J., «Las dos direcciones de la flexibilización del tiempo de trabajo». *Cit.* pp.693.

de todos los derechos fundamentales y contenido mínimo sin el cual no pueden entenderse. El TC hace una escueta mención a la dignidad en su sentencia, poniéndola también en conexión con la conciliación, y en este sentido es claro que muchos de los derechos en los que el principio se proyecta son igualmente parte de los derechos de conciliación: además del de igualdad y no discriminación podemos citar, dentro de los específicamente considerados como "fundamentales" en la Constitución (Capítulo segundo, Título primero) el principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), el derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), el derecho a la educación (art. 27 CE), el derecho a la promoción a través del trabajo (art. 35 CE); además de otros derechos sociales constitucionales como la aludida protección de la familia (art. 39 CE), o el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE). Surge así la conciliación como un nuevo derecho fundamental que trascendería la exclusiva protección de la mujer y la familia y se convertiría en un derecho autónomo de trabajadores y trabajadoras relacionado con aspectos sustanciales de su existencia.

El reforzamiento de la doctrina constitucional que proponemos sería un paso más en el camino de su consolidación como derecho fundamental, tal como ha ocurrido en la UE con el principio de igualdad y no discriminación. Configurado jurídicamente de esta forma, su aplicación y ejercicio presentaría todos los caracteres que la doctrina constitucional ha ido delimitando en relación con el resto de derechos fundamentales. No olvidemos que los DCPL se ejercen con ocasión de una relación laboral en la que entra en liza el poder de organización de la empresa incardinable a su vez en el derecho constitucional a la libertad de empresa. Pues bien, la consideración de los DCPL en todo su alcance supondría que las limitaciones a que se viesen sometidos deberían respetar criterios tales como la intangibilidad de su contenido esencial, la justificación democrática de sus límites, la proporcionalidad de sus limitaciones (mediante los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), la necesidad de interpretar el ordenamiento jurídico de la forma más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales y, finalmente, las especialidades en torno a la carga de la prueba que comporta el ejercicio de tales derechos en sede judicial.

Es claro que la dimensión familiar de la conciliación, concretada básicamente en el cuidado de los hijos menores, desde el enfoque de la corresponsabilidad, debería ser un derecho fundamental que emana del principio de igualdad y no discriminación.

Ahora bien, plantear los eventuales conflictos que puedan producirse en el ámbito de una relación laboral entre la capacidad organizativa del empresariado y tales derechos en los estrictos términos de dicha tutela puede conducir a soluciones precisamente contrarias a la finalidad que se pretende. Y ello no sólo porque provoque interpretaciones erróneas por parte de los tribunales (en la búsqueda, por ejemplo, de un efectivo resultado discriminatorio en la actuación empresarial como presupuesto para la concesión del derecho), sino porque supone desconocer la completa naturaleza que el derecho a la conciliación presenta en su faceta práctica relacionada con otros aspectos de la vida personal y la gestión del tiempo, más allá del cuidado de los hijos/as. Por ello, la estricta consideración de que conciliación e igualdad se encuentran en un mismo círculo, dentro del sistema de derechos de los trabajadores/as, conlleva en último término que los operadores jurídicos continúen entendiendo la conciliación como problema exclusivamente femenino, lo cual no dejan de confirmar las cifras relativas al ejercicio de ese derecho[1073].

[1073] Según las estadísticas del INE, concretamente la encuesta sobre empleo del tiempo, conciliación, trabajo y familia (actualizado 18/julio 2016) las mujeres siguen asumiendo la mayor parte de las responsabilidades familiares y domésticas. Disponible en: http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INEPublicacion_C&cid=1259924822888&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalleGratuitas&param2=1259925472420&param4=Mostrar. Consultado el 19-06-2016

3. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL: DERECHOS CONSTITUCIONALES IMPLICADOS EN SU EJERCICIO

3.1. Introducción

Hasta ahora hemos analizado tanto el progresivo reconocimiento del derecho a la conciliación como nuevo derecho fundamental en los textos internacionales de derechos humanos y sus órganos aplicativos y de control cuanto el proceso de constitucionalización de los DCPL por parte de nuestro TC, principalmente a través de las STC 3/2007 y 26/2011, lo que nos ha revelado su conexión con derechos constitucionales como son el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo/género y la protección a la familia, aunque al mismo tiempo hemos visto que existen otros derechos que, según sostenemos en el presente trabajo, deben tenerse en cuenta a la hora de configurar el derecho fundamental a la conciliación, al aparecer conectados a aspectos de la vida personal y familiar de los trabajadores/as con su vida profesional de suficiente relevancia constitucional.

A la vista de todo lo expuesto, cabría preguntarse entonces cuál sería la verdadera dimensión de los DCPL. Nuestra tesis plantea la necesidad de que los DCPL, desarrollados de manera extensa en los últimos tiempos tanto en la normativa legal como convencional, deben encontrar finalmente un anclaje constitucional en el derecho a conciliar la vida personal y laboral, derecho fundamental complejo cuyo alcance efectivo desborda la prohibición de discriminar por razón de sexo/género y la protección a la familia, puesto que, además de permitir conciliar el trabajo con el cuidado, ha de garantizar a través de su ejercicio otros aspectos fundamentales de la vida de las personas trabajadoras -el derecho al trabajo, la protección de la salud, el derecho a la intimidad, la formación profesional-, junto con otras cuestiones de carácter personal y relevancia constitucional -la libertad religiosa e ideológica-, e incluso determinadas cuestiones que no ecuentran acomodo constitucional como derecho subjetivo, así ocurre con el voluntariado de acción social, concepción más amplia de la participación en la vida pública y política. De este modo, su reconocimiento

constitucional como derecho fundamental va a contribuir a garantizar todos y cada uno de estos aspectos, expresión última, al fin y al cabo, de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Hasta ahora la mayor parte de la doctrina científica y jurisprudencial que hemos analizado se ha limitado a apreciar el derecho a la conciliación en su vertiente exclusiva de la vida familiar, a su vez centrada en el cuidado de hijos/as menores. Sin embargo consideramos que, tal y como abordamos en el capítulo III, la vida personal de los trabajadores/as comprende muchas más facetas -incluso la vida familiar no se limita a los hijos/as menores-, de tal forma que esas circunstancias pueden no encontrar soporte legal a la hora de su ejercicio. Por lo tanto, la complejidad del derecho requiere contemplarlo en un sentido amplio donde se conjugan toda una serie de derechos fundamentales que tienen que ver con su ejercicio efectivo. Así lo afirma también Trillo Párraga[1074], considerando que a tenor del concepto "vida personal" introducido por el legislador deben abrirse espacios en la dimensión constitucional de la conciliación para tener en cuenta dicho aspecto. En el mismo sentido apunta la línea jurisprudencial desarrollada en la STC 192/2003, de 27 de octubre de 2003[1075], que puede repercutir positivamente en materia de conciliación, más allá de la relación entre familia y trabajo, al declarar que la dimensión constitucional de la conciliación debe garantizar como fin último la dignidad y el libre desarrollo de su personalidad. Por ello se hace necesario reivindicar la conciliación de la vida personal y laboral como un derecho más amplio cuyo contenido esencial responda a esa función garantista señalada por el TC y preserve, en definitiva, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de todos los trabajadores/as en condiciones de igualdad de oportunidades y de trato.

En este apartado vamos a abordar, desde esa perspectiva extensa, los anclajes entre el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral y otros derechos y principios constitucionales revelando así su verdadera naturaleza. De este modo, actuando tanto en el ámbito constitucional, con el reconocimiento en la CE del derecho a la conciliación de responsabilidades conforme a todos los derechos implicados, así como en el ámbito de la legalidad laboral ordinaria, abordando las propuestas de

[1074] TRILLO PÁRRAGA, Francisco J., «Las dos direcciones de la flexibilización del tiempo de trabajo», *Cit*.

[1075] El TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el derecho a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad reconocido en el art. 10.1 CE cuando se invade el terreno personal del trabajador, limitándose la disposición del tiempo libre de un trabajador que ocupó sus vacaciones anuales retribuidas en trabajar para otra empresa.

desarrollo de los DCPL de segunda generación que hemos tratado en el capítulo III[1076], conseguiríamos finalmente reforzar toda una serie de derechos de los trabajadores/as y dar así un gran paso hacia la igualdad efectiva de oportunidades de mujeres y hombres. La propuesta de inclusión en la CE del derecho a conciliar la vida personal y laboral se enmarca pues dentro de aquellas que pretenden garantizar en una futura reforma constitucional el acceso del ámbito privado a la Constitución. Y es que ciertamente la garantía de la igualdad efectiva de mujeres y hombres pasa por la consecución de un Estado Social inclusivo[1077], así como por la conformación de la mujer como sujeto jurídico y político en la CE[1078]. Álvarez-Conde vincula ambas posturas al afirmar que "en el siglo XXI este pacto social sería inviable sin la presencia de las mujeres en el espacio público en condiciones de igualdad absoluta con los hombres; de igual modo que sería también impensable que el contrato social no afectara y se extendiera al mismo ámbito privado", debiendo desarrollarse a través de un "nuevo acto constitucional" en el que se garantice la intervención del "titular del poder constituyente" para actualizar decisiones políticas fundamentales como las que tienen que ver con la configuración del Estado Social de Derecho y, en particular, con el principio de igualdad[1079].

A estas alturas podemos afirmar que, tal y como venimos denunciando, una de las principales limitaciones de la igualdad de género y por ende de los DCPL tiene que ver con el hecho de que las políticas de conciliación, a lo largo de su evolución, han respondido básicamente a un único enfoque en cada momento: la protección de la familia, el incremento del empleo femenino, el fomento de la demografía…, el cual ha ido cambiando conforme a las directrices de la política comunitaria, pero dejando siempre de lado el resto de aspectos relacionados y, sobre todo, sin tener en cuenta la imprescindible perspectiva de género. En este apartado, como decimos, queremos

[1076] Consolidación del derecho a la adaptación horaria como un autentico derecho de conciliación presencial, desarrollo la corresponsabilidad a través del desarrollo de permisos parentales retribuidos, iguales e intransferibles, desarrollo de los derechos de conciliación de la vida personal, e impulso de la negociación colectiva de las medidas de igualdad y conciliación en la empresa de acuerdo con los enfoques previstos en la LOI 3/2007.

[1077] PAZOS MORÁN, María, *Desiguales por ley: las políticas públicas contra la igualdad de género. Cit.*

[1078] ESQUEMBRE VALDES, Mar, «Ciudadanía y género. Una reconstrucción de la triada de derechos fundamentales», en *Género y Derechos Fundamentales*, (Coords. Monereo Pérez, José Luis y Monereo Atienza, Cristina) 1ª (Granada: Comares, 2010), pp. 168-170.

[1079] ÁLVAREZ CONDE, Enrique, «¿Es necesario un nuevo contrato social?», en *Problemas actuales de Derecho Constitucional en un contexto de crisis*, (Dir. Tur Ausina, Rosario, Coords. Sanjuán Andrés, Fco. Javier, Calabuig Puig, M.ª Amparo), 1ª (Granada: Comares, 2015), pp. 45-68.

abordar los distintos puntos de vista que deben considerarse a la hora de desarrollar las políticas de conciliación en garantía de todos y cada uno de los diferentes derechos fundamentales implicados, debiendo conjugarse además bajo un común denominador: el principio de igualdad y no discriminación sexo/género. Ello nos llevará a confirmar nuestra tesis sobre la necesidad del reconocimiento constitucional de un nuevo derecho fundamental a la conciliación, cuyo contenido esencial intangible pueda garantizar, a través de su proyección, el resto de derechos fundamentales implicados. Y es que, al igual que ocurre con otros derechos fundamentales, su cumplimiento efectivo no depende única y exclusivamente de los sistemas de garantías establecidos, sino de la capacidad de cumplimiento de otros derechos fundamentales. Así, a modo de ejemplo, señala Pérez Royo que el derecho a la educación del art. 27 CE no puede ejercerse de manera real y efectiva sin los arts. 23 y 24 CE; del mismo modo que sin el ejercicio real y efectivo del art. 27 CE, los artículos 23 y 24 CE serían normas hueras[1080].

Por otro lado, el análisis de estos derechos pondrá de manifiesto numerosas situaciones en las que el ejercicio de los mismos no se encuentra expresamente previsto en la normativa legal o convencional, y ni siquiera ha llegado a plantearse con habitualidad ante los tribunales. Y es que el contenido actual de la conciliación ha roto las costuras de lo que el legislador consideraba como tal en otros tiempos. La mayoría de los DCPL actualmente regulados revela una configuración de la familia, la formación, la salud, la participación en la vida política y social, la práctica religiosa, o la salvaguarda de la intimidad, que con frecuencia responde a modelos tradicionales y estandarizados o a una visión economicista que considera la vida personal del trabajador/a como puesta al servicio de la actividad laboral: así, la recuperación de la salud estaría encaminada a la reincorporación al proceso productivo; la formación respondería a parámetros reglados con vistas exclusivamente a la promoción profesional; la participación en la vida política y social estaría pensada para el ejercicio del sufragio o la asunción de cargos electos incompatibles con el trabajo, etc. Basta reflexionar sobre estos supuestos desde una perspectiva histórica y nos daremos cuenta de que se trata de medidas pensadas para un modelo laboral sustentado en el trabajador varón; si a ello le añadimos que otros derechos relacionados con la vida personal en el concreto ámbito del cuidado han sido construidos pensando en su ejercicio por las

[1080] PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 7ª (Madrid: Marcial Pons, 2000). pp. 524.

mujeres, tenemos ya la imagen veraz de un *statu quo* completamente discriminatorio, desligado de la realidad social y que deja fuera multiplicidad de situaciones que son igualmente manifestación de tales derechos.

A lo largo de los siguientes epígrafes nos referiremos a ellos para analizar someramente su contenido con el fin de poner en evidencia que todos o alguno de ellos aparecen con motivo de una solicitud de DCPL; y sobre todo, insistimos, que en muchos casos no se encuentran recogidos en la norma y por lo tanto su ejercicio se haya desprotegido.

3.2. La relación con el principio de la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)

Cada vez que un trabajador/a trata de ejercer un derecho de conciliación está poniendo en juego toda una serie de derechos constitucionales que afectan al núcleo básico de la dignidad de la persona, junto con su propio desarrollo personal y profesional. Así lo afirma la STC 236/2007 de 7 de noviembre cuando habla de derechos propios de la dignidad humana[1081].

En nuestro ordenamiento constitucional, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad reconocidos en el art. 10.1 CE no constituyen un derecho fundamental en sentido estricto, pese a ser la base del resto de derechos del Capítulo II. El TC, en la STC 3/2007 a la que nos hemos referido en el apartado segundo de este capítulo, afirmaba que la posición desventajosa derivada de la discriminación por razón de sexo era contraria a la dignidad de la persona recogida en el art. 10.1 CE. En el mismo sentido, señala Peces-Barba Martínez: “La igualdad dignidad de todos los seres

[1081] Tal y como señala la STC 236/2007, existen derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español" (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2; y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2). También nos hemos referido a ellos como derechos "inherentes a la dignidad de la persona humana" (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). En esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1). Todos ellos han sido reconocidos expresamente por este Tribunal como pertenecientes a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva.

humanos permite abordar desde otras perspectivas los conceptos de desigualdad, discriminación y diferencia. La desigualdad es incompatible con la dignidad. Es una situación de hecho que hace incompatible la dignidad de quien se encuentra en ella. Para atajarla son necesarios comportamientos de igualdad, como diferenciación, es decir, el trato desigual a favor de los colectivos que se encuentran en esa situación, por medio del Derecho (…) La discriminación es igualmente incompatible con la dignidad. Es una situación normativa, es decir, de desigualdad no fáctica, sino regulada jurídicamente, derivada de mandatos jurídicos que establecen estatus y deberes distintos, sin razón justificada. La acción del Derecho en este caso debe ser derogatoria de las discriminaciones"[1082]. Siendo pues inequívoca esa relación entre igualdad y no discriminación y la dignidad humana, resulta pertinente analizar este último principio, tal como aparece configurado en la CE, así como su proyección en una serie de derechos.

El TC ha declarado que*:* "la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás" (STC 53/58, FJ 8). Pacheco Zerga nos recuerda que "el respeto a la dignidad humana se erige, en la cultura occidental, como uno de los principios fundamentales de las sociedades democráticas. El primer instrumento jurídico internacional que se refiere a la dignidad es la Carta de las Naciones Unidas del 25 de junio de 1945. Tres años más tarde, el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, proclamó que 'la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana'. El primer artículo de esta Declaración reconoce que 'todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos'. Puede afirmarse, sin exageración, que la dignidad humana es hoy en día un verdadero principio universal de Derecho contemporáneo"[1083].

Partiendo de esta definición, ¿nos encontramos ante un principio sin aplicación práctica? ¿Es directamente invocable ante los tribunales, o por el contrario se manifiesta

[1082] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, «La dignidad humana», en *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, 1ª (Madrid: Dykinson, S.L., 2007), (AA.VV.), pp. 156-172.

[1083] PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. *Cit*

a través de su proyección en otros derechos? Pacheco Zerga[1084] explica que la jurisprudencia del TC sobre la dignidad humana ha crecido exponencialmente en la última década. En 1981 sólo existía una sentencia de ese Tribunal sobre este tema, mientras que en el 2004 se cuentan más de doscientas cincuenta resoluciones. El TC, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley que despenalizaba el aborto, distinguió entre los derechos que son "inherentes a la dignidad" y los que se encuentran "íntimamente vinculados" a ella. Sobre los primeros ha declarado que son los que no permiten distinciones entre españoles y extranjeros, es decir, su título no requiere ni exige la condición de ciudadano español (SSTC 107/1984, 99/1985). Entre los segundos se encuentran los de libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los de integridad física y moral (art. 15), la libertad de ideas y creencias (art. 16), honor, intimidad personal y familiar y propia imagen (art. 18.1), y, a la vista de estos últimos derechos, definió la dignidad como "un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás" (STC 53/1985)[1085]. Con posterioridad el TC ha venido desarrollando un cuerpo de doctrina en torno a la dignidad que ha sido estudiado recientemente por Pascual Lagunas, que comienza por interrogarse: "¿La intención última del derecho es la construcción de una sociedad moral o la ordenación de la convivencia? La dignidad de la persona se invoca como referente y valor articulador de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Carta de Derechos Humanos y también es referente principal de la Constitución Española (…) El Tribunal Constitucional, por su parte (…) le confiere el carácter de valor constitucional transcendental y señala que la dignidad humana está 'en el meollo de todos los derechos

[1084] Ibid.

[1085] Doctrina consolidada en la importante STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, que al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, matizaba que "el art. 13 CE autoriza al legislador a establecer "restricciones y limitaciones" a tales derechos, pero esta posibilidad no es incondicionada por cuanto no podrá afectar a aquellos derechos que "son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español", ni "adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España" (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4). De nuestra jurisprudencia se deduce que éste sería el régimen jurídico de derechos tales como el derecho al trabajo (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4), el derecho a la salud (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3), el derecho a percibir una prestación de desempleo (STC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2), y también con matizaciones el derecho de residencia y desplazamiento en España (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3; 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; 24/2000, de 31 de enero, FJ 4)".

fundamentales'"[1086]. Parece, pues, que nos encontraríamos ante la construcción de una sociedad moral basada en el respeto a la dignidad humana. Y así, "el Tribunal Constitucional ha destacado y ratificado la relevancia de la dignidad de la persona en la construcción política y social del Estado y de las relaciones con los ciudadanos y de éstos entre sí. En el FJ 2º de la STC 170/1994 afirma 'por lo tanto un sistema que no garantice la dignidad humana (y los derechos derivados de ésta) es un sistema en el que se quiebra la paz social (…) que es garantía de la convivencia pacífica entre las personas' (STC 35/1985, F.D. 3º)"[1087].

Por otra parte, la STC 113/1996, FJ. 6º, establece que los derechos y libertades que configuran el ordenamiento español "son traducción normativa de la dignidad humana". En la misma sentencia le atribuye el Tribunal a la dignidad el carácter de "fuente de todo el ordenamiento jurídico". Es el "germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes (…) punto de arranque, como prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos y como pórtico de los demás valores o principios allí consagrados" (STC 53/1985, FJ. 3). Lo que lleva a Pascual Lagunas a afirmar que "la dignidad es a la vez estructural e instrumental. Es estructural porque el ordenamiento jurídico y el sistema político y social se articulan, por mandato constitucional, en base a la dignidad y, a la vez, es instrumental porque la dignidad es elemento legitimador y control de legitimidad del ordenamiento jurídico y del sistema"[1088].

El TC atribuye pues a la dignidad humana no sólo la función de configuración de las categorías jurídicas, sino también la de su interpretación. Se trata por tanto de una nueva función constitucional: constituir un referente para la definición y comprensión de otros derechos fundamentales, "principios o valores jurídicos como la seguridad jurídica, la legalidad o la dignidad humana (…) son denominador común de tantas categorías jurídicas, contribuyendo a perfilarlas e incluso a entenderlas" (STC 105/1994). En la misma línea, para Ruiz Giménez[1089], la dignidad recogida en el artículo 10 CE desempeña una triple función:

[1086] PASCUAL LAGUNAS, Eulalia, *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*, 1ª (Barcelona: José María Bosch Editor, 2009).

[1087] Ibid.

[1088] Ibid.

[1089] RUÍZ GIMÉNEZ, Joaquín, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, 1ª (Madrid: Cortes Generales-EDERSA, 1997).

-En primer lugar, legitimadora del orden político. Como ha dicho el TC: "la dignidad es un mínimun invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar" (STC 120/90, FJ 4).

-De esa primera y radical función legitimadora fluye, en segundo lugar, una función promocional de enriquecimiento de la personalidad.

-Y, finalmente, como pauta interpretativa para todos los poderes públicos, del Estado, de las CCAA y demás instituciones subordinadas, de todas las normas del ordenamiento jurídico.

Esto adquiere especial trascendencia por cuanto, como señala la STC 57/1994 FJ. 3: "cabe advertir que lo dispuesto en el art. 10.1 CE no puede servir de base para una pretensión autónoma de amparo", puesto que "el recurso de amparo se ha configurado para la protección de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 CE (…) pero no para la preservación de otros principios o normas constitucionales". Es decir, la dignidad no es directamente invocable en amparo, pero sí a través de la vulneración de los derechos que aparecen intrínsecamente unidos a ella, y que de por sí suponen que también la dignidad en cuanto tal se vea lesionada[1090].

Siguiendo a Pascual Lagunas[1091], y de conformidad con la doctrina constitucional existente al respecto, podemos sistematizar el contenido de la dignidad humana en los siguientes rasgos relacionados con el ámbito de la vida personal y laboral a que hacen referencia los DCPL:

- En un sentido amplio se manifiesta en la "autodeterminación consciente y responsable de la propia vida" y la "pretensión al respecto por parte de los demás" (FJ 8º STC 53/1985). De acuerdo con la autora, la traducción material de la dignidad de la persona es su capacidad para desarrollar libremente aquel proyecto de vida que el propio individuo ha diseñado de acuerdo con sus capacidades e intereses. Pero para que esto sea posible, deben concurrir varios requisitos, como la libertad y la igualdad.

[1090] Hay que matizar que aunque la protección de la dignidad se articulaba hasta hace poco a través de los propios derechos fundamentales -puesto que dado que la dignidad se manifiesta en cada uno de los derechos en los que se proyecta, dimanaba de la tutela judicial y constitucional individualizada que se otorga a éstos-, la STC 192/2003 ha venido a ampliar esa protección puesto que, integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal constitucional ha admitido el derecho a obtener una resolución que no lesione la dignidad de la persona, abriendo así el camino a un nuevo amparo constitucional (SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, «Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978», en *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*, (Coord. Sánchez González, Santiago), 1ª (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), pp. 17-44.).

[1091] PASCUAL LAGUNAS, Eulalia, *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Cit.*

- En relación con la igualdad, el FJ 3 de la STC 173/1994 advierte que la discriminación "se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitadas sus expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución por su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano". Así, el art. 9.2 de la CE obliga a los poderes públicos a facilitar la plena integración de los individuos a todos los aspectos de la vida en sociedad. Y a ese respecto expresa el FJ 4 de la STC 269/1994: "tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que esté comprometido su propio desarrollo como personas". En la jurisprudencia del TC, el desarrollo como persona es un elemento pues de la dignidad humana, directamente relacionado con la igualdad de oportunidades. Continúa la sentencia referida: "la dignidad de la persona tiene, como el derecho al honor, una doble vertiente personal y social, y es en esta segunda vertiente -la social-, en la que la actuación del Estado es fundamental, en la que se integran su desarrollo laboral, su labor profesional y su actuación en la sociedad. De ello podemos asimismo concluir que el privar a una persona del desarrollo de su personalidad a nivel social a través del desarrollo de una actividad profesional o del ejercicio de sus derechos políticos, culturales y sociales, atentaría contra su dignidad como persona".

- En relación con la integridad física y psíquica nos dice la STC 18/2004: "en efecto la dignidad de la persona constituye una cualidad ínsita a la misma, que por lo tanto corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares, y a la que se oponen frontal y radicalmente los comportamientos prohibidos en el art. 15 CE, bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo materializan o instrumentalizan, olvidándose de que la persona es un fin en sí mismo".

- En relación con la tutela judicial efectiva: recogido, entre otras, expresamente en la STC 99/1985 (FJ 2º y 3º), además de la importante STC 192/2003 que la integra como parte de su contenido propio.

- En relación con el derecho a la educación: en la STC 337/1994 FJ 2ª se afirma que "la dignidad de la persona se relaciona con dos derechos fundamentales recogidos en nuestra norma fundamental. El derecho a la educación (art. 27.1 y 2 CE) y el derecho

a los bienes culturales (art. 9.2 CE y art. 44.1 CE)", estableciendo pues el vínculo necesario que existe entre la dignidad de la persona y su acceso a la educación y a la cultura. El derecho a la cultura tiene además su reflejo en los Convenios Internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas de 1966. También está relacionado con los derechos contemplados en el art. 20 CE[1092]. Esta conexión aparece, entre otras, en la STC 2/1995, FJ 7º y en el Auto 79/1990.

- Finalmente, como elemento configurador de un contenido básico de los derechos sobre los que se proyecta. Así lo recoge la STC 91/2000 FJ 7º: "proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona (STC 53/1985 FJ 8º) la dignidad de la persona ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un minimun invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar (STC 120/1990 FJ 4º)".

A la vista de los derechos sobre los que se proyecta la dignidad humana del art. 10.1 CE podemos entender más fácilmente el modo en que se articula la garantía de este principio: la aplicación directa y vinculante de los derechos contenidos en el Capítulo II del Título I de la CE se establece en el art. 53.1 CE; la dignidad de la persona está ubicada en el Capítulo I de dicho título, lo que la deja fuera de esta garantía. Sin embargo muchos de los derechos que integran la dignidad son derechos fundamentales del Capítulo II. Por esta vía interpuesta es por lo tanto posible, aun de forma indirecta, recurrir a la directa aplicabilidad y a la eficacia alegatoria inmediata de la dignidad ante los tribunales, así como invocar su efecto vinculante.

Otra de las garantías generales internas que le son aplicables procede de la interpretación del contenido de los derechos fundamentales de acuerdo con la CE y las normas y Convenios Internacionales ratificados por España, tal y como hemos visto en

[1092] Art. 20 CE: "1. Se reconocen y protegen los derechos:
a. A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o b. cualquier otro medio de reproducción.
c. A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
d. A la libertad de cátedra.
e. A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades."

el apartado primero. En este sentido es importante destacar que la CDFU en su art. 1[1093], y cumple desde su proclamación la función de legitimación propia de toda genuina declaración de derechos: es decir, enuncia los valores básicos e irrenunciables para cuya salvaguardia se instituye la Unión Europea como entidad política. El TC, desde que salió a la luz este documento en el año 2000, había empezado a dictar sentencias recurriendo a ella como base interpretativa de derechos fundamentales, ejemplo de ello son las STC 292/2000, de 30 de noviembre, y la STC 169/2009 de 29 de junio (FJ 3). Frente a las opiniones contrarias a la aplicabilidad de esta CDFU en la exégesis de los derechos fundamentales, el TC ha dejado claro en la Declaración en Pleno 1/2004, de 13 de diciembre, que es de directa aplicación tanto en su tenor como en su interpretación jurisprudencial, en línea de continuidad con el CEDH de 1950[1094].

Una vez, pues, analizada someramente la configuración jurídico-constitucional de la dignidad humana podemos llegar a las siguientes conclusiones en relación con el tema que nos ocupa:

-La dignidad aparece, en primer lugar, como el que podríamos denominar principio fundamental de referencia, fundamento o razón de ser de los derechos y libertades.

-Se proyecta, por otro lado, en una serie de derechos fundamentales que aparecen unidos a ella de manera indisoluble, y de los que ejerce igualmente como definidora de un contenido mínimo o esencial.

-Su defensa se articula, en los procedimientos de amparo configurados por la legislación procesal española, a través de esos otros derechos a los que inspira y en los que se manifiesta.

[1093] Art. 1: "La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida". Art. 31, en relación con las condiciones de trabajo: "1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad".

[1094] "El valor interpretativo que (…) tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) como el mismo artículo II-112 (…) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elemento de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el art. I.9-2 determina en términos imperativos que 'la unión se adherirá al convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales' (…) el Tratado asume como propia la jurisprudencia de un tribunal cuya doctrina ya está integrada en nuestro ordenamiento por la vía del art. 10.2 CE de manera que no son de advertir nuevas ni mayores dificultades para la articulación ordenada de nuestro sistema de derechos".

-Habiendo declarado el TC la naturaleza constitucional de los derechos de conciliación, y apareciendo éstos unidos al derecho de igualdad y no discriminación, no cabe duda de que resultan asimismo vinculados con la dignidad humana y el resto de los derechos en los que ésta se refleja: el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la protección integral de la familia, el derecho a la formación profesional, el derecho a la salud, la libertad ideológica y religiosa, el derecho a la intimidad personal y familiar, o el derecho a participar en asuntos públicos.

-Todos ellos, en definitiva, constituyen el contenido mediato o inmediato de los derechos de conciliación, y han de ser tenidos en cuenta en caso de conflicto con otros derechos implicados en la relación laboral, tanto en lo que atañe a su regulación en la Carta Magna como a la contenida en los Tratados y demás instrumentos legislativos internacionales de aplicación en el ordenamiento español, junto con la jurisprudencia que, en uno como en otro nivel, interpreta dicha normativa.

Se pone así de manifiesto que la doctrina constitucional desarrollada en las STC 3/2007 y 26/2011 no abarca el verdadero contenido del derecho a la conciliación de la vida personal y laboral, y resulta limitativa cuando lo reduce a la tutela de la igualdad y la no discriminación por razón de sexo y a la protección de la familia. No es complicado imaginar supuestos en la vida práctica donde la solicitud de alguna de las medidas de conciliación contenidas en la legislación laboral aparece unida no sólo a la vida familiar, sino a la formación profesional, la salud, o, en definitiva, el libre desarrollo de la personalidad en aspectos tan esenciales que resultan, a la postre, expresión cabal de la dignidad humana. Sin duda que la mención a la “vida personal” introducida por la LOI 3/2007 puede entenderse en ese sentido de ampliar la perspectiva material de la conciliación en su completo alcance.

3.3. La relación con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo/género (arts. 9.2 y 14 CE)

A lo largo de este trabajo hemos visto que los DCPL se constituyen como uno de los pilares básicos y fundamentales para la consecución de la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Así -pese a los sucesivos vaivenes legislativos- se acaba afirmando en mayor o menor medida en la normativa internacional y comunitaria, en la normativa

interna y también por parte tanto de los tribunales internacionales como del propio TC. En el presente epígrafe abundaremos sobre esta relación fundamental.

La igualdad aparece regulada en nuestra CE en tres momentos diferentes: la encontramos, en primer lugar, en el art. 1.1 CE como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, proyectándose sobre otros preceptos constitucionales y modulando de este modo su interpretación y significado. En segundo lugar, con la proclamación de la igualdad material, real y efectiva en el art. 9.2 CE, cuyo significado parece permitir la justificación de desigualdades formales en aras a la consecución de la igualdad real. Finalmente, el art. 14 CE regula el principio de igualdad formal y su consideración como derecho subjetivo que, como señala Álvarez Conde, pese a estar incluido en el Capítulo II, no es un derecho fundamental sino un principio constitucional inspirador de todo el sistema jurídico-político que, como tal, debe ser interpretado: "el proclamar la igualdad como principio constitucional implica reconocer su capacidad para informar de modo transversal y pleno todo nuestro sistema político, su desarrollo, aplicación e interpretación, informando toda la actuación de los poderes públicos y privados, los cuales están obligados a promover la efectiva igualdad de trato a través de la prohibición de discriminaciones injustificadas. Todo ello sin olvidar que los principios constitucionales tienen también la naturaleza de norma jurídica y, en consecuencia, no poseen un mero carácter programático, sino plenamente aplicativo, afectando a todo el sistema político y calificando la forma de Estado"[1095]. Por lo tanto, de acuerdo con Figueruelo Burrieza, lo que caracteriza a la CE como forma de ordenación jurídica del poder es el principio de igualdad[1096] adquiriendo una importancia capital en nuestra actual forma de Estado. No obstante, han transcurrido casi 40 años desde el pacto constitucional y, tal y como sostienen Álvarez Conde y Tur Ausina, las menciones que la CE realiza a la igualdad no parecen ser suficientes para acabar con las desigualdades, al menos en lo que a mujeres y hombres respecta, siendo necesario identificar y visibilizar el derecho a la igualdad de mujeres y hombres como sujetos plenos del pacto constitucional y contribuir así a la superación del

[1095] ÁLVAREZ CONDE, Enrique, FIGUERUELO BURRIEZA, A., y NUÑO GÓMEZ, Laura, «Principio de igualdad (I) y prohibición de discriminación (II)». *Cit.* pp. 34.

[1096] FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, «El discurso jurídico: la mujer en la Constitución española», en *Las mujeres en la Constitución europea. Estudios multidisciplinares de género*, (Coord. Figueruelo Burrieza, Ángela), (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, CEMUSA, 2005), pp. 16.

patriarcado[1097]. Por ello, del mismo modo que se hace preciso ese reconocimiento del derecho a la igualdad de mujeres y hombres como derecho fundamental, consideramos que el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral de los trabajadores/as vendría a reforzar dicho reconocimiento en el ámbito laboral/constitucional, lo que sin duda redunda en la consecución de la ansiada igualdad efectiva que proclama el art. 9.2 CE.

Como hemos visto a lo largo del capítulo I, el Derecho social comunitario y sobre todo la jurisprudencia del TJUE han impulsado de modo esencial al desarrollo y consolidación de la igualdad de mujeres y hombres. A su vez, es indudable la conexión entre igualdad y conciliación que se ha puesto de manifiesto tanto en la jurisprudencia como en el plano legislativo europeo[1098]. Asimismo hemos examinado que en el derecho internacional la igualdad de mujeres y hombres se reconoce como un valor universal a través de los diversos textos sobre derechos humanos al mismo tiempo que la conciliación se entiende como presupuesto necesario para su alcance. Por otro lado, la conexión entre ambos se manifiesta en numerosas facetas: la protección de la maternidad a través de la prohibición de trato discriminatorio desde el inicio del embarazo y hasta la lactancia, la prohibición de discriminación por razón de sexo o por responsabilidades familiares en el empleo, así como en su faceta activa del derecho a la igualdad de oportunidades en el empleo de mujeres y hombres, facilitando este a quienes deciden ejercer libremente sus derechos de conciliación. Se ha venido produciendo, por tanto, una evolución desde la vinculación inicial de la conciliación con la prohibición de la discriminación por razón de sexo hacia la prohibición de discriminación por las circunstancias familiares como una causa autónoma, si bien derivada de ésta, con independencia del sexo de quien ejercita el derecho. En este sentido lo reconoce el Convenio OIT nº 156 y la CSE revisada de 1996, art.27, mientras que la sentencia del TEDH *Asunto Konstantin Markin c. Rusia*, considera que el derecho a un permiso parental se encuentra incluido dentro del de la protección de la

[1097] ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario, *Derecho Constitucional*, *Cit*. pp. 294. Los autores definen el patriarcado "como un sistema de relaciones de poder entre mujeres y hombres que sitúa a los segundos en una posición de dominio sobre las primeras a partir de una construcción cultural que asigna tareas y espacios distintos a unos y otras (relaciones de género) a partir de una condición biológica (el sexo)".

[1098] Por ejemplo en la Directiva 2010/78 sobre permiso parental en la que se prevé un permiso parental de duración mínima de 4 meses, susceptible de ser utilizado plenamente por cada trabajador, es decir, sin que tenga que cederse de un progenitor a otro, permitiendo además su transferencia si así conviene a los progenitores, pero, en todo caso, prescribiendo que, en tal caso, al menos uno de los cuatro meses será intransferible con la expresa finalidad de fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores (art. 2.2).

vida familiar y los impedimentos por su ejercicio suponen una vulneración acumulativa de los art. 8 y 14 del CEDH.

En el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, los poderes públicos, principalmente a través de medidas legislativas, han desarrollado toda una serie de mecanismos de protección frente a la discriminación y a favor de la lucha por la igualdad de mujeres y hombres. Estas políticas son el resultado del mandato del art. 9.2 CE**,** que entronca con la obligación de aquellos de promover que la igualdad efectiva sea un hecho, así como de remover las dificultades u obstáculos que lo impidan, como resultado de la propia evolución legislativa y jurisprudencial donde el Derecho internacional y comunitario, insistimos, ha tenido un importante protagonismo. Las medidas de conciliación de la vida personal y laboral se han constituido desde entonces como las principales herramientas a este servicio, las cuales alcanzan su culmen con la LOI 3/2007, norma que se justifica a partir de la conjugación entre igualdad formal y el mandato de la igualdad real y efectiva y que, a su vez, responde a una exigencia de la integración de España en el ámbito internacional. La LOI 3/2007 adapta la definición de igualdad configurando un principio "genérico" en su art. 3 que identifica la igualdad de mujeres y hombres con la prohibición de toda clase de discriminación, que se convierte en "específico" en el art. 5 cuando resulta aplicable al ámbito laboral[1099]. En añadidura, el art. 6 declara discriminatoria cualquier "orden de discriminar".

El art. 9 LOI 3/2007, que el legislador denomina "indemnidad frente a represalias", considera igualmente discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. En su virtud, el art. 17 ET, sobre no discriminación en las relaciones laborales, establece que serán nulas "las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación". En la medida en que los DCPL

[1099] SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y CANO GALÁN, Yolanda, «Las mujeres en el mercado laboral», en *Estudios Interdisciplinares sobre Igualdad* (Álvarez Conde, Enrique, Figueruelo Burrieza, Ángela, Nuño Gomez, Laura, Coord. Cancio Álvarez, Mª Dolores) (Madrid: Iustel, 2011), pp. 511-559.

están conectados con la prohibición de discriminación por razón de sexo/género, esta garantía de indemnidad va a proteger al trabajador/a en el momento de su ejercicio en conexión directa con el art. 44.1 LOI 3/2007. Como sostiene Nogueira Gustavino[1100], la indemnidad frente a represalias por el ejercicio del derecho a la igualdad, y por ende de los DCPL, se enmarca como parte del contenido del art. 14 CE y no debe confundirse con la garantía de indemnidad por acciones judiciales[1101], por lo que de incurrir la empresa en una conducta prohibida del art. 17 ET lo que se vulneraría sería el derecho a la igualdad y a la no discriminación, no el derecho a una tutela judicial efectiva. Esta apreciación resulta sin duda interesante porque la garantía se extiende no sólo a los titulares del derecho que lo reclaman, sino también a los testigos o terceros defensores del derecho[1102], algo que el TC ha negado como supuesto susceptible de ser incluido en la violación del art. 24.1 CE. Y esta garantía de indemnidad frente a represalias, como decimos, se extiende al ejercicio de los DCPL por cuanto en la LOI 3/2007 la conciliación ha quedado consagrada de forma expresa como una circunstancia personal o social constitucionalmente protegida frente a la discriminación con base en la relación del art. 14 CE con el art. 44.1, que expresamente se refiere a la no discriminación por conciliación de la vida laboral y familiar. Así lo afirma Castro Arguelles[1103], señalando que la indemnidad frente a represalias se traduciría en la

[1100] NOGUEIRA GUSTAVINO, Magdalena, «El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente», *Lan Harremanak* n.º 25 (2012), pp. 19-52.

[1101] La garantía de indemnidad, que el TC considera una vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de cualquiera de sus derechos e intereses legítimos. Como ha recordado el TC, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24.1 CE quedaría privado en lo esencial de eficacia si la protección que confiere no incluyera las medidas que puede llegar a adoptar un empresario como reacción represiva frente a una acción judicial ejercitada por un empleado ante los tribunales. El temor a tales medidas podría disuadir a los trabajadores de hacer valer sus derechos y, por tanto, poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la consagración constitucional de la efectividad de la tutela judicial, retrayendo a los trabajadores de hacer uso de su derecho a la protección jurisdiccional ante los órganos del poder judicial. La garantía de indemnidad que se vincula a la tutela judicial efectiva precisa de la concurrencia de tres elementos**:** en primer lugar, la realización de una actuación por parte del trabajador que suponga ejercicio del derecho a la tutela judicial, incluidas todas las actuaciones jurisdiccionales, preparatorias o previas, cualquiera que sea el orden jurisdiccional que se hayan planteado. En segundo lugar, un acto o decisión empresarial perjudicial, que puede ser un despido, pero también una sanción, un traslado, la negativa a un ascenso, la movilidad funcional, la modificación de las condiciones de trabajo, la negativa a reconocer complementos económicos; y en diversos momentos durante el desarrollo de la relación de trabajo, en el momento en que se extingue o antes o después del periodo de vigencia del contrato. Y, por último, que sea posible acreditar una relación causa efecto entre la actuación del trabajador y la decisión del empresario que permita calificar a esta última de "represalia", lo que puede resultar más difícil de probar cuando la actuación empresarial aparece encubierta bajo otras motivaciones.

[1102] Directiva 2002/73/CEE, considerando 17.a).

[1103] CASTRO ARGUELLES, María Antonia, «Derechos fundamentales en el proceso laboral» (XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la

interdicción de diferencias de trato, menoscabos o perjuicios por parte del empresario/a, entre otros, relacionados con el derecho a no ser discriminado por razón de la conciliación de la vida laboral y familiar. Esta nueva configuración en la que incide la LOI 3/2007, de acuerdo con Sánchez-Urán[1104], bien puede describirse como un paso adelante hacia el significado amplio de la garantía de indemnidad. Se eleva así a la categoría de derecho fundamental, conectado a la prohibición de discriminación por razón de sexo, el ser víctima de una represalia o reacción por quejas discriminatorias; derecho fundamental al que habrá que aplicar, por tanto, las mismas garantías procesales que al principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres y no discriminación por razón de sexo. Por tanto, el canon a utilizar en estos supuestos no sería, como decimos, el del art. 24.1 reforzado con el art. 14 CE, sino el propio del derecho sustantivo y comprendería: la concurrencia del perjuicio en el ejercicio del DCPL, la afectación del factor protegido a un miembro del colectivo tutelado -en este caso las responsabilidades familiares o personales-, la equiparación de la protección en todas las situaciones asimilables en que aquel factor se presente y, por último, la generalización de una cobertura idéntica a lesiones objetivas o intencionales[1105].

La jurisprudencia constitucional ha conectado directamente los derechos de conciliación con el principio de igualdad y no discriminación. A lo largo del segundo apartado hemos analizado extensamente el modo en que tanto el TJUE como el TC han ido desarrollando su doctrina acerca de esta relación. Mientras que los argumentos sobre la vinculación de la conciliación con la discriminación directa por razón de sexo en el ejercicio de tales derechos por parte de las mujeres en situación de embarazo o maternidad no han planteado mayores dudas[1106], en la relación con el ejercicio de otros

---

Seguridad Social, en colaboración con el área de conocimiento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UPNA., Pamplona, 2014).

[1104] SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, «Garantía Jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* n.º Extra 2, 2007 (Ejemplar dedicado a: Igualdad efectiva de mujeres y hombres). pp. 187-239.

[1105] Como afirma el voto particular disidente de Valdés Dal-Re en la STC 173/2013: "los planteamientos que encuadran la tutela en un esquema del art. 24.1 CE reforzado, pese a su apariencia tuitiva, no hacen sino desligar del derecho sustantivo la cobertura constitucional, introduciendo el riesgo latente de una minoración de la protección (…) El uso recurrente de este canon, el reforzado del art. 24 CE, dota de un exceso de protagonismo a la intermediación judicial no reparadora frente a la infracción del derecho sustantivo concernido, cuya vulneración originaria reside en el acto empresarial no anulado en el proceso. Parecen meros matices pero son cambios de fondo, decisivos para los derechos fundamentales, sobre todo cuando debo reconocer que comienzan a detectarse con preocupante continuidad".

[1106] Así se declara en este sentido, por ejemplo, en la STC 182/2005, de 4 de julio.

DCPL –sobre todo en los que estaba en juego la capacidad de decidir del trabajador/a sobre su adaptación horaria- el TC ha venido perfilando esta dimensión constitucional, con sus defectos y virtudes, tal y como vimos, si bien siempre desde la óptica del art. 14.2 CE y de manera subsidiaria, del art. 39 CE.

Por su parte, la más reputada doctrina científica no plantea dudas respecto de la conexión entre la conciliación y la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y podemos afirmar que este nexo de unión se establece a través del enfoque de la corresponsabilidad. Así lo afirma Pérez del Río: "el análisis de la política de cada país en materia de conciliación debe realizarse en el marco de la política antidiscriminatoria general"[1107]. Dado que la causa última de la situación discriminatoria de la mujer en el mercado de trabajo es el género, la única vía efectiva consiste en la ruptura del sistema tradicional de asignación de roles, lo que ha de conseguirse, además de facilitando la conciliación, desde el refuerzo de la corresponsabilidad, y "no solo entre mujeres y hombres sino entre todos los afectados u obligados a asumir los costes de las funciones de cuidado, incluidos en un Estado Social de Derecho como el que nuestra Constitución consagra, los poderes públicos"[1108]. En este sentido, como ya vimos en el capítulo tercero, la corresponsabilidad introducida por la LOI 3/2007 resulta uno de los pilares básicos de lo que denominamos DCPL de segunda generación. Sin embargo, debemos añadir a este respecto que el desarrollo de DCPL presenciales, que permitan a los trabajadores/as adaptar sus jornadas de trabajo sin tener que prescindir de parte de sus salarios, se impone como medida eficaz para alcanzar la igualdad y, por ende, sin coste alguno.

Para Cabeza Pereiro[1109] conciliación e igualdad constituyen campos de análisis con parentescos muy estrechos, algo que se desprende tanto de los documentos de las instituciones comunitarias sobre la conciliación como desde la perspectiva del *maistreaming*, tras su recepción por la Comunidad Europea a partir de su difusión posterior a la Cumbre de Pekín de 1995, hasta el punto de ser asumida como herramienta política al más alto nivel por el art. 3.2 del Tratado de Roma, lo que obliga

[1107] PÉREZ DEL RÍO, Teresa, «La normativa interna sobre derechos de conciliación: la corresponsabilidad», en *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos.* (Dirs. Cabeza Pereiro, Jaime y Fernández Docampo, Belén), 1ª, Monografías 747 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), pp. 51.

[1108] Ibid. pp. 54

[1109] CABEZA PEREIRO, Jaime, «Conciliación de vida privada y laboral», *Temas Laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social* 103 (2010): pp. 45-65.

a tomarla siempre en consideración. A su vez, este autor considera que desde la LOI 3/2007 esta conexión se deduce claramente, de manera que los DCPL forman parte del contenido del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de género[1110]. Estos derechos, orientados a compatibilizar el trabajo, la familia y las necesidades de las personas, van a constituir un requisito para superar las discriminaciones, así como que su disfrute pueda producirse sin ningún tipo de perjuicios. En resumen, las políticas de conciliación deben estar al servicio de la igualdad de mujeres y hombres, y es que "el vínculo entre la conciliación de la vida familiar y la discriminación de la mujer estriba en que ésta se convierte en una discriminación hacia la madre, o más bien hacia la cuidadora"[1111]. Y esta discriminación se refuerza además con todo el cúmulo de estereotipos sociales que la rodean. Nogueira Gustavino[1112], por su parte, afirma igualmente que los derechos de conciliación están vinculados con la discriminación por razón de género y esta dimensión constitucional se va afianzando conforme el principio de igualdad formal se ve superado por el de igualdad material y decididamente se promueve a nivel europeo la corresponsabilidad.

Llegados a este punto nos preguntamos nuevamente si los DCPL, desde la perspectiva de la conciliación de la vida familiar, serían susceptibles de interiorizarse como parte del contenido esencial del mandato de la prohibición de discriminación del art. 14.2 CE por razón de género, o, como parece imponerse -tanto desde el derecho internacional como desde la propia doctrina constitucional-, de la prohibición de discriminación por las circunstancias familiares como causa autónoma de discriminación.

Esta nueva causa que está emergiendo también en países como EEUU, según ha destacado Lousada Arochena[1113], se sustenta como una manifestación de discriminación sexista aplicada al cuidado familiar, un ámbito donde la litigación ha crecido de manera progresiva y exitosa tanto entre las madres trabajadoras, como también, aunque en

---

[1110] CABEZA PEREIRO, Jaime, «Ejercicio de derechos de conciliación. Discriminación y jurisprudencia constitucional.Una crítica a la STC 233/2007, de 5 de noviembre». *Cit.* pp. 144-145.

[1111] CABEZA PEREIRO, Jaime, «Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre mujeres y hombres», en *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Monografías 747 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), pp. 98.

[1112] NOGUEIRA GUSTAVINO, Magdalena, «El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente». *Cit.*

[1113] LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras», en El Derecho Fundamental a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (Valencia, Tirant lo Blanch, 2014), pp. 395.

menor medida, de padres trabajadores, y que se ha construido sobre dos grupos de argumentaciones muy interesantes:

a) que las empresas que exigen dedicación a tiempo completo, escaso tiempo libre y disponibilidad para desplazamientos imponen un modelo de trabajador que cumplen los hombres y que discrimina indirectamente a las mujeres (argumentación del *masculine ideal work*)

b) Que muchas empresas actúan siguiendo el estereotipo de que las mujeres reingresadas al trabajo después de tener un hijo se dedican más a éste que a su actividad profesional (argumentación del *maternity wall).*

Así, la discriminación se aprecia cuando la empresa maneja estereotipos acerca del cuidado, como la presunción de que las mujeres no van a ser buenas trabajadoras desde que se convierten en madres, o de que los hombres no son cuidadores y en consecuencia mienten si solicitan un permiso parental o por cuidado familiar.

Y es que hay que seguir insistiendo en que esta nueva causa discriminatoria, la prohibición de discriminación por razón de las circunstancias personales y familiares, si finalmente acaba consolidándose en nuestro país, guarda una estrecha relación con la discriminación por razón de sexo/género, ya que se corre el riesgo de que en un nuevo giro argumental de nuestros tribunales se acabe volviendo a la conexión entre la conciliación y la protección de la familia, y al mismo tiempo se vacíe de contenido la que guarda con aquella discriminación que está en la raíz de este tipo de derechos. Además existe otro problema y es que, como afirma Cabeza Pereiro, “en sectores poco cualificados con la existencia de unidades productivas fuertemente feminizadas, va a resultar especialmente dificultoso, en teoría, apreciar que puedan producirse discriminaciones por razones familiares, particularmente cuando la mayoría de las trabajadoras cuentan con responsabilidades familiares. La dificultad es mayor si se tiene en cuenta que estos tratamientos peyorativos casi siempre tienen un cariz individual, difícil de enfrentar desde una perspectiva colectiva. Precisamente por ello, debe insistirse, otra vez más, en que la discriminación por estos motivos tiene un importante sesgo de estereotipo. Si ello es así, habría que afirmar la doctrina, ya acogida judicialmente en EEUU, de que, para apreciar las discriminaciones basadas en

estereotipo, no es precisa la figura real del tercero de comparación, la cual puede plantearse en un marco puramente hipotético"[1114].

No obstante, de acuerdo con García Rubio[1115], esta relación se confirma también de alguna manera en la STC 26/2011 puesto que, tras hacer referencia a la discriminación por circunstancias familiares, se alude a la idea de que "la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares", y en relación con ello el TC apoya su afirmación en la STJUE de 30 de septiembre de 2010, *Asunto Roca-Álvarez,* C-104/2009. A su vez, la misma razón parece guiar su posterior alusión al objetivo de corresponsabilidad y participación del varón en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de responsabilidades. Así que aunque la STC 26/2001 acaba por no apreciar que esté en juego el derecho a la no discriminación por razón de sexo ni del trabajador recurrente ni de su esposa[1116], en el fondo no puede obviarse el peso de este principio en el reconocimiento de que el ejercicio de los derechos de conciliación por parte de los trabajadores varones también merece la interpretación, aplicación y protección que deriva de la tutela antidiscriminatoria, declarando a tal fin su nexo con el derecho a la no discriminación por circunstancias familiares.

Sentada la conexión entre esta nueva causa discriminatoria y la de sexo/género, opinamos, no obstante, que el derecho a la conciliación, en su naturaleza de nuevo derecho fundamental que propugnamos, presenta un contenido específico y más amplio, sin que pueda entenderse meramente subsumido en ellos. Como iremos viendo, radica en la acción compatibilizadora de los aspectos personal y laboral de la vida del trabajador/a y en relación con el tiempo de trabajo, aunque esté conectada con una serie de derechos constitucionales entre los que se encuentra la prohibición de discriminación sexo/género. Ello en coherencia con nuestra postura relativa al significado amplio de la

[1114] CABEZA PEREIRO, Jaime, «Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre mujeres y hombres». *Cit.* pp. 98-99.

[1115] GARCÍA RUBIO, Mª Amparo, «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada». *Cit.*

[1116] La referencia que en la Sentencia *Roca-Álvarez* se contiene a la situación de "discriminación indirecta", significa que denegar el permiso al padre que trabaja por cuenta ajena porque su mujer no trabaja o no trabaja por cuenta ajena, supone que las madres que trabajan por cuenta propia se vean obligadas a limitar su actividad profesional, perpetuando los roles y convirtiéndose en una medida que no reduce las desigualdades.

conciliación en la actualidad, derivada de su carácter no tanto familiar cuanto personal. Reducirla a una manifestación de la no discriminación de las circunstancias familiares redundaría en la feminización del cuidado que estamos denunciando.

3.4. La relación con el derecho a la protección integral de la familia (arts. 39, 40 y 50 CE)

En el apartado dedicado a la configuración progresiva del derecho a la conciliación en el derecho internacional hemos observado que la protección de la familia se confirma como uno de los principales objetivos a tutelar, estableciéndose para ello, entre otras cosas, las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral a fin de poder garantizar el cuidado dentro de la familia. Así, en la mayoría de tratados y declaraciones analizadas[1117] aparecen como rasgos generales la necesidad de la protección social, jurídica y económica de la familia y de la infancia por parte tanto del Estado como de la sociedad, junto con su respeto y reconocimiento como elemento fundamental de ésta, debiendo establecerse para ello los cuidados necesarios para su bienestar.

Nuestra CE alude a aspectos fundamentales de la familia en sus arts. 32 y 39. Concretamente, por lo que respecta a la conciliación, el art. 39 establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Un primer problema que se plantea tiene que ver con el hecho de determinar el concepto de familia y qué se entiende por ello, dado que nuestra CE no ofrece un concepto ni tampoco una regulación de lo que significa. Para aclarar este aspecto, hemos de acudir de nuevo al principio de igualdad del art. 14, descartando las tesis que consideran por familia únicamente la resultante del núcleo parental padres e hijos y además conformadas de acuerdo con una relación matrimonial, ya que esto supondría, por ejemplo, una discriminación para los hijos habidos fuera del matrimonio que sería contrario al art. 14 de la CE, y a la no discriminación por razón de filiación prevista en el art. 39.2 de la CE. Tampoco sería acertado no asumir la existencia de una relación familiar cuando ese núcleo de convivencia se constituye entre miembros con una

[1117] (CSE art.16, CEDH art. 8, DEDH art. 16, PIDCP art. 23, PIDESC art. 10, CEDAW art. 5, Conferencia de Pekín preámbulo, CDFU arts. 7, 24 y 33).

relación de segundo grado o colateral, de hecho la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, reconoce a esos vínculos derechos de carácter familiar. Ello resulta de plena aplicación para el ejercicio de los DCPL, y tiene que ver con la idea amplia del concepto de familia que desarrollamos en el capítulo tercero al abordar la "vida personal". En este sentido hay que acudir nuevamente a su conexión con el art. 10.1 CE, y es que tal y como ha descrito Martínez Vázquez[1118], recientes leyes en materia de Derecho de Familia se han fundamentado en el libre desarrollo de la personalidad: es el caso de las que han regulado el denominado "divorcio-exprés", o la transexualidad, o el matrimonio de las personas homosexuales. Antes de dichas leyes este principio constitucional no había ejercido un influjo tan directo en el Derecho Civil pero, indica el autor, la consideración de este principio podría suponer una influencia notable en las diversas instituciones, situando a la persona como centro y justificación del ordenamiento jurídico. A ello debemos añadir que la doctrina del Tribunal Constitucional ha insistido en que del art. 39 CE no se deriva un modelo constitucional de familia basado en la figura de la madre y en el matrimonio, sino un mandato a los poderes públicos de dar protección efectiva a los modos de convivencia que se expresen en la sociedad.

Entre la comunidad científica existe asimismo consenso sobre que el aspecto que resulta determinante para conformar el desarrollo de los niños que conviven en su seno no es la estructura de la familia, sino la dinámica de las relaciones que se dan en su seno. Debemos recordar que matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentran cabida en preceptos distintos de la Constitución por voluntad expresa del constituyente, de modo que «el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio ... ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia» (STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5 y jurisprudencia allí citada). Por tanto, son dignos de protección constitucional los matrimonios sin descendencia, las familias extramatrimoniales o monoparentales (STC 222/1992, de 11 de diciembre) y, sobre todo, los hijos a los que el art. 39 CE, que «refleja una conexión directa con el art. 14 CE» (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8), protege «con independencia de que éstos hayan sido concebidos dentro

[1118] MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *El principio libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, 1.ª ed. (Madrid: Civitas, 2010). Disponible en: http://www.formatolegal.com/8608-el-principio-libre-desarrollo-de-la-personalidad-en-el-ambito-privado.html. Consultado el 12-1-2016.

o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE), de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio (art. 92 del Código civil) o incluso, en fin, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas (arts. 110 y 111 in fine, CC).» (STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5 y jurisprudencia allí citada). Dicho lo anterior, es cierto que, hasta la fecha, la interpretación del art. 39 CE no ha llevado a este Tribunal a definir un concepto constitucional de familia, y no siendo tampoco este el momento para elaborarlo, ello no impide determinar que en el art. 39 CE se incluirían las familias que se originan en el matrimonio, pero también a las que no tienen ese origen

Cabe recordar aquí que asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desconecta el derecho a contraer matrimonio y la garantía de protección de la familia, cuando establece que el concepto de vida familiar protegido por el art. 8 CEDH no se reserva únicamente a las familias fundadas en el matrimonio, sino que puede referirse también a otras relaciones de facto (entre otras muchas SSTEDH en los asuntos X, Y y Z c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997, § 36; y Van Der Heijden c. Países Bajos, de 3 de abril de 2012, § 50).

Otra de las manifestaciones de la protección de la familia en el ámbito constitucional es su integración en el marco del derecho a la intimidad familiar. Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como el legislador con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se ocupan de señalar que toda intromisión en el ámbito familiar constituye un atentado contra el derecho a la intimidad de las personas. Más adelante dedicaremos un apartado concreto al derecho a la intimidad personal y familiar y su relación con el derecho a la conciliación, donde entre otras cuestiones estableceremos las diferencias entre aquellos aspectos de la intimidad del ámbito familiar que deben quedar libres de cualquier injerencia de los poderes públicos y aquellos otros que deben pasar a ser estrictamente públicos conforme a los mandatos internacionales y constitucionales, pero que determinadas resistencias institucionales por los poderes institucionales se empeñan en mantener en el ámbito privado, como es la prestación del cuidado y el reparto de responsabilidades familiares y domésticas.

Adentrándonos en la relación de la protección de la familia con la conciliación de la vida familiar y profesional, el art. 39.1 de la CE hace una mención a que la protección de la familia se debe desarrollar en el plano socioeconómico, por lo que de manera necesaria se ha de establecer una conexión con el derecho al trabajo y a una

remuneración suficiente para poder satisfacer las necesidades de la persona y su familia, art. 35.1 de la CE. Aquí encontramos un primer engarce entre la protección de la familia y el derecho a la conciliación de las personas trabajadoras, concretamente aquellas que tienen cargas familiares y necesitan, a la hora de prestar servicios en una empresa, compatibilizar el cuidado familiar con el trabajo.

El mandato constitucional, art. 39 CE, ha encontrado principalmente su desarrollo en la normativa laboral ordinaria, y es que la institución de los DCPL en las relaciones laborales ha sido tradicionalmente una de las principales herramientas al servicio de la protección de la familia, principalmente a través del desarrollo de medidas de conciliación que ponían prácticamente todo el foco en la tutela de la maternidad de la mujer trabajadora, en derechos de titularidad exclusivamente femeninos, como el permiso de maternidad o lactancia, además de los tradicionales derechos de ausencia como excedencias o reducciones de jornada. Según hemos estudiado a lo largo del capítulo primero, el legislador desarrolló en una etapa inicial toda una serie de derechos donde la tutela antidiscriminatoria de la mujer quedaba, digamos, en segundo plano al servicio principal de la protección de la familia. Ello, como sabemos, ha supuesto la consolidación y reafirmación de la mujer trabajadora en su triple rol de madre cuidadora, así como de trabajadora doméstica y también profesional.

Sin embargo, a partir de la LCVFL 39/1999, y más aún en la LOI 3/2007, el legislador ha procurado, con menor o mayor acierto respectivamente, mantener esa protección a la familia, pero sin que ello suponga discriminación hacia las mujeres –desplazando al primer plano el interés por la igualdad de género-, introduciendo permisos de titularidad indistinta, o la corresponsabilidad en la configuración de los mismos. Por tanto, a partir de este momento entra en juego el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 como objetivo principal desplazando la protección a la familia a un segundo plano. Así, afirma Lousada Arochena[1119], la relación entre los DCPL y la vida familiar se basa en garantizar que las decisiones adoptadas en el ámbito familiar se hagan con una libertad real y sin sumisión a condicionantes de género.

En el plano jurisprudencial se observa esta misma evolución. Como ya vimos en el segundo apartado de este capítulo, la conexión constitucional entre los derechos de conciliación y la protección de la familia se establece en la STS de 20 de julio de 2000,

[1119] LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Cit.*, pp. 434.

donde se considera que los DCPL constituyen un elemento imprescindible para que los trabajadores/as puedan atender sus deberes inherentes a la patria potestad que enumera el art. 154.1 CC; asimismo se vinculan con el principio rector de actuación de los poderes públicos en la protección social, económica y jurídica a la familia, debiendo esta finalidad constitucional que ostentan prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Mas adelante, la STC 3/2007 establece la relación entre los DCPL y la discriminación indirecta por razón de sexo, desplazando a un segundo plano el art. 39 CE.

Como ha señalado Ezquerra Escudero, el TC en esta sentencia realiza una lectura del art. 39 CE en clave del art. 14 CE, en el sentido de que el art. 39 debe integrarse y cohonestarse con el art. 14 para que ambos consigan que el interés del menor y la familia se instrumentalice a través de medios que no provoquen discriminaciones entre los sujetos que directamente tienen que asumir dicha función. Así, la especial importancia y protección del art. 14 CE debe prevalecer cuando se produce cualquier tipo de perjuicio sobre estos sujetos con motivo del ejercicio de los DCPL, al margen de la remisión al art. 39 CE que también exige dicha protección, especialmente de la mujer, lo que remite otra vez al art. 14 CE. Para el autor, este criterio es el que ha recogido y aplicado el TC, y que supone respaldar la preeminencia del citado art. 14 CE y la acomodación de cualquier interpretación y aplicación de estos derechos a este valor constitucional[1120]. No obstante, a propósito de esta posible integración de la protección de la familia en el derecho a la igualdad y no discriminación, como ya vimos, Cabeza Pereiro advierte que, si bien resulta sugerente asimilar al rango de derecho fundamental el art. 39 CE a través de su consideración de contenido esencial del art. 14, al mismo tiempo esta integración resulta peligrosa porque implica que la igualdad de la mujer pasa necesariamente por incentivar la protección de la familia. “Lo cual es sin duda cierto, salvo que el planteamiento se deslice para salvar el cortísimo trecho que hay hasta dar por bueno que sólo la mujer requiere protección de la familia para trabajar en igualdad"[1121]. Por lo tanto, aunque la conexión de los DCPL

[1120] EZQUERRA ESCUDERO, Luis, «La reducción de jornada por guarda legal», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* n.º 14/2008 sección Estudio, 2008.

[1121] CABEZA PEREIRO, Jaime, «Ejercicio de derechos de conciliación. Discriminación y jurisprudencia constitucional. Una crítica a la STC 233/2007, de 5 de noviembre», *Revista de Derecho Social*, n.º 40 (2008).

con el principio rector de protección a la familia resulta evidente, estos deben articularse de forma que, a la vez que aseguren dicha protección en todos los ámbitos, no supongan ningún tipo de discriminación por razón de sexo/género o, si se quiere en términos de la STC 26/2011, por razón de las circunstancias personales y familiares; es decir, los DCPL deberán formularse de manera que promuevan y faciliten un reparto equitativo del cuidado como parte de la nueva política activa y ofrecer la misma tutela antidiscriminatoria a todas las personas trabajadoras con independencia de su sexo. Este es el enfoque que, además, se introduce tempranamente en el derecho internacional a través del Convenio OIT 156, y más adelante en el art. 27 de la CSE revisada.

Para concluir este apartado, debemos añadir una última conexión que, al menos hasta el momento, no se ha tenido en cuenta y es la relación existente entre la protección de la familia, la conciliación y los arts. 49 y 50 CE. Y es que si se quiere hablar de una protección integral de la familia no se puede olvidar que tanto las personas discapacitadas como las personas mayores están presentes en muchísimos hogares, y son también, junto con los menores, habitualmente objeto de cuidado por parte de las personas trabajadoras. Así pues, estos principios rectores deben encontrar acomodo en la configuración del derecho a la conciliación, reforzando no solo la necesidad de que los poderes públicos establezcan servicios de cuidado y ayuda a la dependencia, sino desde el desarrollo normativo de los DCPL de los trabajadores/as que tienen a su cargo a estas personas. Así, como ha afirmado Pérez del Río, "la necesidad de conciliación no se refiere solo a responsabilidades familiares derivadas de la maternidad; los datos demográficos ponen de relieve que existe un problema de envejecimiento de la población cada vez más grave, por ello, los problemas de compatibilización de responsabilidades familiares y profesionales derivan también de la necesidad de cuidar ancianos, enfermos o discapacitados y la regulación de las instituciones de conciliación ha de tomar en consideración este hecho, lo que al menos en España no se ha realizado hasta hace relativamente poco tiempo"[1122].

Si analizamos su tenor literal en la CE, vemos que el mandato del art. 49 CE obliga a los poderes públicos a que efectúen una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas disminuidas como sector social

[1122] PÉREZ DEL RÍO, Teresa, «La normativa interna sobre derechos de conciliación: la corresponsabilidad», pp. 56.

especialmente marginado. Por su parte, el mandato del art. 50 CE obliga a los poderes públicos a garantizar mediante un sistema de pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas la suficiencia económica de estas personas. Asimismo están obligados a promover su bienestar social mediante la prestación de un sistema de servicios sociales que atiendan sus problemas de salud, vivienda, cultura y ocio. Sin embargo, estos principios, considerados como una consecuencia del de igualdad real y efectiva[1123], dejan de lado un aspecto fundamental inherente a su propia condición: el cuidado diario que habitualmente necesitan estos dos colectivos, y que, es ocioso recordarlo, hasta el momento vienen realizando mayoritariamente las mujeres sin reconocimiento social alguno.

En los últimos años, la jurisprudencia del TJUE se ha encargado de abordar la tutela antidiscriminatoria de la persona cuidadora de un discapacitado/a a la hora de ejercer un derecho de conciliación, dando lugar a lo que se conoce como la discriminación por vinculación. Como ha señalado Ballester Pastor[1124], el TJUE ha acometido una importante extensión de la protección frente a discriminaciones motivadas por razón de la discapacidad, permitiendo incluir en el ámbito subjetivo de la protección a los sujetos que han sido objeto de trato peyorativo por su vinculación con discapacitados, aunque dicha condición no recayera en su persona. Esta discriminación por vinculación se ha reconocido expresamente en la STJUE de 17 de Julio de 2008, *Asunto Coleman,* C-303/06. El Tribunal interpretó en este caso que constituía discriminación prohibida el trato peyorativo recibido por una trabajadora a partir del momento en que su situación personal y familiar quedó alterada como consecuencia de los cuidados específicos que requería su hijo discapacitado[1125]. La sentencia establece que las discriminaciones comunitarias prohibidas tienen un ámbito de aplicación objetivo, delimitado por una serie de motivos de trato diferenciado que se consideraban intolerables, y no requieren necesariamente que el motivo de discriminación prohibida

[1123] ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario, *Derecho Constitucional. Cit.*. pp. 472.

[1124] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 92 (marzo de 2011), pp. 207-255.

[1125] En los antecedentes del caso, muy brevemente, el problema se sitúa en que el hijo discapacitado requería cuidados específicos y especializados y eso situaba a la Sra. Coleman en una posición desventajosa en relación con otros trabajadores cuyos hijos no tenían ninguna discapacidad, los cuales no fueron objeto del mismo trato peyorativo que padeció la demandante".

recaiga en la persona demandante de protección. De este modo, el TJUE sienta dos grandes criterios interpretativos:

1º) Que constituye discriminación directa el trato menos favorable dispensado a un trabajador/a como consecuencia de la discapacidad padecida por su hijo.

2º) Que la prohibición de discriminación o acoso no opera sólo cuando el trabajador/a es él mismo el discapacitado sino que también lo hace cuando la discapacidad afecta a su hijo/a.

No obstante, razona Cabeza Pereiro[1126], es la señora Coleman quien sufre la discriminación, en este caso porque su hijo es una persona discapacitada, y no éste, por ello discrepa en que el criterio de discriminación sea la discapacidad, en vez de sus especiales responsabilidades familiares.

Esta construcción innovadora, como apuntan Sempere Navarro y Martín Jiménez[1127], podría aplicarse a cualesquiera otras circunstancias respecto de las cuales se prohíbe el trato diverso y peyorativo. No se trata de una discriminación indirecta, sino de que la circunstancia de la discapacidad afecta a persona distinta de la que sufre sus consecuencias, lo que supone que para apreciar la discriminación ya no se atiende sólo a un sujeto sino a dos, el perteneciente al colectivo vulnerable y el represaliado, por lo que esta doctrina podría servir de base para argumentar discriminaciones por vinculación o reflejas sobre un radio de personas relacionadas con el trabajador/a, además del hijo/a, que deben tomarse en cuenta a estos efectos.

En resumen, el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral comprendería como otra de sus facetas la protección del cuidado integral de la familia, entendida en sentido amplio y abarcando tanto la necesidad de cuidado de menores como de personas discapacitadas y mayores dependientes -arts. 39 y 49 y 50 CE- que conformen el hogar familiar, ello a su vez combinado con la propia tutela antidiscriminatoria de la persona que preste el cuidado y solicite un derecho de conciliación, por lo que ésta debe articularse siempre en conexión directa con los arts. 9.2 y 14 CE.

[1126] CABEZA PEREIRO, Jaime, «Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre mujeres y hombres», en *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Monografías 747 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011). pp. 90.

[1127] SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo, «Discriminaciones reflejas (El caso de la Sra. Coleman)», *legaltoday.com*, publicado el 4 de noviembre de 2008. Disponible en: http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/discriminaciones-reflejas-el-caso-de-la-sra-coleman. Consultado el 12-1-2016.

No obstante, debemos tener siempre presente que la realidad social impone nuevos modelos de familia merecedores de idéntica protección. Y así enlazamos con la importancia del derecho a la conciliación para dar respuesta a situaciones conflictivas que no se encuentran tasadas en la norma. Así ocurre con fenómenos como el de la maternidad/paternidad subrogada, o los supuestos derivados de la diversidad de situaciones afectivas que en una sociedad globalizada, caracterizada por constantes movimientos migratorios, pueden conformarse más allá de los tradicionales vínculos de sangre o similares jurídicamente reconocidos. Podríamos plantear a modo de ejemplo la situación desprotegida en la que se encontraría un trabajador/a que necesitase ejercer labores de cuidado con una persona con la que lleva conviviendo durante largo tiempo y hacia la que ha generado fuertes vínculos afectivos tanto o mas intensos que los estrictamente familiares, y ello a causa de que no encajaría en los supuestos arquetípicos de familia o relación sentimental.

3.5. La relación con el derecho a la intimidad personal y familiar (art.18.1 y 18.4 CE)

La CE garantiza en su art. 18.1 el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El primer párrafo del precepto cuenta con un triple contenido, ya que en él se protegen tres derechos con rasgos comunes: los tres son derechos de la personalidad, y derivados por tanto de la dignidad humana, pero también contienen aspectos que permiten distinguir tres derechos diferenciados. Por su relación con la conciliación de la vida personal y laboral, nos centraremos en el de intimidad personal y familiar que se vincula con la esfera más reservada de las personas, y a su vez con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. El derecho a la intimidad personal y familiar trata de preservar la esfera íntima, afectiva y familiar de la persona, que adquiere así el control de sus actos y sus datos personales, sin intromisiones posibles[1128]. De esta forma el TC lo ha reconocido como un núcleo inaccesible de

[1128] Entre otras: STC 110/1984, de 26 de noviembre y STC 254/1993, de 20 de julio.

intimidad incluso a las personas más expuestas al público[1129]. A su vez, ésta se garantiza no sólo a la persona aisladamente considerada, sino también al núcleo familiar[1130].

El desarrollo de la protección de estos derechos lo efectúa, principalmente, la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. Junto a esta Ley hay que mencionar la Ley Orgánica 4/1997 de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, desarrollada por el Real Decreto 596/1999, de 16 de abril, donde se establecen, por lo que a la garantía de la intimidad se refiere, desde la información sobre la existencia de videocámaras a la destrucción de las grabaciones, salvo las que contengan imágenes relacionadas con infracciones penales o administrativas graves, con la correspondiente obligación de reserva por parte de los que tengan acceso a las imágenes (art. 8 y 9 L.O. 4/1997). Por su parte, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, se remite en cuanto al uso de videocámaras por la Autoridad Gubernativa o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a la legislación vigente (art. 22), mientras que en el art. 20.3 se indica que los registros corporales externos "se realizarán del modo que cause el menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona afectada".

Como ya vimos en el apartado que dedicamos al estudio de la normativa de carácter internacional, el derecho a la intimidad personal y familiar se reconoce en la mayoría de tratados internacionales sobre derechos humanos[1131], pero ha sido el TEDH en su Sentencia dictada por la Gran Sala el 22 de marzo de 2012, *Asunto Konstantin Markin c. Estado Ruso*, n.º 30078/06, el que ha relacionado de manera directa el derecho a la conciliación con los arts. 8 del CEDH, derecho al respeto a la vida privada y familiar, y con el art. 14, prohibición de discriminación[1132]. El voto disidente del Juez Pinto considera incluso que el derecho a la conciliación deriva directamente del art. 8,

[1129] STC 134/1999, de 15 de julio.

[1130] Como han establecido las STC 197/1991, de 17 de octubre o la STC 231/1988, de 2 de diciembre.

[1131] Así, el art. 12 de la DUDH en su art. 12 consagra el derecho a la vida privada y protección de la ley frente a las injerencias de la misma, también reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar el art. 8 del CEDH, el PIDCP en su art. 17 reconoce el derecho a la vida privada sin injerencias arbitrarias y la CDFU en su art. 7 reconoce igualmente el respeto a la vida privada y familiar.

[1132] Recordemos que el TEDH reconoce que aunque en el CEDH no existe un derecho a la conciliación como tal, en la medida en que permisos nacionales favorecen la conciliación de la vida familiar y laboral y tienen una incidencia directa en la misma, repercuten por tanto en el art. 8, así que cuando se adopten medidas en este campo, éstas deberán respetar además el principio de igualdad y no discriminación, art. 14.

incluso sin necesidad de vincularlo con el art. 14. Su desarrollo más extenso lo vimos en el apartado primero. Por lo tanto, encontramos ya un anclaje en esta Sentencia del TEDH de 2012 que deberá tenerse en cuenta a partir de entonces como criterio interpretativo, en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 CE.

La extensión del derecho a la intimidad puede verse condicionada por un concreto aspecto de la vida de la persona que se vea afectado, por ejemplo el trabajo. Así, la protección de este derecho se muestra imprescindible en el ámbito laboral donde, como también se ha encargado de precisar la STC 186/2000, de 10 de julio, habrá que deslindar aquel control idóneo, necesario y equilibrado de la actividad laboral, de aquéllos otros que supongan una injerencia en la intimidad de los trabajadores/as afectados injustificada o desproporcionada (STC 98/2000, de 10 de abril). En el ordenamiento jurídico laboral el ET se encarga de recoger de manera concreta tanto el principio de preservación de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes cuanto el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, reconociendo como uno de los derechos básicos de los trabajadores en su art. 4.2 e) el derecho a la intimidad y a la consideración debida a su dignidad, en la que se comprende "la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo"[1133].

Hasta el momento no se ha desarrollado por la jurisprudencia la relación entre el derecho a la intimidad personal y familiar de los trabajadores y la conciliación mas allá de la protección de la familia. A grandes rasgos, la doctrina del TC que ha perfilado este derecho en el ámbito de las relaciones laborales ha señalando que se deriva de la necesidad de preservar la esfera personal y familiar del trabajador/a de sus decisiones y actitudes personales, de sus ideas y opiniones, y de sus relaciones y comunicaciones, tratándose de esferas inmunes a los poderes empresariales. Pero también deriva de la protección de la persona del trabajador en el ámbito del contrato de trabajo, con las consiguientes limitaciones para las facultades empresariales de control y vigilancia[1134].

[1133] Por su parte la LOI 3/2007, en su art. 7 ha definido los diferentes supuestos de acoso ante los que se viene estableciendo la protección de los trabajadores en la relación de trabajo:- acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual;- acoso sexual; - acoso por razón de sexo.

[1134] Por el contrario, no quedarían comprendidos en la protección de este derecho los datos referentes a la participación de los trabajadores en la vida política, actividad de carácter público, a excepción del derecho de sufragio activo, en la que no se incluye la mera comunicación de su ejercicio a la empresa, por lo que como ha establecido en TS en su sentencia de 13 de marzo de 2007, no lesiona el derecho de intimidad la exigencia empresarial de que el trabajador/a comunique el uso de los permisos establecidos para ejercitar su derecho al voto.

En este sentido, nuestra CE dispone en el art. 18.4 que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

La relación de este derecho con la conciliación presenta unos caracteres mas difusos que en otros casos puesto que responden a las novedosas formas de relación laboral que configuran las nuevas tecnologías y a las que ya aludíamos en el capítulo II cuando tratábamos de las modificaciones en el objeto regulatorio del Derecho del Trabajo. Se trata de la protección de la intimidad de la vida personal de los trabajadores/as y su relación con las facultades empresariales de control y vigilancia, y es que no es infrecuente que hoy día los trabajadores/as permanezcan permanentemente conectados al trabajo a través de sus dispositivos móviles, puesto cada vez supone un menor inconveniente permanecer fuera del centro de trabajo para resolver cualquier problema, de manera que la delimitación entre vida personal y laboral resulta cada vez mas tenue y, en consecuencia, el tiempo de vida personal cada vez menos perceptible. Es precisamente por ello que debiera configurarse otro aspecto del derecho a la conciliación de la vida personal y laboral en su vertiente “negativa”, que trataría de establecer límites a las intromisiones a la vida privada de los trabajadores/as en aquellos márgenes confusos de la relación laboral. Pensemos en el caso de un trabajador/a altamente cualificado que desarrolle proyectos transnaccionales, o un representante de comercio, etc., el cual carecería de jornada de trabajo en cuanto tal y sin embargo debería estar, por así decirlo, disponible durante todo el tiempo a través de medios tecnológicos como puede ser un ordenador portátil o una tablet. En este supuesto no existiría una delimitación entre trabajo y vida personal, si fuese al contrario, es evidente que la intromisión de la empresa en la intimidad del trabajador a través de un control del uso de los medios informáticos supondría llegado el caso una vulneración estricta del derecho a la intimidad. Sin embargo cuando la jornada es difusa, como decimos, el trabajador/a necesita “burbujas” o “cápsulas” de tiempo en la que le sea posible realizar alguna actividad de carácter personal mediante el empleo de esos mismos medios. Es entonces cuando el derecho a la conciliación aparecería como barrera negativa frente a dicha intromisión, en la medida en que nos encontraríamos ya ante los dos factores esenciales que lo definen: la necesidad de compatibilizar ambos aspectos de la vida y el uso del tiempo.

3.6. La relación con el derecho al trabajo (arts. 35.1 40.1 y 40.2 CE)

Los DCPL permiten a los trabajadores/as compatibilizar el trabajo con determinados aspectos de su vida personal, es por ello que la relación entre ambos derechos resulta clara; de hecho, como vimos en el capítulo primero, las políticas de conciliación desarrolladas en Europa a partir de la década de los 90 tuvieron básicamente como objetivo principal el fomento del empleo femenino.

En la CE, el derecho al trabajo se reconoce en un doble aspecto: individual y colectivo. En su aspecto individual, que es el recogido en el art. 35.1 CE, se concreta en el igual derecho de toda la ciudadanía a un determinado puesto de trabajo, si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, así como en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una causa justa[1135]. Al mismo tiempo, la reacción adecuada frente al despido también se configura como un aspecto básico en la estructura de los derechos incluidos en el art. 35 CE[1136]. En cuanto a su contenido, el art. 35.1 CE engloba otra serie de derechos de carácter socioeconómico, como son el derecho a la libre elección de profesión y oficio[1137], el derecho a la promoción a través del trabajo, o el derecho a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades personales y materiales[1138]. El apartado segundo del art. 35 CE establece que la ley regulará un Estatuto de los Trabajadores, mandato constitucional que se cumplió con su aprobación en 1980[1139]. Por otra parte, en su dimensión colectiva, art. 40.1 CE, el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo.

Dentro de los derechos laborales básicos en la relación de trabajo, el art. 4.2 c) ET dispone que los trabajadores/as tienen el derecho a no ser discriminados directa o

[1135] STC 22/1981, de 2 de julio.

[1136] STC 20/1994, de 27 de enero.

[1137] Derecho que, como ha señalado la STC 83/1984, de 8 de febrero, no es un derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el derecho a elegirla sin perjuicio de las normas que regulan y limitan su ejercicio.

[1138] ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario, *Derecho Constitucional*. *Cit*. pp. 453-454.

[1139] La crisis financiera y económica que se ha desarrollado desde principios de 2008 y su impacto en el empleo se ha traducido en la introducción de un importante número de reformas en el Estatuto de los Trabajadores, que han culminado finalmente en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, vigente desde el 13 de noviembre de 2015.

indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate. Como hemos estudiado en el apartado primero, el derecho internacional ha reiterado en los textos sobre derechos humanos la importancia del derecho al trabajo en condiciones de igualdad de mujeres y hombres [1140]. Básicamente todos establecen la obligación de los Estados de adoptar las condiciones para eliminar toda forma de discriminación en materia de empleo y ocupación. Así, tanto la CSE como la CDSFT contemplan entre sus objetivos el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. Asimismo, la CDFU en su art. 23 relativo a la igualdad de mujeres y hombres, señala que ésta deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución, y que pueden adaptarse en este ámbito medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado. El art. 31 proclama asimismo que todo trabajador/a tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad, a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas.

Sempere Navarro y Cano Galán[1141], partiendo del estudio de los derechos de la DUDH, han sistematizado la relación existente entre el derecho a la igualdad, art. 7, y el derecho al trabajo, arts. 23 y 24. En primer lugar, sitúan esta conexión inicial en la propia transversalidad del principio comunitario de igualdad y no discriminación que lo convierte en un derecho que tiene que proyectarse sobre todos y cada uno de los derechos que se reconocen en la propia DUDH. Centrados en el ámbito del trabajo, encuentran estas manifestaciones de la igualdad en el art. 23 de la DUDH, que reconoce

[1140] (Convenios OIT nº 111,y nº 122, arts. 20 y 26 CSE, arts. 7 Y 23 DUDH, CEDH arts. 8 y 14, Sentencia TEDH *Asunto Konstantin Martin* 2012, Art. 26 PIDCP, Art. 6 PIDESC, art. 11 CEDAW, Conferencia de Pekín 1995, art. 16 CDS y arts. 21, 23, 33 CDFU).

[1141] SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y CANO GALÁN, Yolanda, «La igualdad laboral en la Declaración Universal de Derechos Humanos». *Cit.*

el genérico derecho al trabajo sin sufrir discriminación, artículo que a su vez se despliega en una serie de derechos como el acceso al empleo, el derecho a disfrutar de condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, el derecho a obtener una remuneración, o los derechos sindicales. Por su parte el art. 24[1142] reconoce un derecho vinculado al del art. 23 y "que tiene que ver con una de las cuestiones mas de moda en el siglo XXI en el ámbito de las relaciones laborales: el derecho a la limitación del tiempo de trabajo para facilitar el descanso del trabajador y la posibilidad de disposición de tiempo libre para disfrutar de su condición de ser humano"[1143]. Para los autores, el tiempo de descanso al que parece referirse la DUDH tiene que ver con dos cuestiones: en primer lugar, con la limitación de la jornada de trabajo, para permitir que los individuos puedan satisfacer sus necesidades vitales, no sólo de sueño o de alimentación, sino también de relación interpersonal con la familia, amigos, tiempo de ocio, etc. En segundo lugar con la concesión de un tiempo adicional de descanso para permitir que los sujetos se recuperen tras los periodos de actividad prolongada y que se hace coincidir con el término "vacaciones". Así, los redactores de la DUDH deseaban vincular dicho tiempo adicional de descanso a una finalidad concreta: la posibilidad de desarrollo social del individuo. El hecho de que se aluda a "disfrute" hace pensar en una concepción finalista del mismo, relacionada con una concepción amplia de la seguridad y salud en el trabajo que se corresponde con la necesidad de que el trabajador/a disponga de tiempo de ocio o que pueda destinarlo a aspectos de su vida privada y de sociabilidad con otros individuos.

Inspirado en el art. 24 DUDH, encontramos en la CE el art. 40.2 CE, cuya redacción establece la obligación de los poderes públicos de fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales, la seguridad e higiene en el trabajo y el derecho al descanso. Como explican Sempere Navarro y Cano Galán[1144], los orígenes y fundamentos de este derecho laboral básico se sitúan en la necesidad de limitar la duración del trabajo, que tendrá una influencia determinante en la evolución

[1142] Este precepto alude a dos tipos de derechos: el derecho al descanso en cuanto que vinculado a la limitación de la duración del trabajo y conectado con las medidas de seguridad y salud que se deben garantizar en el ámbito laboral, y el derecho del trabajador a utilizar su tiempo de descanso de la forma que estime conveniente, y que se identifica en el precepto con el derecho "al disfrute del tiempo libre".

[1143] SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y CANO GALÁN, Yolanda, «La igualdad laboral en la Declaración Universal de Derechos Humanos». *Cit.*

[1144] Ibid.

histórica de la protección otorgada por el Derecho del Trabajo y de las políticas de igualdad que se han venido adoptado tanto en el ámbito comunitario como en el ámbito español, estando muy vinculadas, en este último supuesto, a la necesidad de protección de colectivos específicos de trabajadores como las mujeres y los niños. Y es que en la evolución histórica de los derechos sociales, la limitación de la duración del trabajo se ha relacionado con la limitación de la jornada laboral. "Desde los orígenes del Derecho del Trabajo de la época postindustrial, la limitación del tiempo de trabajo y su vinculación con la necesidad de tiempo de descanso por motivos de seguridad y salud en el trabajo, ha sido una de las ruedas motoras del avance de los derechos sociales en todo el planeta"[1145].

Podemos afirmar que en el siglo XXI, la nueva rueda motora es la pugna por la capacidad de decisión sobre la adaptación y distribución de jornada de trabajo, que obviamente tiene que ver con las diversas necesidades de los trabajadores/as de conciliar su vida personal y laboral, de ahí que el derecho a conciliar sea el derecho al descanso del siglo XXI igualmente conectado con el desarrollo social del individuo.

La STC 192/2003, de 27 de octubre aborda la consideración del derecho a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad reconocido en el art. 10.1 CE cuando se invade el terreno personal del trabajador, en este caso limitándose la disposición del tiempo libre que éste empleó en sus vacaciones anuales retribuidas para trabajar para otra empresa, realizando una muy interesante interpretación de la concepción del tiempo libre del trabajador/a. Así, el TC considera que no se puede concebir éste como un tiempo de descanso, en cierto modo a disponibilidad del empresario/a, con la finalidad única de la recuperación de las energías para encontrarse en plenas condiciones concluido el período vacacional. Esta concepción no resultaría en modo alguno acorde ni con el ordenamiento jurídico laboral, ni sobre todo, con la primacía de la libertad de la persona y el respeto a su vida privada que la Constitución garantiza. Ello equivaldría a desconocer la dignidad personal del trabajador, entendida como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, así como el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). Esta dignidad proyectada sobre los derechos individuales, implica que ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la

[1145] Ibid.

situación en que la persona se encuentre, constituyendo un *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona[1146].

Consideramos que este derecho al descanso del art. 40.2 CE debe desarrollarse y complementarse hoy día con la garantía por parte de los poderes públicos, no sólo de la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados, sino a través de políticas de conciliación que permitan, a mujeres y hombres trabajadores, poder compatibilizar y disfrutar efectivamente de ambas esferas de sus vidas, como garantía final de su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad. Como ha afirmado Trillo Párraga, esta línea jurisprudencial apunta en dirección que puede repercutir positivamente en materia de conciliación, más allá de la relación entre familia y trabajo[1147]. Así pues, resulta indudable encontrar el germen del derecho a conciliar la vida personal y laboral en el reconocimiento tanto internacional como constitucional del derecho al trabajo y su contenido esencial, concretamente en una evolución del derecho al descanso, entendido no solo como recuperación para el trabajo, sino, insistimos, en su vertiente de desarrollo social. A estas alturas no puede cuestionarse el hecho de que las políticas de conciliación son un elemento imprescindible para llevar a cabo dicha garantía[1148]. Ello pasa por la articulación a nivel interno de los Estados de toda una serie de derechos de conciliación que, como decimos, posibiliten compatibilizar las diferentes esferas de sus vidas sin sufrir discriminación por ello y, en este sentido, dichas medidas deben, sobre todo, combatir los estereotipos de género puesto que éstos son la fuente de la discriminación sexo/género en el trabajo. Así se reconoce en el plan de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres 2014-2016, al señalar que una de las causas que explican la menor participación laboral de las mujeres está asociada a su mayor dificultad para lograr la conciliación entre la

[1146] SSTC 120/1990, de 27 de junio, F. 4, y 57/1994, de 28 de febrero, F. 3 A).

[1147] TRILLO PÁRRAGA, Francisco J., «Las dos direcciones de la flexibilización del tiempo de trabajo», pp. 693.

[1148] Así lo ha reconocido también nuestro legislador interno tanto en la Ley 39/1999 como más directamente en la LOI 3/2007.

vida personal, familiar y laboral, dado que en ellas siguen recayendo la mayor parte de las responsabilidades domésticas y de cuidado[1149].

En definitiva, para garantizar plenamente este derecho al trabajo sin discriminación de mujeres y hombres a través de los DCPL, tal y como estudiamos en el capítulo tercero, se requiere:

- En primer lugar, la aplicación del enfoque de la corresponsabilidad que ha de materializarse en la configuración de los permisos parentales para ambos progenitores iguales e intransferibles.

- El fomento de derechos de conciliación presenciales, como el derecho de adaptación horaria (art. 34.8 ET), o la reducción de la jornada máxima legal de trabajo[1150] es decir, medidas que posibiliten realmente compatibilizar ambas esferas y no priven a la persona de parte de su salario[1151].

- El desarrollo de otros aspectos de la conciliación de la vida personal y laboral, más allá del cuidado de hijos, desvinculando la conciliación de la idea principal de que se trata únicamente de derechos femeninos para el cuidado de menores.

Abundando en la relación existente entre los derechos de conciliación y el derecho al trabajo hay que señalar, como apuntábamos al comienzo, que uno de los principales propósitos hacia los que se han dirigido las políticas de conciliación en el ámbito comunitario ha sido el fomento del empleo, principalmente el femenino. Como ya vimos en el capítulo I, y siguiendo a Ballester Pastor[1152], en el seno de la Unión Europea, durante el periodo comprendido entre mediados de los 90 y hasta mediados de los 2000, las políticas de conciliación en Europa pasan a ser básicamente medidas para potenciar la flexibilidad laboral dirigidas a incrementar la productividad y la competitividad de las empresas, lo que encuentra su reflejo tanto en la formulación de las Directivas de permisos parentales 1996/34 y de tiempo parcial 1997/81, como en el

[1149] Estos hechos se pueden ver acentuados por dificultades para acceder, en ocasiones, a servicios de atención a menores y otras personas dependientes, lo que influye en la decisión sobre la elección de la trayectoria profesional, en un mayor uso de los contratos a tiempo parcial y en interrupciones más frecuentes de la carrera profesional.

[1150] Es una de las medidas que propone PAZOS MORÁN, María, *Desiguales por ley: las políticas públicas contra la igualdad de género. Cit.*

[1151] Debemos seguir insistiendo en que en las unidades familiares heterosexuales, es la mujer la que mayoritariamente acaba por reducir su jornada para conciliar con la subsiguiente renuncia a su salario y cotizaciones, o solicitar una excedencia lo que conlleva su alejamiento del mercado de trabajo.

[1152] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea», *Cit.*, pp. 17-49.

soft law, por ejemplo, en el Libro Blanco de la Comisión Europea de 1993 y en el Libro Verde de la Comisión Europea de 1997. Pese a que en principio, este objetivo podría considerarse legítimo, la desconexión en estos documentos comunitarios entre la formulación de las políticas de empleo y las políticas antidiscriminatorias por razón de género acaba por tener como consecuencia la intensificación de la marginalización del trabajo femenino y el endurecimiento de la discriminación. A la misma vez, es un hecho indiscutido que la incorporación de la mujer al mundo del trabajo, a la vez que ha continuado asumiendo en exclusiva las tareas de cuidado, ha provocado que ésta se enfrente a mayores dificultades para compatibilizar ambas realidades. Es evidente y relevante, por tanto, la dimensión de las políticas de conciliación en el empleo, si bien deben conjugarse siempre teniendo presente la perspectiva principal de género[1153]. Durante mucho tiempo las medidas de conciliación tradicionales han consistido, bien en alejar a la mujer de su entorno laboral concediéndole más tiempo de permiso para que continúe responsabilizándose del cuidado, bien a través del recurso al empleo a tiempo parcial. Por lo tanto, los objetivos de empleo femenino que se pretenden conseguir manteniendo a la vez una vida personal y familiar requieren de un nuevo "contrato social" que integre la "corresponsabilidad" como uno de sus ejes transversales integrando a toda la sociedad en esas cuestiones. Se necesitan por tanto, de acuerdo con Rodríguez Rodríguez, mecanismos y formulas que impongan las mismas obligaciones personales y familiares a los hombres y a las mujeres de manera que ambos tengan idénticas condiciones de empleo y laboralidad. Se trata de que el género deje de ser un obstáculo para el empleo femenino y la compatibilidad con la vida privada, es decir, que se consiga realmente una igualdad efectiva entre los géneros.

Además del enfoque imprescindible de la corresponsabilidad es necesario, como decimos, el reforzamiento tanto legal como convencional de los derechos de conciliación presenciales -que se traducen en el derecho a conservar el trabajo sin tener que abandonarlo total o parcialmente para ejercer responsabilidades familiares o cuestiones personales de relevancia constitucional-, permitiendo que la persona trabajadora pueda seguir desarrollando plenamente su trabajo. En este sentido, como afirma Pérez del Rio: “es necesario resaltar que los derechos de conciliación más efectivos son los compatibles con el trabajo, no los que apartan del mismo y menos

[1153] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma, «La relación entre las medidas de conciliación y el empleo». *Cit.*

cuando su duración es larga, aunque se garantice la reserva del puesto de trabajo ya que producen sin duda una pérdida de profesionalidad y el consiguiente riesgo de pérdida de empleo a medio plazo"[1154].

Podemos concluir este apartado reiterando la fuerte relación existente entre el derecho al trabajo y los derechos de conciliación, conexión que debe reforzarse desde el desarrollo de los DCPL de segunda generación con el fin último de garantizar el derecho al trabajo y su contenido reconocido tanto internacionalmente como a nivel interno en nuestra CE, haciendo de éste una realidad. A este respecto es importante destacar la idea sutilmente apuntada por Sempere Navarro y Cano Galán[1155] de que en el siglo XXI se hacen necesarios nuevos derechos básicos en las relaciones laborales, de forma que el derecho a conciliar la vida personal y laboral se presenta, por un lado, como una suerte de evolución del tradicional derecho al descanso -que permita a los trabajadores/as no sólo tener una vida más allá del puesto de trabajo, sino que ambas vidas, la personal y la laboral puedan ser satisfactorias y compatibles-, y por otro, como una manifestación del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo/género en las relaciones laborales.

En definitiva, el derecho a la conciliación aparece como un esencial elemento configurador del derecho al trabajo tal como viene siendo concebido en la sociedad contemporánea en lo que se refiere a factores tales como el tiempo de trabajo, el descanso, y la compatibilidad entre la actividad laboraly las distintas facetas de la vida personal.

3.7. La relación con el derecho a la protección de la salud (arts. 15, 40.2 y 43.1 CE)

Las dificultades de los trabajadores/as a la hora de conciliar su vida personal con el trabajo, derivada en ocasiones de la realización de largas jornadas laborales, de

[1154] PÉREZ DEL RIO, Teresa, «La normativa interna sobre derechos de conciliación: la corresponsabilidad». *Cit.* pp. 57.

[1155] SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y CANO GALÁN, Yolanda, «La igualdad laboral en la Declaración Universal de Derechos Humanos». *Cit.*

horarios de trabajo rígidos, jornadas partidas que no coinciden con los horarios escolares o con otra serie de necesidades personales, acaban siendo objeto de numerosas patologías motivadas por el estrés, la ansiedad, y otros trastornos físicos y psicológicos que en la actualidad comienzan a contemplarse como un riesgo psicosocial emergente que la empresa debe tener en cuenta para garantizar la salud laboral de los trabajadores/as. Por ello, una adecuada política de conciliación en la empresa se hace necesaria para contribuir a la protección de la salud de estos/as.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido la salud como un estado completo de bienestar físico, mental y social de la persona. Esta definición es el resultado de una evolución conceptual, ya que surgió en reemplazo de una noción tradicional que presumía que la salud era, simplemente, la ausencia de enfermedades biológicas. A partir de la década de los cincuenta, la OMS revisó esa definición y finalmente la reemplazó por esta nueva, en la que la noción de bienestar humano trasciende lo meramente físico[1156].

En el estudio relativo al derecho internacional hemos visto reflejada esta perspectiva amplia. La CSE revisada, en sus arts. 11 y 13, adopta una concepción no sólo en su vertiente médica, debiendo las Partes actuar eliminando en lo posible las causas de una salud deficiente. Así, la tutela de la salud de los trabajadores/as se manifiesta también en el sentido de que estos puedan desarrollarse plenamente en todas las facetas de su vida, por ejemplo, sin sufrir el estrés que habitualmente acaba provocando la realización de la doble jornada en la mayoría de mujeres trabajadoras. Del mismo modo, el Convenio OIT nº 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores define el concepto salud en relación con el trabajo, considerando ésta no sólo como la ausencia de afecciones o de enfermedad, sino también con los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y que están directamente relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo. Algunos de los textos analizados hacen mención expresa a la salud de la mujer trabajadora en relación con la maternidad, concretamente los Convenios OIT nº 103 y nº 189 para la protección de la maternidad, donde se previene la exposición a riesgos de seguridad y salud durante el embarazo y la lactancia, o la DUDH que, en su art. 25, reconoce el derecho a la salud y bienestar, considerando la

[1156] Fuente disponible en: http://concepto.de/salud-segun-la-oms/#ixzz4AitnZuSi. Consultado: 05-01-2016.

maternidad y la infancia con derecho a cuidados y asistencia especiales. Del mismo modo, la CEDAW incluye el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo de la mujer, incluyendo la salvaguardia de la función de reproducción.

Como explica León Alonso[1157], la CE recoge esta idea amplia del concepto de la salud, lo que permite su actualización a medida que, por un lado, avanza el estado de la ciencia y, por otro, se reinterpretan los conceptos de vida, integridad personal y dignidad humana. En primer lugar, como una libertad individual en conexión con el derecho a la vida y con el derecho a la integridad personal, art. 15 CE. Por otra parte, en lo que atañe a la vertiente prestacional del derecho a la protección de la salud, art. 43 CE. Hay que tener en cuenta que, como afirman Álvarez Conde y Tur Ausina[1158], se trata de un derecho que obliga, no a la obtención directa de determinadas prestaciones, sino a que los poderes públicos actúen en un sentido determinado. De este modo, el propio precepto constitucional se refiere a la organización de la salud pública a través de las medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios, así como el fomento de la educación sanitaria, física y el deporte, facilitando la adecuada utilización del ocio. Al mismo tiempo la CE, en su art. 40.2 ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo de los trabajadores/as, garantizando el descanso necesario. Por último, la CE también se encarga de proteger la salud de grupos de ciudadanos/as cuyas características especiales los hacen más vulnerables y por tanto merecedores de una tutela reforzada, son los y las menores, discapacitados/as y personas de la denominada tercera edad, arts. 39, 49 y 50 CE. En cuanto a las instituciones que a través de sus servicios y prestaciones amparan la salud de la ciudadanía, el art. 41 CE reconoce un sistema de Seguridad Social y el art. 43.2 CE, el Sistema Nacional de Salud.

La doctrina del TC expresada en la STC 62/2007, de 27 de marzo, ha reafirmado la dimensión constitucional del derecho a la protección de la salud confiriéndole el mayor grado de tutela y quedando integrado en el contenido de un derecho fundamental merecedor de la máxima protección constitucional, el derecho a la integridad personal del art. 15 CE. En este sentido, dice el TC: ″el derecho a que no se dañe o perjudique la

[1157] LEON ALONSO, Marta, «Género y salud», En *Estudios Interdisciplinares sobre Igualdad* (Dirs. Álvarez Conde, Enrique, Figueruelo Burrieza, Ángela, Nuño Gomez, Laura, Coord. Cancio Álvarez, Mª Dolores) (Madrid: Iustel, 2011), pp. 668-684.

[1158] ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario, *Derecho Constitucional. Cit*. pp. 468.

salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal" y "si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma", se precisa que "una determinada actuación u omisión de la empleadora" en aplicación de sus facultades de dirección y control de la actividad laboral "podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado". Y así se concluye que "tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado *ad causam*, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta". Esta doctrina es semejante a la STC 3/2007 que ha venido a conectar el art. 39 CE con el art. 14 CE.

Reconocido explícitamente el derecho a la protección de la salud como manifestación del derecho fundamental a la integridad física, a su vez directamente conectado con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, resulta claro que cualquier acto de ejercicio de este derecho, como lo es, por ejemplo, el de recuperar la salud mediante el correspondiente tratamiento médico, no puede originar una consecuencia perjudicial. El trabajador/a que ejercita su derecho a recuperar su salud, no puede sufrir por parte del empresario/a un acto de represalia manifestado en el despido, pues mal se haría efectivo el derecho a preservar y recuperar la salud y la integridad física del trabajador/a enfermo si no se acompañase de algún tipo de garantía frente a cualesquiera actitudes de represalia que pudiera adoptar la empresa. Como afirma Monereo Pérez[1159], la protección de la salud se configura como un derecho social fundamental de carácter primario vinculado al derecho a la vida y a la dignidad de la persona situándola en el centro de su atención. Su formulación universalista, reconocida en la normativa internacional, general y europea es coherente con la elevación del reconocimiento de la "persona" en los textos de valor y rango fundamental. Se trata de un derecho inclusivo e indispensable para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, e impone a los poderes públicos la obligación de que, en vía jurídica y política, garanticen efectivamente los servicios, prestaciones y cuidados exigidos para

[1159] MONEREO PÉREZ, José Luis, «La salud como derecho humano fundamental», *Relaciones Laborales*, n.º 9, Sección Doctrina, Año 30, tomo 1, Editorial La Ley, septiembre de 2014.

su satisfacción plena. Desde esta finalidad última del derecho a la salud como garantía del libre desarrollo de la personalidad no podemos dejar de mencionar también otros aspectos relacionados con el derecho a la protección de la salud de los trabajadores/as, en el sentido de la conservación y mejora de la misma como pueden ser los tratamientos de fisioterapia para la rehabilitación física o la práctica habitual del deporte, y que consideramos deben quedar también comprendidos dentro del derecho de protección de la salud. Así, cabe destacar en este sentido una medida de conciliación introducida por la Administración General del Estado en su Resolución de 25 de noviembre de 2015, y en vigor a partir del 11 de diciembre de 2015, por la que los empleados/as públicos podrán flexibilizar su jornada de trabajo, adaptando progresivamente su jornada tras un tratamiento de radioterapia, quimioterapia u otros de especial gravedad con el objetivo de lograr la plena recuperación funcional de la persona o evitar situaciones de especial dificultad o penosidad en el desempeño de su trabajo[1160].

En el ámbito de las relaciones laborales encontramos un derecho constitucional de especial trascendencia en cuanto a su conexión con el derecho a conciliar la vida personal y laboral y la protección de la salud. Se trata del derecho al descanso, reconocido tanto en el plano constitucional, art. 40.2 CE, como también en el derecho internacional, art. 24 DUDH. Ya hemos abordado esta relación en el apartado dedicado al derecho al trabajo y su conexión con los derechos de conciliación. Basta ahora indicar que, como sostienen Sempere Navarro y Cano Galán, el reconocimiento que de este derecho hace la DUDH "se vincula con una concepción amplia de la seguridad y salud en el trabajo que se corresponde con la necesidad de que el trabajador/a disponga de tiempo de ocio o que pueda destinar a aspectos de su vida privada y de sociabilidad con otros individuos"[1161].

[1160] Puede extenderse hasta un mes desde el alta médica y podrá afectar hasta un 25% de la duración de la jornada diaria, preferentemente en la parte flexible de la misma, considerándose como tiempo de trabajo efectivo . La solicitud debe ir acompañada de la documentación que aporte el interesado para acreditar la existencia de esta situación, y la Administración debe resolver sobre la misma en un plazo de tres días, sin perjuicio de que, para comprobar la procedencia de esta adaptación, la Administración puede recabar los informes del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales o de cualesquiera otros órganos que considere oportuno sobre el tratamiento recibido o las actividades de rehabilitación que le hayan sido prescritas.
El plazo al que se refiere el párrafo anterior podrá ampliarse en un mes más cuando el empleado público justifique la persistencia en su estado de salud de las circunstancias derivadas del tratamiento de radioterapia o quimioterapia.
Con carácter excepcional, y en los mismos términos indicados, esta adaptación de jornada podrá solicitarse en procesos de recuperación de otros tratamientos de especial gravedad, debiendo en este supuesto analizarse las circunstancias concurrentes en cada caso.

[1161] SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y CANO GALÁN, Yolanda, «La igualdad laboral en la Declaración Universal de Derechos Humanos». *Cit.*

No obstante la conexión entre la conciliación, la protección de la salud y la prohibición de discriminación por razón de sexo/género tiene un mayor recorrido en el caso de la mujer trabajadora. Así, encontramos la primera vinculación entre el derecho a conciliar y la protección de la salud en la tutela de la maternidad que ha sido objeto de preocupación por el Derecho del Trabajo desde sus mismos orígenes, partiendo de una perspectiva clásica de la protección de la salud de la trabajadora. En el ámbito internacional, como hemos visto, la tutela de la maternidad[1162] se encuentra presente en todos los tratados internacionales sobre derechos humanos, estando directamente relacionada tanto con la referida protección de la salud de la trabajadora como con la prohibición de discriminación por razón de sexo/género en el empleo[1163].

Y es que la tutela de la salud de la mujer trabajadora tiene también una vertiente antidiscriminatoria que se ha encargado de recordar el TC. Así, de acuerdo con la STC 75/2011, de 19 de mayo, "la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también persigue evitar en el marco del contrato de trabajo las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzar, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora, al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado" (FJ 7). Y es que, en palabras de Fernández Prieto[1164], la maternidad debe ser protegida y regulada con una perspectiva moderna en clave de conciliación y corresponsabilidad, aunque siempre sin desatender la seguridad y salud de la trabajadora, impuesta además por las normas comunitarias.

[1162] (Convenios OIT nº 103 y nº 183, CSE art.8, DUDE art. 25, CEDAW arts. 4 y 5 Conferencia de Pekín preámbulo).

[1163] Así, recogiendo un resumen de los diferentes textos, los objetivos de la protección de la maternidad serían:
-la protección de la salud de la mujer trabajadora embarazada y lactante,
-salvaguardar la igualdad efectiva de la mujer en el trabajo permitiendo que ésta pueda compatibilizar cuidado y trabajo durante los primeros meses y la lactancia garantizando para ello:
-retribución durante el permiso de maternidad
-reingreso al mismo puesto una vez finalizado el mismo
-nterrupción de la jornada para la lactancia
Tutela judicial en los casos de despido de la mujer embarazada o que haya dado a luz frente a las discriminaciones por razón de sexo/género trasladando la carga de la prueba al empleador.
-Reconocimiento de la maternidad como función social, que debe extenderse a la prestación de servicios sociales, en especial servicios de guardería, que permitan a los padres combinar sus responsabilidades familiares con el trabajo y participar en la vida pública.
-Establecimiento de medidas de acción positiva.

[1164] FERNÁNDEZ PRIETO, Marta, «Adopción del hijo biológico del cónyuge o pareja de hecho: ¿derecho a una prestación por maternidad?», *Revista de Derecho Social*, n.º 52 (2010).

En los últimos años, la relación entre la salud laboral y el género está siendo objeto de atención por la doctrina científica. Con carácter general la vigilancia de la salud se articula como un derecho del trabajador/a y como su correlativa obligación por parte de la empresa. Así se desprende de la formulación normativa genérica de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995, en adelante LPRL, art. 14, y de la específica referencia que, con relación a la vigilancia de la salud, se recoge en la LPRL art. 22. Ello a su vez es consecuente con la adecuada política de seguridad e higiene que establece el ET art. 4.2.d) junto con el propio reconocimiento constitucional del derecho a la protección de la salud. Rivas Vallejo[1165] ha analizado la conexión existente entre las nuevas enfermedades profesionales emergentes en los últimos tiempos, en las que aparece un factor común: el elemento psicológico y su relación con el género. Y es que existen riesgos laborales específicos de las mujeres trabajadoras como son el acoso sexual y por razón de sexo en el trabajo, los riesgos ligados a actividades feminizadas, o los derivados de otros factores de discriminación entre los que se encuentran explícitamente los de la realización de la doble jornada femenina, consecuencia del rol social de la mujer como cuidadora a la vez que trabajadora.

Sin embargo en la actualidad, la repercusión que tiene en la salud del trabajador/a la dificultad de conciliar ambas esferas y su consideración como riesgo psicosocial no se encuentra tratado en cuanto tal por la legislación en materia de prevención de riesgos laborales, si bien ya está comenzando a ser tenido en cuenta, al menos, por parte de la doctrina científica. En palabras de la autora, "es un hecho incontestable que las responsabilidades familiares incrementan los riesgos laborales al interactuar con ellos". Así, "los problemas de la vida privada junto con los laborales generan una sinergia negativa y una mayor predisposición al *burnout*" y, por lo tanto, no puede desvincularse uno y otro ámbito y no puede exigirse una única causalidad para considerar el descrito como un riesgo laboral"[1166]. Es por ello que, a la hora de evaluar los riesgos laborales de tipo psicosocial, el estrés se ha descubierto como una fuente de patologías mentales con una especial incidencia sobre las personas con responsabilidades familiares, constituyendo un factor de riesgo específico la asunción de dobles cargas que, al menos hasta el momento, está siendo realizadas principalmente

[1165] RIVAS VALLEJO, Mª Pilar, «Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* nº extra 74 (2008), pp. 227-286.

[1166] Ibid.

por parte de las mujeres, siendo aún más susceptibles de este riesgo aquellas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, como son las que conforman hogares monoparentales con hijos u otras personas dependientes a su cargo.

En el mismo sentido Ramos Quintana[1167] señala que la doble jornada constituye fuente de riesgos en el ámbito de la salud laboral, con la consiguiente posibilidad de enfermedades psicosomáticas. Del mismo modo, Rodríguez Bravo[1168] apunta directamente a las dificultades generadas en torno a prolongadas jornadas laborales, la falta de adaptación de la jornada de trabajo, el exceso de flexibilidad interna o la precariedad laboral como causas de numerosos conflictos que acaban ocasionando un deterioro de la salud de aquellas personas que tienen mayores requerimientos para conciliar ambas esferas, considerándolo un riesgo de naturaleza psicosocial que sería encuadrable dentro del estrés laboral, si bien hasta la fecha ni la normativa de prevención de riesgos laborales ni los convenios colectivos han atendido suficientemente a las dificultades de conciliar vida personal con vida laboral como causa directa e indirecta de problemas en la salud mediante una cobertura legal adecuada más allá del embarazo o la lactancia, únicos aspectos donde sí se ha prestado, como decimos, importancia a la protección de la salud de la mujer trabajadora. Se trata por tanto, como sostiene Rivas Vallejo[1169], de un riesgo a prevenir que obliga por lo tanto a su consideración dentro de una adecuada política de conciliación de la vida familiar y laboral, no sólo desde el punto de vista de los derechos de los trabajadores/as, sino desde una perspectiva prevencionista, y de política sanitaria. Un paso adelante en este sentido ha sido la STS, Sala Cuarta de lo Social, de 16 de febrero de 2016, Rec. nº 737/2014, que ha declarado la obligación de llevar a cabo la identificación de los riesgos psicosociales en los centros de trabajo.

Podemos concluir este apartado con la idea de que, para que el derecho constitucional a la protección de la salud en el ámbito del trabajo sea un derecho efectivo, la conciliación de la vida personal y laboral se constituye como presupuesto necesario. En el plano ordinario, insistimos en medidas como el derecho a la adaptación y distribución de la jornada que ayudarían a disminuir la situación de estrés que en

[1167] RAMOS QUINTANA, Margarita, *Salud en el trabajo y riesgos laborales emergentes* (Albacete: Bomarzo, 2014). pp. 15.

[1168] RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, Juan José, *Dimensiones jurídico-laborales del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral*. pp. 183.

[1169] RIVAS VALLEJO, Mª Pilar, «Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral». *Cit.*

muchas ocasiones deriva del cumplimiento de un horario rígido que no se adapta a las numerosas obligaciones diarias de la vida de las personas; asimismo el fomento de la corresponsabilidad en los permisos parentales contribuiría a un reparto equitativo en el cuidado de mujeres y hombres que cuestionaría el exclusivo papel asignado hasta el momento a la mujer. Pero de nuevo debemos hacer hincapié, dentro de nuestra defensa de una perspectiva amplia y transformadora del derecho a la conciliación, en aquellos supuestos no previstos por la normativa legal o convencional y que son inequívoca manifestación del derecho a la protección de la salud configurado tal y como hemos visto. Pensemos en un trabajador/a que a causa de las exigencias profesionales soporta una importante carga de estrés que le provoca situaciones de ansiedad y otras alteraciones psicológicas. La normativa le permitiría acudir a los servicios médicos y recibir los tratamientos estandarizados que allí se le prescribiesen, normalmente farmacológicos o en su caso consistentes en sesiones de psicoterapia. Pero como ocurre en muchos de estos casos, si una posible solución se encontrase en la práctica deportiva con habitualidad, es claro que la protección de su salud por esta vía no estaría garantizada cuando sus horarios de trabajo, necesidades de desplazamiento, otras responsabilidades familiares, etc., le imposibilitasen en la práctica disponer de ese tiempo necesario. Ha de quedar claro, no obstante, y al igual que en el resto de derechos conectados con la conciliación que estamos tratando, que la vinculación entre la medida de DCPL solicitada y aquellos ha de ser cierta y relevante.

3.8. La relación con el derecho a la formación (arts. 27, 35.1 y 40.2 CE)

El derecho a la formación de los trabajadores/as, en cualquiera de sus vertientes, es otro derecho constitucional que debe articularse a través de medidas de conciliación que permitan compatibilizar ambos aspectos.

En el análisis que hemos realizado del derecho internacional, la formación y promoción en el trabajo se define como una de las medidas para proporcionar seguridad a las personas trabajadoras en su trayectoria profesional, y forma parte de los grandes objetivos de la política social de la Unión Europea. Concretamente vimos que el Convenio OIT nº 140 reconoce una licencia pagada de estudios prohibiendo la discriminación en su concesión y estableciendo además la necesidad de disposiciones

especiales para los trabajadores que tengan dificultad para ajustarse al sistema general, como son los trabajadores/as con responsabilidades familiares. También recogen el derecho a la formación profesional permanente la CSE art. 10, la CEDAW, art. 11, la CDSFT art. 15 y la CDFU art. 14. Por su parte tanto la DUDH, art. 26, como el PIDESC, art. 13, incluyen el derecho a la educación.

No cabe duda de que la formación profesional, y en consecuencia el derecho a promocionar a través del trabajo, son factores fundamentales tanto de la educación de las personas como de sus aspiraciones profesionales y de sus expectativas de mejora en las condiciones de vida y trabajo. Asimismo las necesidades educativas pueden responder a otra diversidad de propósitos de carácter más personal y no directamente vinculados a la productividad dentro de la empresa. En todo caso, esta formación puede llevarse a cabo en distintas fases de sus vidas, si bien nos interesa centrarnos aquí en aquella que tiene lugar durante la prestación de servicios, bien para completar su formación u obtener titulaciones suplementarias, bien para mantener o actualizar conocimientos. Cada vez resulta más recomendable que la formación profesional se mantenga a lo largo de la vida laboral de las personas trabajadoras por diferentes motivos: avance de las tecnologías, exigencias de seguridad y calidad en los productos, la transformación constante del sistema productivo, la complejidad del trabajo, etc. Esta formación del trabajador/a con fines de mejora, perfeccionamiento, especialización, ampliación de conocimientos, no sólo va a favorecer su promoción profesional, sino también va a garantizar su mantenimiento en el empleo, además de la importancia que supone para la empresa asegurar su competitividad y adaptabilidad a las exigencias del mercado, por ello es frecuente que la formación profesional conviva con el trabajo. Al mismo tiempo la globalización y las nuevas tecnologías permiten acceder a la ciudadanía a un mundo de posibilidades formativas que supera las barreras estrictamente físicas con las que se entendía en otros tiempos, y a su vez, ofrece una multiplicidad de temas de interés que provocan una demanda educativa creciente en ámbitos que ya no se ciñen a la profesión concreta que se está desarrollando. Resulta evidente que, cuando se prestan servicios en el marco de una relación laboral, la formación requiere articular mecanismos para conciliar el trabajo y la actividad formativa. Como afirma García Miguélez, “el mundo educativo y el tejido productivo deben ir unidos, pues el primero resulta ser un instrumento imprescindible, a la vez que de indudable carácter estratégico, tanto para la inserción laboral y el progreso profesional de los trabajadores como para mejorar la competitividad de las empresas en

un mercado globalizado y, por supuesto, exento de perjuicios de género y presidido por un modelo social de igualdad de oportunidades"[1170]. Es por ello que el derecho a la formación se constituye en otro de los aspectos fundamentales o de contenido esencial del derecho a la conciliación de la vida personal y laboral de las personas trabajadoras.

Dentro del marco constitucional el derecho a la formación se reconoce en primer lugar en el art. 27 CE -derecho a la educación-, que tiene un componente de gran relevancia cual es la formación profesional en su doble vertiente individual y pública. Como sostiene Apilluelo Martín[1171] el derecho a la educación es también el derecho a la formación profesional, porque ambos son complementarios. Todos tienen derecho a la formación profesional implícita en el derecho a la educación del art. 27 CE como vía más directa de acceso al empleo, y el art. 40.2 CE ordena a los poderes públicos "fomentar una política que garantice la formación y la readaptación profesional". Por su parte, el art. 35.1 CE reconoce el derecho a la promoción a través del trabajo siendo la formación presupuesto necesario para la misma. La implantación de los tres preceptos constitucionales conduce inmediatamente a la conclusión de que "los destinatarios del precepto son tanto aquellas personas que se preparan para el ejercicio de una actividad profesional como quienes ejerciéndola pretenden cambiar de profesión o adquirir o adecuar sus conocimientos a las exigencias de la evolución del sistema productivo"[1172], a lo que nosotros añadiríamos que tal adquisición de conocimientos no debe guardar una relación necesariamente directa con el factor productividad. Los poderes públicos son los otros destinatarios que deberán fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales a través de la creación de centros públicos para la formación de los trabajadores/as en activo o desempleados/as. Cabe destacar al respecto que, a partir de las reformas laborales iniciadas principalmente en 2012, se hace notar este impulso por parte de los poderes públicos siguiendo directrices de la Unión Europea.

No obstante, el derecho a la formación conecta a su vez con previsiones constitucionales relativas a derechos fundamentales básicos del trabajador/a como son:

[1170] GARCÍA MIGUÉLEZ, María Purificación, «La formación profesional: pieza clave para la conciliación laboral y familiar», en *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo* (Dirs. Fernández Prieto, Marta y Cabeza Pereiro, Jaime), (Albacete: Bomarzo, 2012), pp. 93-113.

[1171] APILLUELO MARTIN, Margarita, «Derechos de formación profesional para el empleo. A propósito del RD-Ley 4/2015, de 22 de marzo», *Revista de Derecho Social* n.º 72 (diciembre de 2015), pp. 81-96.

[1172] Ibid.

-El derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, art. 10.1 CE. El art. 27.2 CE establece: "la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales". Así lo ha confirmado el TC en su STC 77/1985, de 27 de junio, cuando afirma que la educación en un sistema democrático ha de ir encaminada al pleno desarrollo de la personalidad del alumnado, lo que de por sí, insistimos, pone de manifiesto que no es imprescindible la vinculación entre educación y productividad empresarial.

-El derecho a la igualdad real y efectiva, art. 9.2 y 14 CE. En cuanto a su relación con el principio de igualdad y no discriminación, la formación debe ajustarse a las exigencias derivadas de estos mandatos constitucionales, el art. 9.2 contiene entre sus objetivos la formación profesional, ya que contribuye sin duda a que los ciudadanos/as participen en la vida política, económica, cultural y social[1173]. En este sentido, tal y como ha señalado la STC 66/2014, de 5 de mayo, el derecho a la formación profesional no puede verse perjudicado por razón de la maternidad de la mujer trabajadora, de manera que corresponde a la empresa ofrecer medidas alternativas razonables a su situación específica que neutralicen la posible vulneración del principio de no discriminación. Y es que el contenido esencial de la cláusula de no discriminación del derecho fundamental reconocido en el art. 14 CE exigía al órgano administrativo adoptar medidas o fórmulas más flexibles que impidiesen que la maternidad fuese un obstáculo para el acceso al empleo público, a la promoción y a la formación profesional de las mujeres. Como ha destacado García Miguélez, la formación puede sin duda jugar un papel fundamental para combatir la histórica discriminación de las mujeres "permitiéndoles adquirir las competencias y cualificaciones necesarias para acceder al mundo laboral en las mejores condiciones, así como alcanzar el deseado equilibro que les permita conciliar las cargas del trabajo y la familia"[1174].

Así pues, el derecho a la formación es otra de las facetas de la conciliación de la vida personal y laboral. Su configuración constitucional reforzaría sin duda aquellos

[1173] Además así se establece también en la LOI 3/2007 o el RDleg. 1/2013, de 29 noviembre, Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social.

[1174] GARCIA MIGUÉLEZ, María Purificación, «La formación profesional: pieza clave para la conciliación laboral y familiar». *Cit.*

casos, como el analizado en la STC 129/1989, de 17 julio[1175], en los que la ausencia de una regulación legal de los derechos que la CE garantiza al trabajador/a acaba dejando el derecho muchas veces en manos de la mera voluntad discrecional de la empresa.

3.9. La relación con el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art.16 CE)

Enlazando con el apartado anterior, y según hemos analizado en el capítulo segundo, los trabajadores/as no abandonan sus derechos constitucionales como ciudadanos/as a las puertas de la empresa, es por ello que se necesitan articular no sólo unas reglas de aplicación en la colisión entre derechos (trabajador/a/empresa), sino también medidas que faciliten la compatibilidad entre sus derechos fundamentales inespecíficos y el trabajo.

El art. 16 CE reconoce el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto, así como el derecho de la persona a no declarar sobre su ideología, religión o creencias, derecho que se relaciona directament, al igual que el resto de los analizados hasta ahora, con la dignidad e intimidad de la persona[1176]. Por su parte, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, en desarrollo del art. 16 CE, establece en su art. 2: "Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley. No podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad o el desempeño de cargos o funciones públicas". La libertad religiosa y de culto cuenta con restricciones, así el art. 3 parece configurar como límite: "la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y

[1175] En este caso, la dirección hospitalaria no ha tratado de limitar, impedir o prohibir que los dos empleados demandantes sigan realizando sus estudios, sino que únicamente les ha negado, lo que de suyo era materia de concesión discrecional, las ventajas de gozar del beneficio particular de un turno fijo de noche: en virtud del art. 27 de la CE no puede imponerse al empresario o empleador la obligación de satisfacer de forma incondicionada la pretendida compatibilidad de la asistencia a clases del trabajador.

[1176] El concepto de religión incluye la fe organizada y estructurada, como la Católica Romana, la Protestante, el Islam, la Hindú, el Budismo, el Judaísmo y las distintas sectas, subdivisiones y denominaciones incluidas en las más amplias (como la Ortodoxa, los Santos de los Últimos Días, la episcopal, etc.), aunque no son tan claros otros casos como por ejemplo, el supuesto de la Cienciología, que en algunos países (Alemania, Inglaterra) no ha sido reconocida como religión por los tribunales de justicia, mientras en Francia y en Estados Unidos sí se le ha otorgado dicha condición. Disponible en: https://aflabor.wordpress.com/2013/03/26/religion-y-trabajo-i-el-caso-del-policia-que-no-queria-ir-de-procesion/. Consultado el 16-05-2016.
Existe un registro de Entidades Religiosas que puede consultarse en el Ministerio de Justicia: http://maper.mjusticia.gob.es/Maper/RER.action.

derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática".

Como hemos visto en el derecho internacional, el derecho a la libertad religiosa se reconoce principalmente en su dimensión negativa de prohibición de discriminación: Convenio OIT nº 111, DUDH art.7, o CDFU art. 21, y mas concretamente en el art. 18 del PIDCP de 1966 en su vertiente pasiva de prohibición de medidas coercitivas para el menoscabo de su ejercicio durante la prestación laboral. No está desarrollado sin embargo dicho derecho en su vertiente activa, que, en el marco de la relación laboral, facilitaría exigir a la empresa determinadas adaptaciones que asegurasen el respeto a la libertad religiosa o ideológica de sus trabajadores/as. No obstante, como afirma Souto Galván, en el ámbito internacional "la libertad de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción es particularmente importante ya que permite a los creyentes celebrar una serie de ceremonias y tradiciones religiosas que a menudo tienen connotaciones espirituales"[1177]. En este sentido la autora destaca como la Relatora Especial de la ONU ha tomado nota de ejemplos positivos de legislación adoptada para reconocer las fiestas religiosas de varias comunidades y garantizar el derecho a la objeción de conciencia por motivo de las propias convicciones.

Por su parte, el TC en su doctrina ha ido configurando el contenido esencial de este derecho y así, en las STC 128/2001, de 4 de junio y STC 46/2001, de 15 de febrero han establecido que: "El art. 16.1 CE garantiza la libertad religiosa y de culto "de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley". Este reconocimiento supone "un ámbito de libertad con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales". Del mismo modo, en su STC 19/1985, de 13 de febrero, el Tribunal ha indicado que la libertad religiosa "garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual", y asimismo, la facultad de cada ciudadano/a "para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros".

[1177] SOUTO GALVÁN, Esther, «Igualdad y no discriminación por razón de religión», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 11 (1er semestre de 2008): pp. 201-245.

Centrándonos en el ámbito del trabajo, el ET en su art. 4.2 prohíbe la discriminación en el trabajo por motivos religiosos o convicciones. Sin embargo, más allá de ello, el ordenamiento jurídico laboral español no contempla normas o mecanismos específicos para compatibilizar el ejercicio de ese derecho con las obligaciones laborales. Como afirma Rodríguez Cardo[1178], los acuerdos celebrados entre el Estado Español con las distintas confesiones religiosas en 1992, habrían sido en ese sentido los instrumentos más adecuados para propiciar un reconocimiento efectivo de la libertad religiosa en su vertiente activa, pero en realidad no cumplen ese propósito[1179]. Así, los tres Acuerdos reconocen el derecho a solicitar un cambio de día en los exámenes, oposiciones o pruebas selectivas convocadas para el ingreso en las Administraciones Públicas que hayan de celebrarse en uno de los días de descanso o festivos por motivos religiosos, pero admiten que la solicitud puede ser denegada cuando una causa motivada lo impida[1180].

Lo cierto es que la religión o creencia es sin duda un aspecto fundamental de la vida personal de un trabajador/a que, como derecho fundamental inespecífico, en el marco de una relación laboral, puede provocar conflictos siempre y cuando esta práctica devenga incompatible con algún aspecto como puede ser el horario o calendario de

[1178] RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, «La incidencia de la libertad religiosa en la relación de trabajo desde la perspectiva del Tribunal Constitucional Español», *Direitos Fundamentais & Justiça* - Año 5, n.º 15 (junio de 2011), pp.17-39.

[1179] La Ley 24/1992, de 10 de noviembre, recogió el Acuerdo de Cooperación entre el Estado español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), y en su art. 12 dispone que "el descanso laboral semanal, para los fieles de la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día y de otras Iglesias evangélicas, pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, cuyo día de precepto sea el sábado, podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores como regla general".
La Ley 25/1992, de 10 de noviembre, mediante la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación con la Federación de Comunidades Israelitas de España, hace lo propio en su art. 12.1. El art. 12.2 de ese Acuerdo permite cambiar determinadas fiestas reconocidas en el art. 37.2 ET por festividades "que según la Ley y la tradición judías, tienen el carácter de religiosas", con carácter retribuido y no recuperable. Esa modificación, no obstante, debe producirse "a petición de las personas a que se refiere el número anterior, y en los términos previstos en el mismo", remisión al art. 12.1 del Acuerdo que implica un pacto entre empresario y trabajador para poder hacer efectivo el derecho al cambio de disfrute de la fiesta.
La Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, recoge en su art. 12.1 el derecho de los miembros de las Comunidades Islámicas a "solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana, día de rezo colectivo obligatorio y solemne de los musulmanes, desde las trece treinta hasta las dieciséis treinta horas, así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol, durante el mes de ayuno (Ramadán)", si bien será "necesario el previo acuerdo entre las partes" y "las horas dejadas de trabajar deberán ser recuperadas sin compensación alguna". También cabe pactar la sustitución de las fiestas del art. 37.2 ET por las propias de la religión islámica, a tenor del art. 12.2 del Acuerdo.

[1180] Por ejemplo, muchas de esas pruebas u oposiciones se realizan en sábado y el llamamiento es único, siendo denegadas las peticiones individuales de cambio de día para garantizar la igualdad de los opositores, justificación que los tribunales vienen estimando suficiente [STSJ (Cont-Adv.) de Aragón de 18-5-1999 (Recurso contencioso-administrativo 187/1996)].

trabajo. En estos casos, en virtud de las facultades organizativas empresariales, los hábitos religiosos de los trabajadores/as pueden verse alterados debido a las exigencias de producción, ya que la organización del tiempo de trabajo, al menos hasta ahora, suele ajustarse a las tradiciones cristianas. La solución en estos casos pasa por una valoración casuística y la apreciación de proporcionalidad que tome en cuenta adecuadamente todos los intereses concurrentes. "No en vano, soluciones de esa índole vienen proporcionando los tribunales estadounidenses desde hace ya varias décadas al exigir al empresario una *reasonable accomodation* en las condiciones de trabajo para no impedir el ejercicio de la libertad religiosa, salvo que esa modificación razonable sea especialmente costosa o compleja (*undue hardship on the employers' legitimate business interests*)[1181].

Esta vertiente activa del derecho constitucional en el marco de la relación laboral, supone que el trabajador/a pueda exigir a la empresa determinadas adaptaciones o modulaciones que asegurasen el pleno respeto a la libertad religiosa. Como ha diferenciado Rodríguez Cardo[1182], dentro de esta dimensión activa del derecho, pueden a su vez distinguirse dos vertientes: la primera se limitaría a reconocer al trabajador/a la posibilidad de exteriorizar sus creencias, y a requerir del empresario el correlativo deber de respeto pese a que pudieran generarse situaciones inusuales; en un segundo nivel, la vertiente activa o positiva de la libertad religiosa podría hacer surgir el derecho a exigir del empresario/a adaptaciones organizativas para garantizar el respeto a las convicciones del trabajador/a. La doctrina constitucional se ha pronunciado sobre ambas vertientes. Así, en cuanto a la primera de ellas, la STC 101/2004, de 2 de junio, en el caso de un subinspector del Cuerpo Nacional de Policía que solicitó no participar en una procesión de Semana Santa en Málaga, el TC fundamenta sobradamente la negativa de quien no profese la religión católica a tomar parte en manifestaciones de culto de dicha religión, como es desfilar procesionalmente concluyendo que al tratarse de un servicio de naturaleza religiosa, cuya principal finalidad no es garantizar el orden público, sino contribuir a realzar la solemnidad de un acto religioso de la confesión católica se ha vulnerado el derecho a la libertad religiosa del subinspector al obligarle a tomar parte en dicha procesión de Semana Santa, reconociéndose su derecho a no participar, si ése es

[1181] la doctrina general puede consultarse en: http://www.eeoc.gov/laws/types/religion.cfm.

[1182] RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, «La incidencia de la libertad religiosa en la relación de trabajo desde la perspectiva del Tribunal Constitucional Español». *Cit.*

su deseo, en actos de contenido religioso. Como vemos este sería un caso de estricta vulneración del derecho a la libertad religiosa, en el que no entrarían en juego los dos factores definitorios del derecho a la conciliación: la necesidad de compatibilizar las facetas vitales y el tiempo de trabajo. En el supuesto de hecho que analiza la sentencia, la orden del empleador provoca una exigencia que ocurre durante la jornada, pero no aparece la solicitud de compatibilización por parte del trabajador. Lo mismo podríamos decir, valga el ejemplo, si se tratase de que un empleado/a desea colocar en su mesa de trabajo una determinada simbología religiosa que recibiese una respuesta negativa e injustificada por parte de la empresa.

Distinto sería el caso perteneciente a la vertiente activa del derecho en su faceta de exigir de la empresa adaptaciones organizativas para garantizar el respeto a las convicciones del trabajador/a. El TC se ha pronunciado en una única ocasión, en la STC 19/1985, de 13 de febrero[1183], considerando que la empresa no tiene la obligación de romper las reglas generales para atender las demandas o características especiales de un determinado trabajador/a si ello no es posible o razonable. Los argumentos son dos:

- Por una parte, el TC entiende que la seguridad jurídica se vería lesionada si el cumplimiento de los contratos dependiera de que su contenido no contrariase la religión que en cada momento profesen trabajador/a o empresa. Uno de los contratantes no puede forzar al otro, sobre la base de la libertad religiosa, a alterar lo pactado en contrato si esas cláusulas o estipulaciones no vulneran el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, no se había lesionado la vertiente negativa de la libertad religiosa sino que la empresa había rechazado modificar el tiempo de trabajo de la demandante para hacer compatible el trabajo con su fe. En este contexto, el respeto a la libertad religiosa de la trabajadora facultaría al empresario para alterar el horario con una causa que justificaría una medida individual y excepcional, pero en ningún caso está obligado a ello legal o constitucionalmente. Sin embargo, como afirma Rodríguez Cardo "el Tribunal menciona una serie de razones que seguramente son más propias de un análisis de legalidad ordinaria que de una interpretación del texto constitucional, pero que son valores o principios de necesaria observancia. El encaje constitucional, posiblemente, es

[1183] La STC 19/1985, de 13 de febrero, resuelve sobre el despido disciplinario decidido por la empresa a causa de las faltas al trabajo de una empleada miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, que se negaba a trabajar desde la puesta del sol del viernes a la del sábado por ser contrario a sus creencias. La trabajadora había solicitado el cambio de turno o, al menos, que su ausencia únicamente comportase pérdida de salario con eventual compensación en otras horas, solicitud rechazada por la empresa, que, ante las faltas reiteradas al trabajo, procedió al despido.

el principio de seguridad jurídica, mencionado explícitamente por la sentencia (FJ 1º), pero en verdad la argumentación gira en torno a los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*, aunque no aparezcan explicitados de ese modo. Por razones obvias tampoco se menciona en la sentencia, pero sin duda late en toda la argumentación, el art. 1.256 CC, a cuyo tenor "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". No en vano, la sentencia advierte que un cambio de creencias del trabajador no puede derivar automáticamente en novaciones contractuales para adaptar las exigencias del trabajo al nuevo credo religioso[1184]".

-En segundo lugar, el TC, con el fin de reforzar su elección en favor del principio de seguridad jurídica frente al derecho del trabajador –sin juicio de ponderación alguno-, introduce en su argumentación el respeto a las tradiciones afirmando que el descanso dominical ha superado ese origen confesional y se ha convertido en "tradición", perdiendo esa vinculación religiosa para incorporarse al acervo cultural, máxime tras el reconocimiento del carácter aconfesional del Estado (art. 16.3 CE), y que como tal tradición cultural de un país difícilmente puede provocar *per se* una vulneración de la libertad religiosa, máxime cuando se prevén resortes legales –principalmente el acuerdo- para cambiar ese día de descanso. A la postre, la preferencia por el domingo "facilita mejor el cumplimiento de los objetivos del descanso", pues ese día cierran también oficinas públicas, centros escolares, etc. (FJ 5º). En consecuencia, el origen cristiano de la preferencia por el domingo como día de descanso semanal no es suficiente para declarar la lesión del derecho fundamental del art. 16 CE. Además el día de descanso puede ser modificado por acuerdo de las partes, pues su fijación en domingo constituye únicamente la "regla general" y no un imperativo jurídico (art. 37.1 ET)

Así pues, el TC establece que en los casos en los que pudiera existir una incompatibilidad entre la jornada/horario de trabajo y los deberes religiosos, recae sobre el empresario un deber de mínima acomodación al ejercicio del derecho fundamental (ajustar el horario, turno de trabajo...) siempre que ello fuera posible. Pero en los casos en los que no es razonable esta adecuación, no puede imponerse la satisfacción del derecho fundamental a cargo de la empresa, limitando así el ejercicio del derecho de libertad religiosa del trabajador/a a las posibilidades de ordenación del trabajo, dando

[1184] RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, «La incidencia de la libertad religiosa en la relación de trabajo desde la perspectiva del Tribunal Constitucional Español». *Cit.*

prevalencia al derecho de libertad de empresa, pero sin afirmarse abiertamente, es decir, el TC interpreta que la festividad del domingo en la actualidad ya no tiene el carácter religioso que tuvo en su origen, sino que se ha convertido en el día tradicional y generalizado de descanso. Pero no hay que olvidar que el reconocimiento de los domingos como días festivos se ha asumido internacionalmente por el Estado Español y se ha pactado en el Acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, art. 3. "Sin embargo, la jurisprudencia ha manifestado, a este respecto, que la coincidencia en domingo del descanso semanal obedece a una razón de tradición, y no religiosa"[1185]. Como sostiene Rodríguez Cardo[1186], sorprende la omisión de la libertad de empresa como argumento que justifique la posición de la sentencia, parece que el TC prefiere no establecer una contraposición directa entre un derecho con una tutela privilegiada, la libertad religiosa, y otro que se encuentra fuera de la Sección Primera del Capítulo II de la CE, y que cuenta por tanto con una protección menor. Y es que no deja de resultar criticable que este tipo de controversias se residencien en un conflicto basado en cláusulas contractuales (como sería el horario de trabajo) en vez de en un conflicto entre derechos fundamentales. Por ello, como afirma este autor, la vertiente activa o positiva de la libertad religiosa exige un cambio de enfoque, ya que en primer lugar, lo que está en juego es la dimensión individual de la libertad religiosa, es el trabajador/a quien solicita una adaptación de las condiciones de trabajo para poder cumplir sus obligaciones religiosas. Pero además, en esta vertiente no se producen injerencias externas que vulneren de forma directa el derecho del trabajador/a a su libertad religiosa, sino que es él quien toma la iniciativa para solicitar modificaciones que le permitan compatibilizar su fe con las obligaciones laborales: "en cierto modo, es una problemática con ciertos paralelismos con la que deriva de las cargas familiares, porque es evidente que los empleadores no toman decisiones organizativas con el fin de impedir que los trabajadores atiendan sus obligaciones o compromisos familiares. Las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar procuran conseguir un equilibrio entre los legítimos intereses del empresario y los también legítimos intereses de una persona que, a su vez, trabaja por cuenta ajena. Desde esa perspectiva, el legislador ha

[1185] SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, (Directores) *Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva*, *Cit.* pp. 136.

[1186] RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, «La incidencia de la libertad religiosa en la relación de trabajo desde la perspectiva del Tribunal Constitucional Español». *Cit.*

considerado atendibles ciertas circunstancias familiares o personales, y ha permitido que en tales situaciones se modulen las obligaciones y deberes laborales. Además de las reglas específicas de conciliación, los derechos reconocidos a las víctimas de violencia de género son también ejemplos evidentes. Sin embargo, esas reglas de conciliación o compatibilización no alcanzan explícitamente a circunstancias distintas, como sucede, en este caso, con las creencias religiosas" [1187].

Por ello la importancia del derecho fundamental a la conciliación de la vida personal y laboral que proponemos. Consideramos que no existen motivos razonables para diferenciar, en este sentido, las necesidades de cualquier otro tipo que pudiesen surgir a lo largo de la relación laboral vinculadas con los derechos que estamos estudiando –y para las que sí exista previsión legal de protección- con la práctica de una fe religiosa. Ahora bien, tal como venimos defendiendo, la solicitud de DCPL efectuada por el trabajador/a debería presentar una conexión inequívoca y relevante con este derecho para entender que la negativa a la misma lo vulneraría.

Actualmente no existe en el ET ningún derecho que ampare de manera concreta este tipo de solicitudes, y la negociación colectiva, tal y como han estudiado Sempere Navarro y San Martín Mazucconi[1188], regula de forma mayoritaria los descansos conforme a las tradiciones cristianas –así, en la mayoría de los casos se establece el domingo como día de descanso, o se considerarán laborables todos los días de la semana excepto el domingo y festivos-. Respecto de los permisos, en los convenios se localizan los relativos al bautizo y primera comunión de los hijos/as, hermanos/as y nietos/as y sólo en un caso excepcional se introduce el inciso de que se conceda también ese permiso para cualquier otra ceremonia de similar rango en otra religión o para un acto socio-religioso equivalente de sus hijos/as[1189]. Aquí vemos un ejemplo de toma en consideración de esas prácticas religiosas cualquiera que sea su tradición cultural, si bien relacionadas en exclusiva con los familiares. Desde el punto de vista argumental no encontramos razones que lo diferencien de cualquier otra práctica religiosa, insistimos, relevante y acreditada.

[1187] Ibid.

[1188] SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva*. *Cit.*

[1189] Ibid. pp. 137-138.

De ahí la necesidad de que el derecho a la libertad religiosa en su vertiente activa se considere como parte del contenido del derecho a conciliar la vida personal y laboral, a fin de reforzar este derecho fundamental en el ámbito laboral y que las discrepancias puedan dirimirse por el procedimiento especifico establecido en la LRJS para los derechos de conciliación.

3.10. Un caso particular: el voluntariado de acción social y la defensa de su ejercicio a través del derecho fundamental a la conciliación de la vida personal y laboral.

Por último, queremos apuntar el problema existente en torno a una necesidad igualmente creciente en el mundo contemporáneo, la de aquellas actividades relacionadas con diversas formas de acción social a través de actuaciones de carácter voluntario, como puedan ser las de participación en ONG's, organizaciones vecinales, o cualesquiera expresiones de activismo político y social. Para la Plataforma del Voluntariado de España (PVE)[1190] una persona voluntaria es aquella que "sensibilizada por la situación social de los colectivos desfavorecidos, excluidos o marginados, decide, de manera altruista y solidaria participar, junto con otras, en diferentes proyectos dentro de una organización de voluntariado, dedicando parte de su tiempo en beneficio de una acción enmarcada en proyectos concretos". El informe realizado por esta entidad en 2011, titulado "Diagnóstico de la situación del voluntariado de acción social en España", y publicado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad[1191], apoyándose en diversos estudios de la Comisión Europea y otras entidades del tercer sector, cifra en un 19 % la población española que desarrolla una participación activa en esta clase de actividades, y concretamente en más de ochocientas mil las personas voluntarias dedicadas en mayor o menor medida a la acción social, que a su vez en numerosos casos representan la práctica totalidad del personal con que cuentan las referidas entidades para poner en práctica sus proyectos. Por otro lado, se trata de un sector de actividad fuertemente feminizado (hasta un 63 % de mujeres), si bien existen

[1190] Disponible en: http://www.plataformavoluntariado.org/index.php. Consultado el 24-7-2016.

[1191] Disponible en: http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/ongVoluntariado/docs/diagnosticoSituacionVoluntariado.pdf. Consultado el 24-7-2016.

variaciones de acuerdo con las actuaciones concretas en que se manifiesta el activismo social: en las tareas de cuidado la presencia femenina es abrumadora, mientras que en el llamado 'cibervoluntariado' ocurre al contrario –a la vista de ello no podemos sino subrayar, desde la perspectiva de género, los profundos paralelismos que presenta este sector con el laboral en tales aspectos-.

Lo cierto es que se trata de una necesidad de la ciudadanía, la de la intervención a través del voluntariado de activismo social, que ha venido adquiriendo una importancia creciente de forma paralela a la crisis del Estado del Bienestar, como una forma de suplir, mediante redes de solidaridad, las carencias asistenciales y la ausencia de políticas activas en determinadas materias que manifiestan los poderes públicos. No en vano la Ley 45/2015, de 14 de octubre, del Voluntariado, en un preámbulo harto significativo, comienza por destacar que la anterior, Ley 6/1996, de 15 de enero, "se ha visto desbordada por la realidad de la acción voluntaria y se hace necesario un nuevo marco jurídico que responda adecuadamente a la configuración y a las dimensiones del voluntariado en los comienzos del siglo XXI".

De ahí que en su artículo 20, apartado segundo, establezca: "las Administraciones públicas y las empresas o instituciones privadas podrán promover y facilitar, de acuerdo con la legislación laboral o de empleo público y con pleno respeto a lo acordado en la negociación colectiva, la adopción de medidas de reducción o adaptación de la jornada laboral, suspensiones de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo o interrupciones de la prestación retribuidas o no, para que los trabajadores por cuenta ajena o empleados públicos, puedan ejercer sus labores de voluntariado.

Los términos concretos en que se vayan a desarrollar las medidas de reducción o adaptación de la jornada laboral mencionadas en el anterior párrafo deberán constar por escrito".

El empleo del verbo "podrán" nos pone ya sobre la pista de la escasa virtualidad de esta regulación en lo que atañe al asunto que nos ocupa y al verdadero peso de la actividad a que nos referimos en el marco de la sociedad actual. El voluntariado continúa entendiéndose desde la perspectiva de una actuación de fomento por parte de los poderes públicos, y no como una necesidad social real, enmarcada dentro del concepto "vida personal", y por lo tanto merecedora, a efectos de conciliación, de la misma protección que muchas de las situaciones que hemos analizado en el presente trabajo, hasta el punto de residenciarla en el acuerdo negocial. El preámbulo de la

norma señala al respecto: “se recoge la llamada a empresas y Administraciones públicas a propiciar, de acuerdo con la legislación laboral y de empleo público y con pleno respeto a lo acordado en la negociación colectiva, mecanismos de adaptación del tiempo de trabajo que permitan a los trabajadores por cuenta ajena o empleados públicos participar en labores de voluntariado. A este respecto, la negociación colectiva se presenta como el cauce más apropiado para concretar y regular, dentro de los anteriores límites, estos mecanismos que faciliten a los ciudadanos compatibilizar y conciliar sus obligaciones laborales con su actividad de voluntariado”.

La estricta ‘voluntariedad’ con la que dentro del ámbito laboral se regula la realidad del ‘voluntariado’, valga la redundancia, se agrava aún más cuando nos preguntamos acerca del anclaje constitucional de esta actividad.

Pudiéramos pensar que, en la medida en que supone la participación activa de la ciudadanía en asuntos de carácter público, se encuentra vinculada al art. 23 CE, según el cual se establece que los ciudadanos/as tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. Al mismo tiempo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. Este artículo presenta un contenido complejo, ya que en realidad recoge tres derechos autónomos: el derecho a la participación política directamente o a través de representantes (apto. 1); y el derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad (apto. 2) que a su vez se desdobla, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el derecho de acceso a cargos públicos representativos que incluye sufragio pasivo, pero no sólo, y el derecho de acceso a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad invocados en el artículo 103.3 CE. Este precepto conecta con la proclamación realizada en el artículo 1.1 CE -ya que la participación entendida como derecho ofrece la vertiente individual indispensable del Estado democrático-, se refuerza con el art. 1.2, el art.6 -que consagra el pluralismo político- y el art.9.2 CE -que encomienda a los poderes públicos fomentar entre otras, la participación política-.

Sin embargo la STC 51/1984, de 25 de abril, el art. 23.1 CE, señaló que se trata de un derecho de participación política, no de una participación de cualquier otra naturaleza en asuntos públicos, descartando así su proyección a otras esferas de la vida social. Por otro lado, el art. 9.2 CE, “al encomendar a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se

integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, refleja la dimensión social del Estado de Derecho e impone determinados cometidos a sus poderes, pero no reconoce derecho subjetivo alguno que sea susceptible de protección de amparo" (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4, y con posttterioridad, STC 127/2007, de 22 de mayo y ATC 387/2008, de 15 de diciembre). Quiere esto decir que la actividad de voluntariado sólo de manera indirecta esta fundamentada constitucionalmente (a través del referido art. 9.2 CE); así lo recogía el preámbulo de la derogada Ley 6/1996, de 15 de enero; "la acción voluntaria se ha convertido hoy en día en uno de los instrumentos básicos de actuación de la sociedad civil en el ámbito social y, como consecuencia de ello, reclama un papel más activo que se traduce en la exigencia de mayor participación en el diseño y ejecución de las políticas públicas sociales.

Esta participación, por otro lado, es la que reconoce expresamente nuestra Constitución a los ciudadanos y a los grupos en que éstos se integran, en el artículo 9.2, y la que, en razón del mismo artículo, están obligados a promover, impulsar y proteger los poderes públicos".

En resumen, el voluntariado de activismo social se encuentra en *tierra de nadie* en lo que atañe a su alegación como necesidad de la vida personal a efectos de conciliación. Ello a diferencia de los DCPL que podríamos definir como propios de actividades tradicionalmente masculinizadas -como puedan ser los establecidos para la realización de actividades de estricta prticipación política, según se definen en el art. 23 CE- y de los que las construcciones de género han adjudicado históricamente a las mujeres (en general, las tareas de cuidado en el ámbito familiar). Semejante reparto de roles sí que cuenta con una plasmación legislativa adecuada[1192] y un directo encaje

[1192] En el caso del referido art. 23, y dentro del ordenamiento jurídico laboral, la integración de este precepto constitucional se contempla de manera precisa y concreta: así, el ET en su art. 37.3 d) prevé que los trabajadores/as tienen derecho a un permiso "para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal". El concepto de deber inexcusable de carácter público se ha definido por la jurisprudencia como la obligación que incumbe a una persona, impuesta por una norma, cuyo cumplimiento le genera una responsabilidad de índole civil, penal o administrativa debiendo tratarse de deberes de naturaleza personal que sólo pueden ser cumplidos por el trabajador/a por sí mismo. Cabe decir que la duración del permiso es por el tiempo indispensable para el cumplimiento del deber que lo justifica. Con carácter general estos permisos tienen carácter retribuido, aunque si el cumplimiento del deber supone la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del 20% de las horas laborales en un período de tres meses podrá la empresa pasar al trabajador/a afectado a la situación de excedencia forzosa.
El extinto Tribunal Central de Trabajo estableció en la STCT de 16 de octubre de 1983 que es requisito imprescindible para la obtención del permiso por cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público la incompatibilidad horaria con la prestación laboral, es decir, que el mismo deba efectuarse coincidiendo con la jornada de trabajo. En este aspecto cabe destacar que en términos generales no ha existido conflictividad con el ejercicio de

constitucional. De este modo, el derecho de participación en asuntos públicos recogido en el art. 23.1 CE encontraría, en caso de ser vulnerado a través de la negativa injustificada a una solicitud de DCPL de las previstas legalmente (arts. 37.3.d), 45.1.k) y 46.1 ET) una defensa connatural o propia en dicho precepto constitucional, con independencia de que puediese invocarse igualmente el derecho fundamental a la conciliación de la vida personal y labora cuyo reconocimiento constitucional defendemos. Sin embargo son estas necesidades de la vida personal, relacionadas con el voluntariado y el activismo social en sus distintas expresiones, las que se encuentran actualmente carentes de fundamentación constitucional como derecho subjetivo susceptible de amparo.

Es por ello que consideramos que el derecho fundamental a la conciliación de la vida personal y laboral, incluído en una futura reforma que lo recogiese en cuanto tal en la Constitución conformaría el cauce adecuado para la defensa de esta demanda social, al encuadrarse inequivocamente en el concepto "vida personal" que se encuentra en la base misma del derecho y la consiguiente necesidad de hacerla compatible con el tiempo de trabajo. Debemos entenderla, pues, como otro de los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores/as, consecuencia del cumplimiento de los derechos y deberes derivados de su condición de ciudadanía y su relación con los poderes públicos, y que integrados en la organización de una empresa, obviamente siguen ejercitándose. Podemos concluir manifestando que, de conformidad con el reconocimiento constitucional que proponemos, el voluntariado de activismo social habrá de tenerse en cuenta como parte del contenido del derecho a conciliar vida personal y laboral, sin que en ningún caso se puedan producir discriminaciones por su ejercicio, y dotado asimismo de la correspondiente garantía de indemnidad.

---

este derecho en compatibilidad con el trabajo, máxime teniendo en cuenta que se trata de un permiso retribuido y perfectamente regulado tanto legal como convencionalmente, que contempla situaciones que normalmente requieren de poco tiempo; y que, para el caso del ejercicio de un cargo público que requiere una mayor ausencia, la norma prevé la institución de la excedencia forzosa que garantiza el reintegro al puesto de trabajo en idénticas condiciones.

3.11. A modo de recapitulación

Llegados a este punto debemos preguntarnos: ¿cuál es entonces el objetivo de los DCPL? ¿Están al servicio de la igualdad efectiva mujeres y hombres en el trabajo? Sí, pero también para proteger a la familia, favorecer la formación profesional, garantizar el derecho al trabajo efectivo y libremente elegido, velar por la salud de los trabajadores/as… ¿Podemos decir que se tratan tan sólo de una mera proyección del principio de igualdad y no discriminación? Creemos que no únicamente. Proponemos su reconocimiento constitucional como un derecho fundamental propio, al mismo nivel, por ejemplo, que el derecho fundamental a la igualdad de mujeres y hombres, máxime en la media en que comparten un componente principal, cual es el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE. Sin embargo consideramos que, en el caso del derecho a la conciliación de la vida personal y laboral, existen también otros derechos constitucionales implicados en su ejercicio y que a través de él contribuirían a reforzar su efectividad en el ámbito del trabajo, derechos que se reconocen en la mayoría de los tratados internacionales analizados como es el derecho a la protección de la familia, el derecho al pleno empleo en igualdad, el derecho a la formación profesional, a la salud y la seguridad en el trabajo, o a realizar actividades de voluntariado social. Estos derechos, al hacerse efectivos a través del derecho a la conciliación, contribuyen a fortalecer y materializar el principio de igualdad y no discriminación de mujeres y hombres. Sabemos que los sucesivos enfoques a los que han estado dirigidas las políticas de conciliación, exentos de la necesaria perspectiva de género, han acabado provocando nuevas formas de discriminación. Por tanto creemos que en el proceso de conceptualización del derecho a la conciliación de la vida personal y laboral resulta necesario tener presentes todos los objetivos a garantizar, así como que éstos se articulen de manera conjunta a través del principio de igualdad y no discriminación para conseguir el ejercicio efectivo de todos los derechos fundamentales implicados.

Todo ello responde a una concepción amplia y transformadora de vida personal como elemento esencial de la conciliación, superando así la perspectiva limitada que la asociaba a labores de cuidado usualmente atribuidas a las mujeres. La articulación de

tales derechos constitucionales con el derecho fundamental a la conciliación que defendemos se produciría de una forma que gráficamente podríamos describir 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 que hemos llamado de intersección estarían las solicitudes de DCPL 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'. La negativa injustificada a dicha solicitud constituiría una vulneración del derecho fundamental a la conciliación de la vida personal y laboral, ya se tratase de la infracción de una de las medidas expresamente previstas en el ET y normativa concordante, o bien de otros supuestos que en apariencia no están recogidos en un precepto expresamente, pero que en realidad sí se corresponden con el regulado en el art. 34.8 ET para la adaptación de la jornada de trabajo para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Y ello con independencia de que pudiese aducirse asimismo el derecho constitucional conexo que se habría visto violentado, pero consideramos que la invocación del nuevo derecho fundamental que proponemos no solo unificaría y reforzaría la garantía por las notas características que lo definen, sino que sobre todo acogería todos esos otros supuestos que responden a verdaderas necesidades sociales.

4. EL DERECHO A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS. ¿UN NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL?

4.1. Introducción

A lo largo de este capítulo hemos analizado, en primer lugar, el proceso evolutivo de la configuración de la conciliación como derecho fundamental en el ámbito internacional. A continuación hemos abordado la doctrina constitucional del TC en la que se reconoce por primera vez la dimensión constitucional de los DCPL. En tercer lugar, hemos analizado todos los derechos constitucionales que consideramos se encuentran implicados en su ejercicio, partiendo de una concepción amplia de la conciliación que debe comprender aspectos de la vida personal y laboral. Todo ello nos ha aportado luz en el proceso de configuración e interpretación del derecho en nuestro ordenamiento interno, que abordaremos en este apartado. Una vez recorrido este camino, sin duda necesario, profundizaremos sobre la argumentación de su carácter fundamental, además de su naturaleza jurídica o su contenido esencial. Y es que, a pesar de que su fundamentalidad ha ido conformándose a lo largo de los últimos años, "su consideración como tal no se encuentra plenamente asentada en el estado actual de la ciencia jurídica española" [1193], lo que en parte obedece a prejuicios de género, pero también a que "la consideración de los derechos de conciliación como derechos fundamentales se encuentra en construcción, sin que, hasta el momento, se hayan conseguido perfilar todas las consecuencias de esa consideración"[1194]. Aún hoy día siguen siendo muchas las resistencias, tanto por parte de los poderes públicos como por las empresas, que se muestran más a favor de una configuración tradicional de las relaciones de género en el plano familiar y laboral, y que siguen viendo la conciliación

[1193] LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras» *Cit.* pp. 398.

[1194] Ibid. pp. 398-399.

tan sólo como un gasto inasumible en momentos de crisis[1195] o una interferencia molesta en la organización empresarial.

En el proceso actual de construcción en el que nos encontramos, abordar su completa dimensión constitucional contribuirá en primer lugar al reforzamiento de la prohibición de discriminación sexo/género, columna vertebral del derecho, en la medida en que se sienten las bases para su reconocimiento en cuanto derecho específico de los trabajadores/as. Un derecho que deje de estar feminizado, pero que en su núcleo contenga la perspectiva de género, contemplando a la vez diferentes necesidades, ya que otros derechos constitucionales se encuentran igualmente implicados en el ejercicio de los DCPL.

Nuestra perspectiva es acorde con el mandato a los gobiernos por parte de la Declaración de Pekín que en materia de conciliación (objetivo estratégico F.6) para que faciliten la armonización de responsabilidades de mujeres y hombres:

"Examinar una serie de políticas y programas, incluso las leyes sobre seguridad social y los regímenes fiscales, de conformidad con las prioridades y las políticas nacionales, para determinar cómo promover la igualdad de género y la flexibilidad en el modo en que las personas dividen su tiempo entre la educación y la formación, el empleo remunerado, las responsabilidades familiares, las actividades voluntarias y otras formas de trabajo, descanso y esparcimiento socialmente útiles, y en el modo en que obtienen beneficios de esas actividades" [1196].

Nos proponemos en este apartado ahondar en su configuración constitucional futura, ya que el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral debe formar parte del nuevo elenco de derechos que incorporen necesariamente la perspectiva de género en la CE.

[1195] Sobre el aplazamiento *ad eternum* de la ampliación del permiso de paternidad ya hablamos en el capítulo tercero así como sobre las proposiciones de la PIINA sobre la equiparación de los permisos parentales, por no hablar del abandono de la Directiva de Maternidad o la cautela en la regulación de la Directiva de permisos parentales, entre otras cuestiones.

[1196] Objetivo estratégico F.6. f) que se propone fomentar la armonización de responsabilidades de las mujeres y los hombres en lo que respecta al trabajo y la familia, dentro de las medidas que han de adoptar los gobiernos.

4.2. El derecho fundamental a la conciliación de la vida personal y laboral

Antes de nada, debemos comenzar por preguntarnos cuándo nos encontramos en presencia de un derecho fundamental. Como nos explican Álvarez Conde y Tur Ausina[1197], los derechos fundamentales son una proyección o concreción de los valores superiores del art. 1.1 CE que requieren un proceso de interpretación que ha de tener necesariamente un carácter contingente, no válido para todo tiempo y lugar. Así que su proceso de configuración ha de tener en cuenta tanto criterios sustanciales como formales. Estaríamos ante un derecho fundamental cuando el mismo, por responder a unos planteamientos valorativos socialmente aceptados, es reconocido como tal por el ordenamiento jurídico, reconocimiento que implica un cierto grado de prevalencia sobre los demás y acentúa su condición de derecho subjetivo en el sentido de ser directamente accionable ante los tribunales, resultar oponible frente al legislador y estar dotado de una protección jurisdiccional determinada. Aunque la CE reconoce expresamente un determinado número de derechos fundamentales en el Capítulo segundo del Título I, los autores consideran que no se trata de una lista cerrada de derechos, puesto que el art. 10.1 CE da entrada a la existencia de todos aquellos derechos fundamentales presentes o futuros que sean inherentes a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de la personalidad, siendo una vía para proceder al reconocimiento constitucional concreto de esos hipotéticos derechos, aparte de la posible modificación constitucional, la propia interpretación jurisprudencial a la luz del art. 10.1 CE, y de la cláusula del 10.2 CE -teniendo en cuenta la existencia de estos derechos en los tratados internacionales ratificados por España que, a tenor del art. 96 CE, forman parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico y son auténtico derecho interno-. Así pues nos podemos encontrar con derechos fundamentales creados jurisprudencialmente haciendo uso de una o varias de las cláusulas antes citadas[1198]. Este sería también el caso del derecho a la conciliación de la vida personal y laboral que propugnamos, y que ha iniciado su configuración constitucional tanto en el reconocimiento de las SSTC 3/2007 y 26/2011 -

[1197] ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario, *Derecho Constitucional.Cit*. pp. 247.

[1198] Por ejemplo el caso del derecho de *habeas data* (STC 292/2000) creado a partir del art. 18.1 y 4 CE y de determinada normativa y jurisprudencia supranacional.

aunque se trata de un proceso, según vimos, no resuelto completamente y con importantes lagunas-, como por parte de la normativa internacional y la propia jurisprudencia del TEDH.

¿Por qué debe reconocerse expresamente el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral como un derecho fundamental en la CE? Pese a la rotundidad con la que tanto la normativa europea e interna como los altos tribunales han relacionado los DCPL con el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE, hemos visto a lo largo del capítulo II que las últimas reformas laborales, bien de manera directa, bien de manera indirecta, han limitado significativamente el alcance de estos derechos, encontrándose expuestos a retrocesos jurídicos precisamente por prescindirse de su condición eminentemente constitucional. Al mismo tiempo, y como ha denunciado Ballester Pastor[1199], tales reformas han acabado generando falsas expectativas a las empresas, que pueden pensar que disponen de total libertad para gestionar en su beneficio la organización del tiempo de trabajo cuando lo cierto es que, pese a lo que indique el texto legal, la interpretación constitucional es la que debe servir siempre de guía.

De otro lado, algunos de los DCPL desarrollados legalmente bajo el paraguas genérico del art. 44 LOI 3/2007 siguen encontrando una gran dificultad en su ejercicio efectivo -en este sentido el derecho de los trabajadores/as a concretar o adaptar la jornada de trabajo para poder conciliar se ha convertido en el gran caballo de batalla-, entre otras cosas porque la negociación colectiva, al menos a nivel sectorial, sigue relegando a un segundo plano la promoción de la igualdad de género y el desarrollo de los DCPL. Como hemos podido comprobar, actualmente las posibilidades de conciliación de la vida personal y laboral, más allá de los derechos derivados de la protección de la maternidad y derechos de ausencias como excedencias o reducciones de jornada, sólo resultan plenamente factibles para algunos colectivos y sectores de trabajadores/as, principalmente aquellos del sector público que cuentan con jornadas continuas, o los trabajadores/as más cualificados de las grandes empresas, que disponen de flexibilidad horaria; resulta sin embargo mucho más complicado su ejercicio en las pequeñas empresas, donde la cultura de la conciliación apenas existe, y ello se agrava aún más en los casos de trabajadores/as con jornada a tiempo parcial, contratos

[1199] BALLESTER PASTOR, Mª Amparo, «Igualdad y conciliación en las últimas reformas laborales y de Seguridad Social. Análisis desde las exigencias del derecho de la Unión Europea». *Cit.*

temporales o sectores todavía marginalizados, como el de las empleadas del hogar o el trabajo en el campo.

Por último, aunque como señala Baylos Grau no podemos dejar de aludir a la importancia histórica del TC en la determinación de los derechos fundamentales individuales y colectivos de los trabajadores -principalmente sobre el principio de igualdad y no discriminación por razón de género, el derecho al trabajo, así como los derechos fundamentales inespecíficos, impulso que ha incidido tanto en el diseño legislativo, como en la labor interpretativa de los tribunales de justicia ordinarios y la propia cultura jurídica iuslaboralista- hay que advertir que actualmente nos encontramos en una etapa regresiva en cuanto a su promoción y garantía. "Es lo que se podría definir como el declive de la función de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores por parte del TC"[1200], lo cual resulta preocupante dadas las variaciones significativas que ha sufrido este órgano, básicamente desde el año 2010, caminando en una dirección restrictiva de la función garantista que la jurisprudencia constitucional debe asumir, con la característica común de que sus efectos negativos se agravan tras el periodo de las "reformas estructurales" y "recortes del gasto público" y se proyectan hasta nuestra actualidad.

Las causas de este proceso de involución se encuentran en la reforma del amparo constitucional -con la necesidad de acreditar "la especial trascendencia constitucional"- y los largos tiempos de duración de los procesos para la consecución de la efectividad del amparo constitucional -que en parte obedecen a la ausencia de sumariedad y preferencia de los procedimientos de amparo ordinario-.

Pero sobre todo por cuanto el Tribunal parece considerar cerrado un modelo constitucional del que se habría culminado su proceso interpretativo[1201], negándose por tanto a aceptar otras propuestas garantistas que hagan evolucionar la línea de lectura que ya ha fijado. En la práctica esto se ha traducido en un nuevo paradigma constitucional que supone la revocación de algunos aspectos garantistas de la doctrina del TC sobre derechos fundamentales conectadas con el trabajo, de tal forma que "el desmoronamiento de la noción del contenido esencial de los derechos es posiblemente

[1200] BAYLOS GRAU, Antonio, «La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional español: auge y declive de la función de tutela», *Cit.* pp. 17-30.

[1201] Véase por ejemplo la negativa del Pleno del TC al *overruling* planteado por el magistrado disidente D. Fernando Valdés Dal-Ré en el voto particular de la STC 173/2013 relativa a la inaplicación del art. 55.5 ET durante el periodo de prueba.

el elemento más llamativo de esta nueva línea doctrinal que impulsa un cambio de modelo de manera rotunda"[1202]. Así, por ejemplo, en cuanto a los pronunciamientos que ha realizado el TC sobre la constitucionalidad de las reformas destaca la configuración del contenido esencial de derechos como el art. 35.1 CE o el art. 37.1 CE "como un espacio móvil, determinado en función de los objetivos perseguidos por el legislador, reduciendo las garantías de estos derechos fundamentales, permitiendo al legislador que la configuración legal de estos derechos se limite en función del objetivo único de creación de empleo sin otros referentes"[1203].

En consecuencia, difícilmente se puede esperar que en los próximos años el TC desarrolle y mejore su doctrina sobre los DCPL. Por tanto consideramos que el reforzamiento jurídico y la garantía de estos derechos tiene que venir principalmente por la vía de su incorporación en la Carta Magna. Trasladar los DCPL al plano constitucional en la figura del derecho a la conciliación de la vida personal y laboral como nuevo derecho fundamental contribuirá a reforzar una interpretación más garantista de los mismos en su regulación legal y convencional, al mismo tiempo que se asegura la eficacia en el ejercicio de otros derechos fundamentales de carácter inespecífico en la relación laboral, como ya vimos en el apartado anterior. Un derecho que describa un núcleo esencial intangible, capaz de impedir regresiones en su aplicación, y al mismo tiempo, que vincule a todos los poderes públicos al amparo de lo establecido en el art. 53.1 CE, amén de que gozaría de la protección jurisdiccional reforzada del art. 53.2 CE. El derecho a la conciliación de la vida personal y laboral como derecho fundamental encontraría su apoyo tanto en la normativa y la jurisprudencia que hemos ido destacando a lo largo de este trabajo, y que contienen firmes fundamentos dogmáticos constitucionales, como en la afectación de todos los bienes jurídicamente protegidos a los que hemos hecho mención en el apartado tercero de este capítulo. Pero sobre todo, y lo que es más importante, su reconocimiento contribuiría a hacer realidad el aclamado lema feminista de los años 70: lo personal es político[1204].

[1202] BAYLOS GRAU, Antonio, «La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional español: auge y declive de la función de tutela».*Cit.* pp. 29.

[1203] Ibid.

[1204] MILLET, Kate, *Política Sexual* (Madrid: Cátedra, 2010). La idea principal de la obra de Millet defendía que en el espacio privado, la familia y la sexualidad – ámbitos ajenos tradicionalmente a la política- se desarrollaban las relaciones de poder que están en la base del resto de las estructuras de dominación. Esta idea principal inspiro uno de los lemas más significativos del feminismo de los años setenta: *"Lo personal es político"*.

¿Y por qué debe configurarse el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral como un derecho fundamental autónomo y no como una proyección del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo/género? En primer lugar, la propia evolución del derecho, como respuesta a una necesidad social creciente, apunta en ese sentido a la vista de lo establecido tanto en la normativa internacional, comunitaria y estatal como en la propia doctrina de los tribunales, TEDH y TC[1205], acomodándose de manera más adecuada y de acuerdo con el manifiesto carácter expansivo de los DCPL, que se expresa en la progresiva ampliación de sus titulares, causas y ámbitos de aplicación más allá de las relaciones laborales: desde las políticas sociales de servicios públicos de atención a la infancia y la dependencia, a las políticas de empleo y del tiempo. En segundo lugar, ya hemos visto en el apartado anterior, como en su ejercicio se encuentran implicados muchos otros derechos constitucionales de acuerdo con la idea amplia y transformadora que defendemos del hecho mismo de la conciliación, que en la actualidad no puede entenderse limitada únicamente a las tareas de cuidado –que en el imaginario colectivo siguen estando feminizadas-, y ello con independencia de que en muchos de los casos sean los motivos familiares los que provoquen este tipo de reclamaciones. De hecho, la plasmación legal de este derecho a través de la LOI 3/2007 contempla ya el aspecto de la "vida personal" como un factor relevante en el ejercicio de los DCPL. Por último hay que destacar la regulación procesal del art. 139 de la LRJS 36/2011, donde el legislador, como vimos en el capítulo III, desarrolla un procedimiento de tutela específico con muchas similitudes al establecido para el de los derechos fundamentales, lo que no deja de ser expresivo de la conciencia que ha tomado el legislador acerca de la importancia de esta necesidad social.

No obstante hay que reiterar que la prohibición de discriminación por razón de sexo/género constituiría sin lugar a dudas una parte fundamental de su contenido esencial, como no puede ser de otra forma, además del resto de derechos fundamentales implicados y que ya hemos identificado, definiéndose su contenido con todo el conjunto de bienes jurídicos protegidos. Hemos visto en el apartado anterior cada uno de los

---

[1205] Art. 3 Convenio OIT nº 156, Art. 27 CSE , Art. 33 CDFU, Pekín F.6 4 c) o la STC 26/2011, Sentencia TEDH 22/03/2012 *Asunto Konstantin Markin c. Rusia*. Demanda nº 30078/06.

derechos constitucionales a que aludimos, y reducir su proyección sólo al art. 14 CE y 39 CE, pese a su importancia, acabaría limitando toda la potencialidad del derecho. Entre otras cosas, ello supondría continuar residenciándolo en su dimensión exclusivamente familiar y, al menos a efectos simbólicos, conectado con el ejercicio mayoritariamente femenino. Por tanto se hace preciso garantizar a través de este derecho todos los posibles derechos constitucionales implicados, solo así cobra sentido la necesidad de su construcción como derecho fundamental.

Por otro lado, defender la interpretación extensiva de la conciliación mediante el factor vida personal no nos lleva a perder la perspectiva de género, sino todo lo contrario. La centralidad de esta idea transformadora contribuiría a socializar el problema de la conciliación, y máxime con su reconocimiento constitucional, sería entendida por toda la ciudadanía como uno de los valores fundamentales de su ordenación de la convivencia. Si uno de los déficits que tradicionalmente ha sufrido la conciliación es la de considerarla como algo ajeno a los hombres –que si acaso podrían "ayudar" en la tarea-, en la medida en que estos tengan asumido que es posible solicitar medidas conciliatorias relacionadas con necesidades personales, difícilmente podrían desentenderse de ellas cuando se tratase de necesidades de cuidado, a lo que sin duda contribuiría la potenciación de derechos de conciliación presenciales en el plano legal como el del art. 34.8 ET que permitiría hacer compatible de manera *efectiva* la vida personal y la vida laboral.

Sin embargo lo cierto es que, hasta el momento, la doctrina científica no parece llegar a un consenso en este sentido. Algunos autores consideran que los DCPL constituyen parte del contenido esencial del principio de igualdad y no discriminación, así como del art. 39.1 CE, lo que en cierto modo es debido a la histórica consideración de los DCPL exclusivamente como derechos para conciliar la vida familiar y laboral, mientras el sentido amplio de la vida personal y laboral introducido por la LOI 3/2007 sigue aún hoy sin desarrollar. Otro sector sostiene que se trataría mas bien de un derecho fundamental propio, configurandouna nueva causa de discriminación prohibida, las responsabilidades familiares, pero en el que subyace nuevamente la garantía de la igualdad efectiva de oportunidades y de trato de mujeres y hombres en su vertiente de prohibición de discriminación sexo/género. Sin ánimo exhaustivo, examinaremos a continuación diferentes razonamientos empleados por la doctrina científica:

Lousada Arochena[1206] reconoce que los DCPL son derechos fundamentales directamente vinculados con el derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres reconocido en la LOI 3/2007, arts. 1 a 3[1207], derecho éste que se construye sobre una serie de categorías jurídicas fruto de introducir la perspectiva de género en el análisis de las desigualdades sexo/género (acción positiva, igualdad de oportunidades, participación equilibrada), y que constituyen su contenido esencial y promocional. A su vez, esas categorías jurídicas, al aplicarse en unos ámbitos con fuerte implicación de prejuicios de género, crean otros derechos que constituyen un contenido específico. De esta forma "el derecho a la igualdad de mujeres y hombres conforma una constelación de derechos vinculados a la igualdad con un *nomen iuris* propio"[1208]. El contenido de estos derechos específicos presenta aplicaciones de las categorías jurídicas básicas, siendo un denominador común el que en todos ellos aparecen implicados otros derechos fundamentales, algo por otra parte común en todos los reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título Primero de la CE[1209]. Concretamente por lo que respecta a los DCPL, considera que la condición de derechos fundamentales aparece ratificada en el propio art. 44 LOI 3/2007, ya que la garantía de su ejercicio se inserta en la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo/género, siendo la conciliación y la corresponsabilidad un criterio general de actuación de los Poderes Públicos, tal y como manda el art. 14.8. LOI 3/2007. "Difícil es no ver aquí las dimensiones subjetiva y objetiva típicas de los derechos fundamentales"[1210]. Por tanto, negar su reconocimiento por el hecho de no encontrarse incluidos como tales en la CE sería realizar una interpretación sumamente restrictiva, máxime teniendo en cuenta toda la evolución de la

[1206] LOUSADA AROCHENA, José Fernando, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Cit.* pp. 132-133.

[1207] El contenido esencial de este derecho se equipara con el art. 3 LOI, que lo asimila a lo preceptuado en el art. 14 CE. En cuanto a su contenido promocional, derivado del art. 9.2 que busca la igualdad material mediante el establecimiento de nuevas categorías jurídicas.

[1208] Para el autor, estos serían: el derecho a no sufrir acoso sexual o sexista, ligado al derecho a la integridad física y moral y a la intimidad personal; los derechos de maternidad ligados al derecho a la salud de la madre, los derechos de conciliación ligados al derecho a la intimidad personal y familiar, y el derecho al empoderamiento en la toma de decisiones o democracia paritaria ligado al derecho a la participación política en condiciones de igualdad.

[1209] Poniendo como ejemplo el derecho a la tutela judicial efectiva –art. 24.1 CE-, este también se construye sobre una serie de categorías jurídicas –el derecho de acceso a la justicia o la prohibición de indefensión- que, al aplicarse a determinadas materias –precisamente aquellas más sensibles en orden a generar vulneración de la tutela judicial efectiva-, también crean derechos derivados del derecho raíz, como son los reconocidos en el art. 24.2 CE

[1210] LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Cit.* pp. 398.

normativa internacional y europea sobre la materia y el propio fundamento de los DCPL en el principio de igualdad de hombres y mujeres, art. 14.2 CE, junto con el derecho a la intimidad personal y familiar, art. 18 CE, que son derechos fundamentales. Por ello entiende el autor que, aunque los DCPL se manifiesten en la acción legislativa, ésta debe respetar su contenido esencial, es decir, la igualdad de trato que debe regir tanto en la regulación de su ejercicio como en la prohibición de las denegaciones injustificadas y las represalias relacionadas con el mismo.

Coincidiendo con el autor en la idea de que en todas las manifestaciones de los derechos fundamentales aparecen implicados otros, ya hemos expuesto sin embargo, que a nuestro entender en el de la conciliación esa vinculación va más allá del derecho a la igualdad de mujeres y hombres y comprende otros relacionados con la vida personal. Por otro lado es cierto que la construcción de un derecho fundamental procede de una lenta consolidación de una demanda social, que tiene su expresión tanto en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos como en la propia jurisprudencia de sus órganos de control y la del TC. De forma que una vez que se articula su plasmación legislativa se hace necesario, como señala el autor, que respete el contenido esencial del derecho. De ahí la importancia de definirlo como un derecho fundamental complejo caracterizado por la necesidad de compatibilizar vida personal y laboral mediante el uso del tiempo de trabajo, teniendo la perspectiva de género siempre presente de manera directa o indirecta, como hemos explicado anteriormente, y ello en conexión con numerosos derechos constitucionales desde una consideración amplia; de este modo, cualquier inciativa legislativa dirigida a llevarlo a la práctica habrá de tomar como guía ese contenido y no limitarlo en una interpretación restrictiva que concluya en la tantas veces denunciada feminización del mismo.

Ballester Pastor[1211] confirma también la naturaleza del derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades y, pese al retroceso experimentado en las últimas reformas laborales, afirma que la existencia del contenido esencial de los DCPL hace que éstos emerjan directamente de la CE, ex. art. 14 CE en relación con el art. 39 CE, sin que se agote necesariamente el alcance que a los DCPL quiera darle la legislación ordinaria.

[1211] BALLESTER PASTOR, María Amparo, «De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades». *Cit.* pp. 99-114.

Del mismo modo, para Salazar Benítez[1212] los DCPL conforman uno de los objetivos propios del Estado Social. Por tanto, como derechos sociales caracterizados por su contenido prestacional o promocional, son instrumentos esenciales para el efectivo ejercicio de la ciudadanía, en la medida en que son los que permiten armonizar las facetas pública y privada de mujeres y hombres. Así, de acuerdo con la interpretación realizada por el TC en su STC 26/2011, constituyen una proyección del principio de igualdad y no discriminación, siendo posible articular un fundamento constitucional de estos derechos en torno al mismo, art.14 CE, junto con la remoción de obstáculos que impiden la igualdad efectiva, art. 9.2 CE, y la protección de la familia, art. 39 CE. A su vez, la suma de esos tres elementos determina la garantía de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad, art. 10.1 CE.

Por su parte, Ruiz Rico[1213] pone de manifiesto la necesidad de reforzar la dimensión intrínsecamente constitucional de los DCPL, que no pueden reducirse a simples derechos laborales, apuntando a que su actual debilidad jurídica se debe tanto a la desconstitucionalización de su naturaleza cuanto a la propia desjuridificación de su contenido, al no haberse prefijado por el legislador un núcleo intangible capaz de impedir regresiones en la aplicación de este derecho. La dimensión constitucional del derecho a conciliar se constituye como un derecho medular de la igualdad de oportunidades y se justifica por constituir el pilar jurídico imprescindible para la consecución de la igualdad de trato y de oportunidades. Aun así, el impulso jurídico del derecho a conciliar también puede verificarse mediante la conexión con otros derechos y principios constitucionales como la protección de los menores y de la familia, la participación de las mujeres en los centros de trabajo y en la negociación colectiva, o el derecho a la salud.

Para otros autores, como Molina Navarrete, el derecho a la conciliación es un derecho social fundamental cuyo alcance desborda la prohibición de discriminación asegurando "que con la aprobación de la "Ley de Igualdad efectiva de mujeres y hombres", y la entrada en vigor de los nuevos Estatutos de Autonomía, que reconocen este derecho de modo expreso, habrá más oportunidades para dar mayor solidez y

[1212] SALAZAR BENITEZ, Octavio, «La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar». *Cit.*

[1213] RUIZ RICO-RUIZ, Catalina, «La problemática constitucional del derecho a conciliar la vida personal, laboral y familiar». *Cit.*

nuevos vuelos a este derecho"[1214]. Al mismo tiempo el derecho a la conciliación supone un principio explicitado normativamente que, a pesar de que desborda el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, encuentra en él su especial predicamento[1215].

También García Rubio[1216] considera que el derecho a la conciliación podría consolidarse como una nueva causa autónoma de discriminación prohibida. La autora se apoya tanto en la regulación normativa internacional e interna cuanto en la propia doctrina constitucional. En primer lugar indica que la normativa de la OIT ratificada por España, concretamente el Convenio OIT nº 156, contempla expresamente las cargas familiares como causa de discriminación; y aunque el Convenio conecta este factor con el principio de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, también enfoca su reconocimiento desde la necesidad de instaurar el mismo principio de igualdad entre los trabajadores/as con responsabilidades familiares y el resto. En el ámbito comunitario apunta a la cláusula 5ª de la Directiva de permisos parentales, 2010/18 UE, por la que se imponen medidas de protección frente a los tratos desfavorables derivados del ejercicio de este permiso, y que lleva por título *derechos laborales y lucha contra la discriminación.* En la misma línea remarca también la solicitud efectuada por el Parlamento a la Comisión para que presente una propuesta de directiva sobre derechos y salvaguardias específicos en relación con la conciliación cuando existan miembros de la familia dependientes[1217]. También la jurisprudencia del TJUE ha abierto la posibilidad de que el cuidado de familiares quede bajo la tutela antidiscriminatoria mediante su reconducción a otros factores de discriminación distintos a los mencionados hasta el momento, como la discapacidad o la edad. En cuanto a la normativa interna, considera que la LOI 3/2007, siguiendo la opinión de la doctrina científica, ha querido introducir un reconocimiento implícito de la conciliación como causa autónoma de discriminación, que va más allá de la discriminación por razón

[1214] MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «Derecho con mirada de mujer: la solución al conflicto de conciliación de la vida laboral y familiar en la STC 3/2007, de 15 de febrero». *Cit.*

[1215] MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «Un nuevo paso atrás en la política jurídica de conciliación: el juez no debe minimizar sino garantizar el cambio legal», *Cit*.

[1216] GARCÍA RUBIO, Mª Amparo, «La tutela del trabajador varón en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar». *Cit.*

[1217] En la Propuesta de esta Directiva se indicaba que el objetivo de esta cláusula es el de proteger mejor a los trabajadores que hagan uso del permisos parental contra la discriminación por esos motivos.

de sexo y que permite un tratamiento neutro de la cuestión, separado de la tradicional asunción por la mujer de las cargas familiares. Así, señala que alguna autora ha defendido que este reconocimiento de las responsabilidades familiares como motivo de discriminación, derivado del art. 44 LOI 3/2007 -bajo el presupuesto de que se dé preferencia el disfrute de los DCPL "evitando toda discriminación basada en su ejercicio"- podría entenderse no como una reiteración de la prohibición de discriminación por razón de sexo, sino como una prohibición específica de discriminación por razón de cargas familiares. Por último, la propia doctrina introducida por la STC 26/2011 parece apuntar también en dicho sentido, mediante la posibilidad de situar estas conductas en la cláusula genérica del art. 14 CE, donde se da cabida a la discriminación por cualquier circunstancia personal o social, eso sí, siempre que se aceptara como premisa "que las cargas familiares constituyen un factor que configura a los afectados como colectivo segregado o situado en posición de desventaja"[1218].

Por último, para Goerlitch Peset y Nores Torres[1219] se hace preciso también afirmar una específica y autónoma causa de discriminación por conciliación de la vida laboral y familiar si bien vinculada a la discriminación por razón de sexo que dé cobertura a las necesidades en el plano de la conciliación de la vida laboral no solo a las mujeres, sino también a los hombres.

Como vemos, la doctrina científica oscila entre la postura de quienes entienden el derecho de conciliación como una proyección del derecho a la iguadad y no discriminación de mujeres y hombres –aunque estén presentes otros derechos en su ejercicio-, y la de aquellos que defienden que debe tratarse de un derecho fundamental autónomo vinculado a la prohibición de discriminación por las responsabilidades familiares.

Tomando los aspectos positivos de ambas posturas, consideramos en cambio que este nuevo derecho fundamental es, en primer lugar, una expresión del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo/género, es decir, tal como mencionamos en su momento al analizar la STC 26/2011, la construcción de una nueva categoría

[1218] GARCÍA RUBIO, Mª Amparo, «La tutela del trabajador varón en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar». *Cit.*

[1219] GOERLITCH PESET, José María y NORES TORRES, Luis Enrique, «Poderes directivos empresariales y conciliación de la vida laboral y familiar: una asignatura pendiente», Editorial la Ley, 1ª (diciembre de 2010).

discriminatoria por razón de las circunstancias familiares realizada por el tribunal resultaba insuficiente y limitadora en la medida en que no llegaba a reconocer el motivo real de discriminación, que era el género –ligado a la tarea de cuidado-. Por tanto el género se halla siempre presente, de manera medular pero con manifestación inmediata –por tratarse de un factor que se encuentre en la base de la solicitud de un DCPL, y en su caso de su negativa- o mediata –por ser fundamento último de la socialización de la conciliación a través de medidas relacionas con la vida personal-.

En segundo lugar, no obstante, este derecho no puede entenderse de manera exclusiva y excluyente ligado al referido principio de igualdad y no discriminación, sino que de acuerdo con la visión contemporánea de la conciliación, mucho más amplia de la tradicionalmente asignada a las mujeres para el cuidado, entendemos que se encuentra vinculado a todos esos derechos que hemos analizado en el apartado anterior y más coherente de acuerdo con la LOI 3/2007.

En resumen, consideramos que estamos ante un nuevo derecho social fundamental aplicable en el ámbito de las relaciones laborales que se manifiesta tanto en las nuevas tendencias de intervención normativa relacionadas con el tiempo de trabajo como en el desarrollo de la tutela de los intereses de los trabajadores/as que, partiendo de la protección de los derechos a la igualdad y no discriminación, la salud, la intimidad, las responsabilidades familiares, el disfrute de condiciones de trabajo dignas, etc., ha evolucionado hacia la garantía de la realización integral del proyecto personal y profesional del individuo, al libre desarrollo de su personalidad, en definitiva. No cabe duda de que el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral muestra una unidad de sentido al englobar todos esos valores sociales destacados, al mismo tiempo que otros intereses de la vida privada, subrayando el carácter inherente a la persona de ese conjunto de derechos implicados que, en el ámbito de las relaciones productivas, se configuran *erga omnes* e interactúan dentro de lo que se ha denominado “ciudadanía en la empresa”, cuyo alcance hemos examinado en el capítulo segundo.

4.3. Contenido y naturaleza jurídica del derecho fundamental a la conciliación de la vida personal y laboral

Una vez justificada la necesidad de su reconocimiento constitucional, pasaremos a continuación a delimitar los diferentes aspectos que conforman la naturaleza jurídica del derecho: sus elementos, su objeto, su contenido esencial, y por último, su posición en la CE, así como una propuesta de definición del mismo.

Comenzaremos por abordar los elementos subyacentes en la relación jurídica presente en cualquier derecho fundamental. En primer lugar debemos identificar el sujeto activo, o titular de la relación jurídica, que es quien asume el poder jurídico integrante de la misma: la capacidad de dirigirse al destinatario para que dé cumplimiento al objeto del derecho fundamental. En nuestro caso estaríamos ante un derecho específico de los trabajadores/as, pero que se proyecta también sobre las personas objeto del cuidado, los cuales podríamos considerar "titulares pasivos", como son los y las menores, o las personas dependientes y discapacitadas. Consideramos que la conciliación surge de la necesidad de hacer compatibles las diversas situaciones de la vida personal con otra muy específica y caracterizada por una serie de rasgos propios como es la laboral: en ella se presentan –aún con toda la diversidad que analizamos en el capítulo segundo- una figura prevalente dotada de amplios poderes de ordenación del tiempo –el empleador/a- y otra necesitada de la obtención de una remuneración económica que posibilite su sustento y su condición ciudadana, y desprovista en añadidura de tales facultades al hallarse condicionada por la jornada de trabajo -el trabajador/a-. Existe un amplio desequilibrio entre la necesidad de desarrollar una actividad laboral y la escasa autonomía para ordenar la propia vida en consecuencia, de ahí que al tratar sobre la conciliación, tanto el legislador en todos los niveles del ordenamiento jurídico, como la jurisprudencia y la doctrina, sitúan estos conflictos en el ámbito laboral, aunque se proyecte en otras actuaciones –servicios públicos de atención a la infancia o dependientes, políticas del tiempo, etc.- que no dejan de incidir sobre el mismo contexto.

En segundo lugar identificaremos el sujeto pasivo o destinatario: es quien asume el deber dar cumplimiento al objeto en beneficio del titular. Podemos señalar diferentes

destinatarios, lo que da fe de la naturaleza compleja del derecho, que se manifiesta tanto en su dimensión de derecho de prestación como de derecho de libertad[1220]. Así, por una parte tendríamos a los poderes públicos en cuanto destinatarios de la obligación positiva de promover y desarrollar derechos de conciliación de acuerdo con los diferentes enfoques de los DCPL de 2ª generación, que ya vimos a lo largo del capítulo tercero, pero también de desarrollar las políticas sociales públicas de atención al cuidado de menores y dependientes, o sobre el tiempo de vida. Otro de los destinatarios con obligación positiva de promover la igualdad de mujeres y hombres en el trabajo, principalmente a través de los derechos de conciliación, sería la negociación colectiva, en la medida en que es fuente normativa del derecho. Por último, también lo serían las propias empresas en su doble condición de promotoras de estos derechos a través de los PI, así como en su obligación negativa de abstenerse de conductas atentatorias contra el ejercicio de los DCPL por parte de los trabajadores/as.

En tercer lugar, el objeto de un derecho fundamental implica la acción de un destinatario, en caso contrario no tendría sentido establecer y determinar una relación jurídica. Esta acción puede ser negativa, que constituiría la abstención de realizar una determinada acción que perjudique al titular del derecho fundamental –y que daría lugar a los derechos genéricamente denominados de defensa- o bien puede ser positiva, que constituiría un hacer, es decir, realizar una determinada acción en beneficio del titular -denominados derechos de prestación-. El objeto del derecho fundamental está a su vez integrado por elementos de tipo material que permiten su caracterización:

-El bien jurídico protegido, es decir, la especificación del sector material o ideal protegido por el derecho fundamental.

-Los elementos que van a determinar el supuesto de hecho del derecho fundamental, que junto con el bien jurídico configurarán el alcance potencial del mismo.

-El objeto material de protección, que se refiere a las concreciones del derecho fundamental determinadas directamente por la CE, y a través del desarrollo normativo infraconstitucional o jurisprudencial -dentro de las condiciones en que son admisibles

[1220] Concretamente el art. 14 CE puede implicar tanto acciones negativas de los destinatarios, por ejemplo cuando se está realizando un trato discriminatorio, pero también puede dar lugar a acciones positivas cuando se está protegiendo a determinadas personas mediante un decisión o acción.

los precedentes del TC-. El objeto material de protección nos permite determinar el alcance real del derecho a efectos de su aplicación por los operadores jurídicos.

En nuestro caso, identificando el objeto del derecho con la acción tanto de los poderes públicos como de la negociación colectiva, y las empresas, estos destinatarios deberán promover y garantizar a través de los DCPL los bienes jurídicos protegidos a que hicimos alusión en el apartado anterior, expresión todos ellos de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad: la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la protección integral de la familia, el empleo en condiciones de igualdad, la intimidad personal, la protección de la salud, la formación profesional, la libertad ideológica y religiosa, etc. En función del supuesto específico podrán verse afectados unos u otros derechos, obviamente.

Para ello deberán desarrollarse legislativamente desde el enfoque de la corresponsabilidad, con la implantación de permisos parentales iguales, intransferibles y retribuidos, así como de derechos de conciliación "presenciales" que permitan adaptar y distribuir la jornada permaneciendo en el empleo y, por último, que hagan posible compatibilizar con el trabajo otros aspectos de la vida personal y laboral de los trabajadores/as provistos de dimensión constitucional como la formación, la práctica religiosa, o la propia intimidad personal y familiar, reforzando así el ejercicio de los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores/as en las empresas. Por su parte estas últimas no podrán impedir el disfrute de tales derechos de forma injustificada, ni tampoco adoptar conductas que perjudiquen su ejercicio.

El objeto material de protección estaría formado por todo el corpus normativo de los DCPL abordado durante el capítulo I: desde la normativa laboral y administrativa en los ámbitos estatal y autonómico, al desarrollo por los convenios colectivos o los planes de igualdad de las empresas, así como la interpretación jurisprudencial relativa a todo ellos; a lo que debemos añadir la actuación de los poderes públicos mediante diversas estrategias de intervención a favor de la conciliación. En este sentido, como explica Gavara de Cara[1221], debemos tener en cuenta que los derechos fundamentales difícilmente suelen ser normas completas, es decir, la CE no perfila íntegramente ni todo supuesto de hecho ni todas las consecuencias jurídicas que se derivan del derecho

[1221] GAVARA DE CARA, Juan Carlos, «Los derechos fundamentales», *Base de conocimiento jurídico* (Iustel, 2016), www.iustel.com.

fundamental. Casi siempre precisan ponerse en relación con otras normas, generalmente infraconstitucionales, que definen y configuran el supuesto de hecho para que su ámbito de protección quede completo.

Una vez determinados a grandes rasgos los elementos del derecho fundamental a la conciliación de la vida personal y laboral, y a la vista de los derechos implicados en su ejercicio, podemos preguntarnos si estamos ante un derecho de defensa o de prestación. Actualmente existen múltiples criterios de clasificación de los derechos fundamentales, sin embargo se pueden reducir a estas dos grandes categorías:

Por una parte, los derechos de defensa[1222] se caracterizan, en cuanto a su contenido, por la obligación de abstención de conductas y acciones a cargo de los destinatarios que perjudiquen el objeto del derecho. Poseen además un efecto reflejo consecuencia de una previsión específica (amparo constitucional) o genérica (amparo ordinario) que se concreta en la posibilidad de que el titular emprenda acciones encaminadas a la protección del derecho. El poder público, como destinatario principal de la vinculación positiva a los derechos fundamentales, tiene por tanto la obligación de protegerlos (art. 53.1 CE), que se concreta normalmente mediante ley y que posibilita el control de las acciones de personas privadas que supongan una infracción o violación de los mismos, debiendo actuar y adoptar medidas frente a posibles perjuicios de terceros. Su elemento más característico es su ámbito de protección, que se determina por la CE y en el que no es admisible la intervención del Estado, siendo su elemento esencial el bien jurídico u objeto material protegido.

En cuanto a los derechos de prestación[1223], la exigencia de una obligación de actuación por parte del destinatario en beneficio del titular del derecho es la principal característica que los diferencia respecto de los de defensa. Al igual que éstos, no obstante, cuentan con el efecto reflejo que permite al titular emprender acciones positivas destinadas a su protección. El objeto del derecho va a ser la prestación de un servicio o la adopción de una decisión por parte del destinatario en beneficio del titular. Estos derechos tienen como destinatario a los poderes públicos (art. 53.1 CE), pero

[1222] Los derechos de defensa más característicos serían los derechos de libertad.

[1223] Que a su vez podemos dividir en virtud de su contenido prescriptivo, identificando la acción positiva del destinatario en función de si consisten en acciones fácticas de tipo social o económico o acciones que implicaran decisiones públicas.

pueden considerarse también a las personas privadas. Siguiendo a Martínez Sospedra[1224], podemos decir que los derechos sociales o de prestación se caracterizan:

-En cuanto a su titularidad: han de tener destinatarios singularizados, es decir, determinadas categorías de individuos; no tienen un destinatario universal. En nuestro caso, el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral tendría como destinatario a todas las personas trabajadoras según hemos explicado.

-Entrañan para el Estado obligaciones de hacer. En este caso las obligaciones públicas tienen un papel central, ya que el núcleo esencial del derecho comprende necesariamente la acción pública.

-Las obligaciones públicas de hacer que se integran en el núcleo esencial del derecho pueden consistir bien en el desempeño de tareas públicas, bien en el suministro de bienes o prestación de servicios, bien en cualquier combinación de todas ellas. En el caso del derecho a la conciliación de la vida personal y laboral, además de la obligación de desarrollar derechos en el ámbito laboral que permitan realmente la compatibilidad de ambas esferas del trabajador/a, lo que obligatoriamente pasa por su desarrollo mediante lo que hemos denominado DCPL de segunda generación, debe también completarse con la promoción de los servicios de sociales de cuidado y dependencia públicos, así como unas políticas públicas racionales sobre el empleo y el tiempo.

-Gozan de virtualidad limitante de los derechos de autonomía. En la medida en que se configuran, además, como derechos inespecíficos de los trabajadores/as en la relación laboral, limitan por tanto el derecho a la libertad de empresa del art. 38 CE.

Actualmente muchos de los derechos fundamentales tienen un carácter mixto, es decir, son derechos de contenido múltiple, siendo en parte derechos de defensa y en parte derechos de prestación. A primera vista el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral, identificado en sus inicios como un derecho articulado para la protección de la familia, podría enmarcarse dentro de los denominados derechos sociales, conocidos como derechos de "segunda generación" consecuencia de la integración del Estado Social en el Estado Democrático. No obstante, nos encontramos ante un derecho de naturaleza compleja, con contenido de derecho social o de prestación, pero que, si tenemos en cuenta todos los bienes jurídicos protegidos, vemos

[1224] MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, «Los derechos sociales», *Base de conocimiento jurídico* (Iustel, 2016), www.iustel.com.

que posee asimismo rasgos de derecho de libertad o de defensa, afectando al derecho a la no discriminación por razón de sexo/género, el derecho a la intimidad, la protección de la salud o la libertad religiosa; así, como ha señalado Fernández Avilés, "en el pensamiento moderno prevalece la idea de la indivisibilidad de los derechos humanos, lo que presupone que forman un bloque único y no pueden ser situados en una escala jerárquica. Hay una tendencia en el ámbito internacional a difuminar y reducir la línea divisoria estricta entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, y ello con independencia de la diversidad de técnicas jurídicas con las que puedan tener reconocimiento. Además, se habla también de la clara naturaleza "doble o mixta" (sociopolítica) de algunos derechos sociales que adquieren la consideración jurídico-constitucional de libertades públicas"[1225].

Encontramos en nuestra CE derechos sociales en el Capítulo II, tanto en la sección 1ª como en la sección 2ª y también en el Capítulo III del Título I. Algunos son auténticos derechos subjetivos como el derecho de huelga y otros necesitan ser desarrollados legislativamente para poder ser alegados ante la jurisdicción ordinaria. Al aparecer recogidos en lugares distintos, obviamente tienen estatutos y regímenes jurídicos diferenciados. Esta naturaleza jurídica diversa no obedece tanto a la propia falta de sistemática de la CE, sino más bien al impacto en la dimensión prestacional del objeto del derecho, así como en menor medida a las consecuencias organizativas que comporta, y que pueden exigir una organización institucional, como es la Seguridad Social (art. 41 CE). En cualquier caso se puede decir que todos ellos tienen la propiedad de limitar la esfera de acción legítima de los poderes públicos, en cuanto que excluyen de ella las reglas, políticas y actos que choquen con las correspondientes normas constitucionales, tanto en vía de acción como de omisión. Por otra parte, tienen una virtualidad positiva de imponer políticas públicas determinables y determinadas a los poderes públicos, lo que obviamente limita su capacidad de actuación.

En cuanto a su diferente régimen jurídico, si bien puede predicarse sin mayores problemas la eficacia directa del derecho, al menos de los recogidos en el capítulo II, de ello no se sigue que aquella suponga sin más la de todas y cada una de las facultades que integran su contenido. Por ejemplo, en los casos en los que una actuación positiva

[1225] FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, «Constitución, derechos sociales y tutela del trabajador». *Cit.*

del Estado sea necesaria, esta puede ser modulada por la incidencia de otros bienes constitucionalmente protegidos, como la eficacia y eficiencia de la Administración. Así que cuando los derechos exijan prestaciones públicas o su núcleo esencial resida en tales prestaciones, se requerirá la intervención del legislador y la implantación de una organización que la lleve a cabo. No obstante, y de acuerdo con el fenómeno de irradiación de los derechos que ya abordamos en el apartado tercero, se puede afirmar que los derechos económicos, sociales y culturales tienen aspectos que sí resultan exigibles judicialmente, es decir, siempre habrá elementos de estos derechos no exentos de tutela judicial, en la medida en que esté afectado el principio de igualdad y no discriminación sexo/género, el derecho a la intimidad, la libertad religiosa, etc.

Para Courtis y Abramovich[1226] dada su compleja estructura, no existe derecho económico, social o cultural que no presente al menos alguna característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación. Del mismo modo, Pisarello[1227] estima que todos los derechos civiles, políticos y sociales guardan una conexión similar con valores como la libertad, la dignidad o la igualdad pudiendo caracterizarse entonces como derechos a la igual libertad o a la igual dignidad de las personas, de tal forma que nada justifica una protección prioritaria de unos sobre otros, ni desde el punto de vista legislativo ni desde el punto de vista jurisdiccional. Así, las dificultades y potencialidades que la protección jurisdiccional ofrece son similares en un caso y en otro, y de lo que se trata es de garantizar un sistema equivalente de tutela para todos ellos.

Por último, no puede hablarse de una relación de oposición entre derechos de libertad y derechos sociales. Courtis y Abramovich[1228] califican como notoriamente endeble tal distinción en la medida en que todos ellos tienen un costo y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas. Si acaso –sostienen- podríamos hablar del señalamiento de "niveles" de obligaciones estatales, que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de

[1226] COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Víctor, «Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales», en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 4 (2001).

[1227] PISARELLO, Gerardo, «La justiciabilidad de los derechos sociales: realidad y desafíos», en *Sociedad y Utopía*, n.º 34 (2009): pp. 139-164.

[1228] COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Víctor, «Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales». *Cit.*

derechos civiles o al de derechos sociales. Abunda en ello Hierro Sánchez-Pescador[1229], recordando que los derechos económico-sociales se suelen considerar "imperfectos", tanto por su imposible universalidad y su contenido indefinido como por su incompleta protección; en consecuencia gozan de "mala reputación", máxime en momentos de crisis. Sin embargo, el autor, desde la reconstrucción teórica de los derechos fundamentales propuesta por Alexy, ha analizado las presuntas diferencias entre los derechos individuales -civiles y políticos-, y los derechos económicos, sociales y culturales, demostrando que esta concepción sigue obedeciendo a los intereses y prejuicios que retrasaron la aparición histórica de los derechos sociales y que hoy día no resiste un análisis teórico libre de tales.

Para ello, examina algunas de las características diferenciales más generalmente invocadas de los derechos económico-sociales, demostrando que no son predicables sólo de éstos y probando así que los derechos individuales poseen las mismas imperfecciones que se les imputan a los primeros. Los argumentos que ofrece el autor a este respecto son los siguientes:

-Los derechos económico sociales no son universales, sino particulares de cierto tipo de sujetos: si se analizan derechos como el de la propiedad o el derecho a la resistencia a la opresión que, siendo derechos universales, no pueden ser disfrutados por todos los seres humanos, concluye "el que ciertos derechos universales se prediquen de los seres humanos que se encuentran en ciertas ocasiones, o que su disfrute dependa de una cierta configuración ocasional, no es un óbice a su pretendida universalidad. En todo caso no es una característica exclusiva de los derechos económico-sociales el que se trate de derechos que se predican del ser-humano-que-trabaja o del ser-humano-que-carece o, dicho en la otra forma, que su disfrute depende de cierta situación laboral o de cierta situación de carencia"[1230].

-Los derechos económico-sociales no son absolutos (*erga omnes*), sino relativos a cierto tipo de relación social: los derechos políticos se predican de un sujeto frente al Estado del que el sujeto es ciudadano, así por ejemplo el derecho al sufragio es un

[1229] HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio, «Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy». *Cit.*

[1230] Ibid.

derecho que una cierta persona ejerce en su condición de ciudadanía: "en consecuencia, que los derechos económico-sociales se ostenten contra un Estado, sociedad política o institución determinada no es una característica específica o peculiar de este tipo de derechos"[1231].

-Los derechos económico-sociales no son definitivos, sino que requieren para su actualización la mediación de una cierta organización de las instituciones públicas: frente al argumento relativo a la existencia de algunos derechos individuales cuya mera declaración los configura definitivamente, sin necesidad ulterior desarrollo institucional –y de acuerdo con el cual serían más claros, más intensos o "reales" cuanto menos dependan de su posterior conformación institucional-, el autor formula una doble respuesta: la configuración definitiva de un derecho siempre depende de ulteriores desarrollos institucionales, y en añadidura, su claridad, realidad o intensidad no depende de las posibilidades efectivas de satisfacerlo o protegerlo: "si el sentido de afirmar que alguien tiene un derecho dependiese de las posibilidades actuales de satisfacer efectivamente su disfrute de tal derecho o, en su caso, de reparar efectivamente la violación de tal derecho; o si dependiese de esos mismos a factores la importancia del derecho o su realidad, entonces el derecho a la vida sería el derecho cuya afirmación tendría menos sentido, o el derecho de menor importancia o menos real"[1232]. Consecuentemente, el que la configuración del derecho dependa de ulteriores precisiones institucionales y no de su mero enunciado no es una característica específica o peculiar de los derechos económico-sociales.

-Los derechos económico-sociales no son gratuitos ni baratos, sino que son derechos caros cuya satisfacción requiere llevar a cabo cuantiosas inversiones públicas. Posiblemente el argumento más tópico, y que frecuentemente engloba o subsume a los anteriores, es el que esgrime la escasez de recursos. Sin embargo, la pretensión de que el derecho a la educación o el derecho a la salud tienen una estructura cualitativamente distinta -por razón de que implican costes- al derecho de sufragio o al derecho a la tutela judicial es una pretensión sin ningún fundamento. Cuestión distinta es cómo distribuir ese coste: "que el sistema público o el sistema sanitario público sea más costoso que el sistema policial o el sistema electoral, aparte de ser empíricamente discutible sólo

[1231] Ibid.

[1232] Ibid.

arrojaría una diferencia cuantitativa que no puede traducirse en una pretendida diferencia ontológica entre el derecho a la educación o el derecho a la salud, de un lado, y el derecho a la propiedad privada o el derecho al sufragio, del otro"[1233].

-Sobre el pretendido carácter programático de los derechos económico-sociales: se piensa que en los derechos económico-sociales predomina la denominada dimensión objetiva frente a la dimensión subjetiva, o que los llamados derechos económico-sociales son buenas guías para el legislador pero no son derechos subjetivos. Sin embargo este error se encuentra en la supuesta facilidad y eficacia inmediata de la protección jurisdiccional de los derechos individuales, que parece insinuar que el juez no ha requerido la intervención del legislador para tutelarlos. Pero lo cierto es que no puede concebirse de manera fácil una inmediata protección del derecho de propiedad, del derecho de sufragio, o del derecho a la vida, de la libertad de expresión o del derecho al honor, sin la mediación de la legislación civil, la legislación electoral, la legislación penal y la legislación procesal. Por lo tanto, la principal diferencia entre los derechos individuales y los derechos sociales no estriba en que los primeros no requieran la mediación del legislador y los segundos sí, "sino en que la mediación legislativa para configurar los derechos individuales ya estaba, en gran medida, satisfecha en la tradición jurídica occidental y fue corregida y completada en el periodo de las revoluciones burguesas, mientras que tal mediación legislativa para configurar los derechos sociales se inicia, básica y tímidamente, en el siglo XX y está todavía haciéndose"[1234].

En resumen, podemos decir que el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral, aun teniendo como destinatario a los trabajadores/as, posee una naturaleza compleja y contenido múltiple, y aunque a priori podríamos calificarlo -aunque solo sea por lo que a sus titulares se refiere- como un derecho social fundamental de los trabajadores/as, encontramos en el mismo numerosos caracteres cuya expresión última al fin y al cabo es la defensa y protección de la dignidad personal y profesional y el libre desarrollo de la personalidad, a través del ejercicio de todo un conjunto de derechos

[1233] Ibid.

[1234] Ibid.

sociales, civiles y políticos que integran "el bloque de constitucionalidad personal"[1235] , que incluye a los trabajadores/as en la empresa.

Una de las garantías constitucionales más relevantes –desde la perspectiva de la tutela frente a la actuación de los poderes públicos- consiste en el respeto al contenido esencial del derecho como límite al legislador (art. 53.1 CE), que debe acatarlo en su regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La CE reserva al titular del derecho un poder de disposición sobre determinados ámbitos vitales, enunciados en abstracto, pero reconocibles en su núcleo y, por tanto, directamente ejercitables al menos en ese mínimo. Como ha declarado la STC 11/1981, de 8 de abril, por el hecho de tener reconocimiento constitucional, el tipo abstracto de un derecho (subjetivo) preexiste conceptualmente al momento legislativo y goza de aplicabilidad directa e inmediata -SSTC 15/1982, de 23 de abril y 254/1993, de 20 de julio- con independencia de la actividad o inactividad del legislador. Por otro lado, esta garantía también supone un límite para éste en el sentido de que se lesiona el contenido esencial del derecho cuando queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, o lo dificultan notablemente o lo despojan de la necesaria protección –como ha ocurrido con los DCPL tras la reforma laboral de 2012-.

Más allá de este contenido constitucional está el contenido adicional en sentido estricto, que es el que puede añadirse por otras normas infraconstitucionales que quedan fuera del ámbito de regulación del art. 53.1 y 81.1 CE. La ley puede regular algunas facetas del derecho extendiendo así esta tutela iusfundamental a través del contenido "adicional" que, por esta vía, amplía el esencial. Es el caso, por ejemplo, del derecho a la libertad sindical, en el que el TC ha distinguido entre el contenido esencial y el adicional señalando que "el artículo 28.1 de la Constitución Española integra, además de la vertiente organizativa de la libertad sindical, los derechos de actividad y medios de acción de los sindicatos –huelga, negociación colectiva, promoción de conflictos– que constituyen el núcleo mínimo, indispensable e indisponible de la libertad sindical"[1236]. Sin embargo, los sindicatos pueden ostentar derechos o facultades adicionales atribuidos

[1235] OJEDA AVILÉS, Antonio, «Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa», *Cit.* pp. 11-33.

[1236] STC 70/2000, de 13 de marzo.

por normas legales o convenios colectivos que pasen a engrosar o a añadirse a aquel núcleo esencial[1237]. No obstante, el TC advierte que "no todo incumplimiento de cualquier precepto referido al mismo es susceptible de infringir el derecho de libertad sindical del artículo 28.1 de la Constitución Española"[1238]. Por otra parte, determinados incumplimientos de esas facultades adicionales pueden lesionar también la libertad sindical y, en consecuencia, el TC aprecia su competencia para conocer sobre ellos en el recurso de amparo[1239]. Mientras que la garantía del contenido esencial vincula sólo al legislador, el poder ejecutivo y judicial se encuentran obligados al respeto del derecho fundamental de forma íntegra, es decir, de conformidad tanto a la delimitación constitucional como a la legislativa, además de la interpretación doctrinal realizada por el TC.

Siguiendo de nuevo a Garava de Cara[1240], podemos decir que el TC ha adoptado un método híbrido para la delimitación del contenido esencial de los derechos fundamentales, que se inició con una metodología para la determinación general y en abstracto de dicho contenido esencial y que con posterioridad se ha ido aplicando a casos concretos. Esta metodología, planteada por primera vez en la STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 8), establece dos vías de aproximación complementarias a la idea de contenido esencial:

-La primera hace referencia a la naturaleza jurídica, al modo de concebir o configurar cada derecho. Este planteamiento, como ya decíamos, presupone que el tipo abstracto del derecho fundamental preexiste al momento legislativo, debiendo ser

[1237] Tales como los de representación institucional y de promoción y presentación de candidaturas en las elecciones para órganos de representación de los trabajadores en las empresas y en las Administraciones públicas. De este modo, el derecho fundamental de libertad sindical se integra no sólo por su contenido esencial mínimo indispensable, sino también por esos derechos o facultades adicionales de origen legal o convencional colectivo, con la consecuencia de que los actos contrarios a estos últimos son susceptibles de infringir el artículo 28.1 de la Constitución Española.

[1238] STC 281/2005, de 7 de noviembre, sobre el uso sindical del servidor informático de una empresa, con cita de las SSTC 201/1999 y 44/2004: "tal violación del derecho fundamental se dará cuando dichos impedimentos u obstaculizaciones existan y no obedezcan a razones atendibles de protección de derechos e intereses constitucionalmente previstos que el autor de la norma legal o reglamentaria haya podido tomar en consideración", y señala asimismo que "estos derechos adicionales, en la medida que sobrepasan el contenido esencial que ha de ser garantizado a todos los sindicatos, son de creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical".

[1239] La doctrina constitucional se explica porque este último es el único cauce a través del cual el TC puede proteger de forma concreta los derechos fundamentales y por ello ha optado por dar cabida en ese recurso a determinadas lesiones que ha considerado relevantes del contenido adicional que exceden de lo que sería el propio contenido constitucional del derecho.

[1240] GAVARA DE CARA, Juan Carlos, «El contenido esencial de los derechos fundamentales», *Cit*.

reconocible en la regulación concreta que se establezca. En este sentido adquiere gran importancia, en relación con el contenido esencial, la remisión a los acuerdos y tratados internacionales que realiza el art. 10.2 CE, y especialmente la jurisprudencia del TEDH.

-Una segunda vía para definir el contenido esencial es la de tratar de determinar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo de los derechos subjetivos. Así, esencial en el contenido de un derecho sería aquella parte que es absolutamente necesaria para que dichos intereses resulten real, concreta y efectivamente protegidos. El mecanismo de identificación de una vulneración del contenido esencial utilizado en esta vía supondría examinar las consecuencias de la limitación que establece el legislador en un derecho para comprobar su adecuación a los intereses jurídicamente protegidos, ello a partir de tres criterios: la impracticabilidad del derecho, la insuficiencia o supresión de la necesaria protección y la irrazonabilidad o desproporción de la limitación del derecho.

El contenido esencial puede concebirse así con un carácter absoluto o relativo, y, aunque el TC parecía inclinarse más por una concepción del mismo como un núcleo absoluto e inalterable, en su doctrina ha ido realizado constantes referencias a que los derechos fundamentales deben ejercitarse de acuerdo con su contenido constitucionalmente declarado, identificando así el contenido esencial con el contenido constitucional indisponible o garantizado. Mediante la aplicación de estos criterios, el TC va aproximándose a las teorías que defienden que éste no constituye una medida preestablecida y fija, ya que no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental.

Además del contenido esencial del derecho, otro elemento constitutivo de éste son los derechos de configuración legal, esto es, aquellos que necesitan que el legislador no sólo arbitre los términos de su ejercicio, sino que también conforme su contenido, ya que de algún modo no está determinado por el texto constitucional. Estos derechos sólo pueden ser ejercitados en los términos ideados por el legislador, que tiene una amplia habilitación. Sin embargo, aun disponiendo de dicho margen, ambos aspectos han de ser compatibles con el contenido esencial del derecho. Los derechos de configuración legal son derechos abstractos, por lo que precisan delimitación sobre todos o algunos de sus elementos integrantes, pero en cualquier caso no pierden la condición de derechos fundamentales. Cuando hablamos de los DCPL estamos hablando de los derechos de

configuración legal del derecho a la conciliación de la vida personal y laboral. Sin embargo, hasta el momento, estos derechos no encuentran aún un anclaje firme con el contenido esencial del mismo, debiendo buscarlo principalmente en el art. 14 CE y 39 CE, entre otros. De ahí que, tal y como venimos defendiendo, consideremos que el derecho a la conciliación deba incorporarse a la CE como un derecho fundamental autónomo de tal forma que la vinculación de su contenido esencial con los derechos en los que se proyecta resulte más garantista y amplificador, coordinando así todos sus aspectos y evitando de este modo interpretaciones limitadoras que lo desconfiguren.

En nuestra opinión, y de acuerdo con lo desarrollado hasta la fecha tanto en la normativa internacional e interna, como en la jurisprudencia del TEDH, del TJUE, y del TC en esta materia, y teniendo en cuenta todos los derechos implicados a que hemos hecho referencia, debemos acometer la conceptualización de su contenido esencial.

Así, consideramos que el contenido esencial de la conciliación de la vida personal y laboral, como derecho social fundamental, se concretaría en la garantía de la compatibilidad efectiva entre la vida profesional y todas aquellas manifestaciones de la vida personal que presentan relevancia constitucional por su conexión con derechos reconocidos en la Carta Magna, en relación con el tiempo de trabajo, y la defensa de la igualdad de género, prohibiéndose toda discriminación basada en su ejercicio. La vulneración que se produciría por la negativa injustificada de una solicitud de DCPL de este tipo es la de la posibilidad de compatibilizar ambos aspectos citados en el ámbito de una relación de trabajo y en torno al uso del tiempo. Todo ello vinculado a su vez con la igualdad y dignidad como parámetro común interpretativo. En el apartado anterior, al analizar los derechos vinculados hemos visto que son diferentes los casos en que se produce una infracción directa del derecho en cuestión, o aquellas que sí que tienen lugar en el centro de trabajo pero no derivadas de una solicitud de compatibilización, mientras que por último las que sí estuviesen relacionadas con la ordenación del tiempo y la posibilidad de ejercitar actividades de la vida personal vinculadas a esos derechos constituirían vulneraciones del derecho fundamental a la conciliación.

En añadidura, el contenido esencial del derecho debería garantizar los siguientes aspectos:

A) Protección de las personas trabajadoras con responsabilidades familiares[1241] mediante:

-Derecho a permisos parentales (maternidad, paternidad, cuidado de familiares).

-Prohibición de discriminación por razón de sexo/género por el ejercicio de los DCPL.

-Garantía de indemnidad frente a represalias por el ejercicio de DCPL.

-Derecho a conservar todas las condiciones laborales al reingreso, así como derecho a la promoción profesional durante su ejercicio.

-Garantía de igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores/as con responsabilidades familiares y los demás trabajadores de la empresa.

B) Corresponsabilidad en el ejercicio de las responsabilidades familiares y laborales[1242] mediante:

-Equiparación de la duración de los permisos parentales de maternidad y paternidad (a excepción de las seis semanas de recuperación física de la mujer).

-Fomento de la corresponsabilidad en todos los ámbitos de la vida pública, y específicamente en el desarrollo de los DCPL.

-Provisionalmente, establecimiento de medidas de acción positiva para incentivar el ejercicio de los DCPL por los varones.

[1241] -Directiva de maternidad 92/85.
-Directiva de permisos parentales 2010/18.
-Directiva antidiscriminatoria 2006/54.
-Art. 3 Convenio OIT nº 156.
-Arts. 8 y 27 CSE revisada.
-CEDAW: ART. 11.2 a) y b).
-Arts. 23 y 33 CDFUE.
-Declaración de Pekín F.6 4 c).
-Arts.10.1 9.2, 14, 39 CE.
-STC 3/2007.
-STC 26/2011.
-Art. 44.2 LOI 3/2007.

[1242] -Directiva 2010/18, de 8 de marzo, cláusula 2.2.
-Directiva 2006/54, de 5 de julio, art. 16.
-Artículo 44.3 LOI 3/2007.
-Pekín F6 4c) y 3d).
-Arts. 9.2, 10.1, 14 CE.
-Sentencia *Asunto Roca Álvarez*, de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/2009.
-Sentencia TEDH 22/03/2012 *Asunto Konstantin Markin v. Rusia*. Demanda nº 30078/06.

C) Promoción y desarrollo del derecho a la conciliación efectiva[1243] a través de:

-Prevalencia en el desarrollo legislativo y convencional de DCPL presenciales frente a DCPL de ausencia, para posibilitar a los trabajadores/as permanecer en la vida activa sin conflicto entre sus responsabilidades personales, familiares y profesionales: conciliación *efectiva* de ambas esferas.

-Reforzamiento de los DCPL en los sectores laborales más precarios para garantizar su ejercicio: trabajadores temporales, a tiempo parcial, regímenes especiales.

-Promoción y desarrollo de los DCPL de la vida personal a través de medidas que permitan una conciliación *efectiva* cuando se trata de aspectos de relevancia constitucional y actualmente no se encuentran garantizados legalmente. Asimismo la prohibición de discriminación y la garantía de indemnidad frente a represalias por su ejercicio.

-Reforzamiento de medidas de protección integral de la familia[1244] desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres, que incorporen prestaciones y ayudas sociales, familiares y fiscales, en especial a las familias monoparentales y numerosas, así como el fomento de servicios públicos para el cuidado de menores y de personas dependientes; junto con el desarrollo de políticas racionales del tiempo que faciliten la conciliación de la vida personal y laboral.

En cuanto al contenido adicional del derecho, estaría integrado por todos aquellos derechos o facultades de origen legal o convencional a los que hemos hecho referencia en el capítulo I, con la consecuencia de que los actos contrarios a estos últimos serían susceptibles de infringir el derecho fundamental a la conciliación, del mismo modo que serían contrarios aquellos que no se ajusten a su contenido.

Si hemos de concretar cuál sería su ubicación en la configuración actual de la

[1243] -Directiva 2010/18, de 8 de marzo, cláusula 6.
-Declaración de Pekín F.6 1.a) y F.6 4.f).
Art. 34.8 ET introducido por la LOI 3/2007.

[1244] -Arts. 16 y 27 CSE Revisada.
-Art. 33 CDFUE.
-Art. 11.2 c CEDAW.
-Arts. 10.1, 9.2, 14, 15, 16, 18.1 y 18.4, 35, 39, 40.1, 40. 2, 43.1, 49, 50 CE.

CE, estimamos que en la Sección primera del Capítulo II del Título I, a tenor de los derechos fundamentales implicados. Sin embargo, consideramos que resultaría más pertinente abordar en una futura reforma un tratamiento de los derechos fundamentales al mismo nivel que la CDFUE, que no discierne entre derechos civiles y políticos y derechos sociales. Así, podría recogerse un apartado o capítulo dedicado al principio de igualdad y no discriminación donde tendrían cabida estos nuevos derechos con perspectiva de género, como el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral de las personas trabajadoras, el derecho a una vida libre de violencia machista, o el derecho a la participación equilibrada de mujeres y hombres en la vida pública. Otra propuesta posible sería incluirlo en un apartado donde se dé cabida a todos los derechos fundamentales específicos de los trabajadores/as. En todo caso tratándose de un hipotético proceso de reforma cuyo alcance y configuración no se puede prever actualmente, lo verdaderamente relevante sería que, cualquiera que sea la ubicación escogida, se garantice su contenido esencial, su vinculación con los derechos referidos, y en definitiva una adecuada sistematización.

En cuanto a la redacción del artículo proponemos la siguiente:

"Se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral, sin que exista discriminación alguna por su ejercicio. Los poderes públicos desarrollarán medidas que permitan conciliar de manera efectiva las obligaciones personales y profesionales de la ciudadanía".

Optamos por una redacción sencilla y escueta, pero en la que se recogen todos los elementos característicos del derecho que hemos venido exponiendo en este trabajo. Así, empleamos el término "personal" por considerar que comprende cada una de las circunstancias que en la práctica aparecen con motivo del ejercicio de los DCPL, entre ellas, obviamente, las relacionadas con las obligaciones familiares. Continúa con una prohibición de discriminación que se expresa quizás en términos más tajantes que los del propio artículo 14, en la medida en que no se trata sólo de que la discriminación "no prevalezca", sino que ni siquiera exista. Estimamos que este refuerzo por vía terminológica es pertinente en casos como el que nos ocupa habida cuenta de la histórica situación de desigualdad frente a la que se trata de reaccionar. Por otro lado

incluimos un deber de fomento a cargo de los poderes públicos lo suficientemente amplio, en el que no es necesario referirse a aspectos como la promoción de la corresponsabilidad, ya que encuentra su articulación en el art. 44 de la LOI 3/2007. Al introducir la exigencia de efectividad pretendemos subrayar la idea de que la acción pública debe dirigirse decididamente a "conciliar" ambas esferas, y hacer que el desarrollo de una de ellas no suponga una minoración de la otra. A fin de cuentas el ejercicio de los derechos sociales no puede comportar que se deba pagar un precio en forma de renuncia, por ejemplo, a la carrera profesional.

El derecho a la conciliación de la vida personal y laboral de los trabajadores/as se reafirma así como un derecho de ciudadanía en la empresa, un derecho para que mujeres y hombres puedan disfrutar, en condiciones de igualdad de oportunidades y de trato, de la familia, del hogar, así como de otros derechos del individuo como son la formación, la protección de la salud, la libertad religiosa e ideológica entre otros. Todo ello sin sufrir discriminaciones por su ejercicio. La sociedad sólo podrá avanzar si es con los pasos firmes de ciudadanas y ciudadanos libres, iguales y dignos.

En fin, sería una ingenuidad pensar que la consolidación de este derecho en el ordenamiento jurídico, aun al máximo nivel, supondría la solución a todos los problemas, pues no podemos perder de vista las numerosas resistencias sociopolíticas e inercias históricas a las que debe hacer frente cada vez que intenta ser ejercitado; pero no hay que perder de vista que el desarrollo de la conciliacion es una exigencia, una demanda social que procede de la ciudadanía. Ahora bien, vivimos tiempos en los que se hace presente una exigencia creciente de legitimidad en las instituciones y en la intervención política, y no cabe duda de que en el ámbito que tratamos, esa legitimidad precisa sustentarse sobre un respeto inequívoco a principios básicos como el de igualdad y no discriminación de mujeres y hombres. Una de cuyas manifestaciones más relevantes es el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral debido a todas las implicaciones que hemos visto. Quizá por tanto nuestra norma suprema no sea la meta, sino un punto de partida al que no podemos renunciar en la medida en que se trata de la mejor de las herramientas de convivencia al servicio de todas y todos.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo hemos ido examinando una serie de ámbitos relacionados con los derechos de conciliación que, a la manera de antecedentes, han ido conduciéndonos hasta la propuesta final que formulamos. Asimismo este recorrido nos ha suscitado una serie de reflexiones que pasamos a detallar a continuación.

PRIMERA.- La idea de la conciliación unida al reparto de responsabilidades tiene su origen intelectual en las demandas feministas de los años 70. En su traslado a la normativa, sin embargo, esta noción queda desvirtuada al no tener en cuenta la perspectiva de género, en favor principalmente de la política de empleo de la UE, que obedece a la incorporación de la mujer al mercado de trabajo formal.

Desde el ámbito de la doctrina iusfeminista se ha venido denunciando la dicotomía público/privado que está en el origen de la discriminación estructural sexo/género, e igualmente la sacralización del ámbito privado como un factor exento de intervención, que responde a una concepción patriarcal de la sociedad y atribuye un carácter "natural" a las relaciones tradicionales de género.

Concretamente en el ámbito de las políticas públicas de conciliación se han generado nuevas formas de desigualdad que obedecen, en primer lugar, a la adopción de estrategias políticas desde muy diversos enfoques y con arreglo a distintos propósitos: la protección de la familia, el ya mencionado empleo femenino, la promoción de la maternidad con fines demográficos, etc. y donde la igualdad efectiva de mujeres y hombres ha quedado relegada a un segundo plano. Por otra parte, el establecimiento de medidas diferenciadoras por razón de sexo se ha mostrado ineficiente en este aspecto puesto que ha acabado feminizando la conciliación. Se abre así una brecha entre la teoría feminista y las políticas de igualdad, poniendo de manifiesto la necesidad de adecuar estas a cada forma de discriminación, así como la de actuar sobre el género, no

sobre el sexo.

Y es que el problema no se encuentra en la efectividad de las medidas en cuanto tales, sino en su errónea consideración a la manera de intervenciones supuestamente protectoras de las mujeres, y que de ese modo han terminado por reafirmar su rol de cuidado. Cabe decir, por ello, que sólo se mostrarán realmente eficaces, en materia de conciliación, aquellas políticas públicas en las que la diferencia sexual no sea un factor relevante, avanzando así en la idea de la conciliación como derecho fundamental autónomo, que no debe desligarse de la igualdad de género -ya que surge con el objetivo último de promoverla, desde la perspectiva la corresponsabilidad-. En este sentido han de favorecerse los mecanismos de corte presencial que permitan hacer verdaderamente compatibles el trabajo y el desarrollo de la vida personal y familiar de hombres y mujeres por igual.

El problema de fondo nos remite a la necesidad de reformular el pacto social inicialmente construido sobre bases desigualitarias, y hacerlo de nuevo con esa perspectiva de género que no es sino una exigencia básica de justicia e igualdad en las relaciones sociales y las actuaciones normativas.

SEGUNDA.- En el ámbito normativo, la conciliación ha experimentado un desarrollo exponencial en los últimos decenios y en los diferentes niveles, internacional, europeo, estatal y autonómico, lo que de por sí es expresivo de la relevancia social que ha adquirido, en la medida en que su reflejo legislativo no es sino la respuesta institucional a una necesidad creciente de la ciudadanía. Este camino no ha estado exento de avances y retrocesos.

Si algo caracteriza el tratamiento jurídico de la conciliación en la Unión Europea es la ingente producción normativa que, a través de diversas técnicas -entre las que predomina el *soft law*- ha venido abordando la cuestión. Ahora bien, un examen prudente de los resultados obtenidos, favorecido por el transcurso del tiempo, nos lleva a concluir que semejante esfuerzo regulador puede resumirse en una sucesión irregular de avances y retrocesos que no han obedecido únicamente, como pudiera pensarse, a coyunturas económicas y sociales. En este sentido es llamativo el hecho de que a cada progreso en la dirección adecuada ha seguido una reacción más o menos inmediata que

de manera directa o indirecta acaba por limitarlo. La clave de fondo consiste en que en pocas ocasiones se ha atacado la raíz del problema, esto es, la discriminación estructural sexo/género, cuya superación debería haberse convertido en el propósito inspirador de cada impulso normativo. La mejor prueba de ello tal vez se encuentre en la diversidad de perspectivas que se han ido adoptando en la tarea reguladora, definidas a su vez por la búsqueda de otros objetivos normalmente alejados de ese fin último. A lo cual se une el uso de herramientas jurídicas con distintos niveles de exigibilidad, lo que perjudica la creación de un sistema coherente, efectivo y acorde con las necesidades de los trabajadores/as. Por tanto, las reformas que se han ido llevando a cabo, aunque van dando pasos en la dirección de implicar a los hombres en el cuidado, siguen insistiendo en facilitar a las mujeres que asuman la mayor parte, a la vez que mantienen su inserción en el empleo en la medida en la que puedan compatibilizarlo. En añadidura, las políticas de la UE han obviado que las necesidades de cuidado abarcan no sólo a los menores sino también a las personas mayores y dependientes.

Hemos de valorar positivamente la progresiva consolidación del derecho a la conciliación como nuevo derecho fundamental. Sin embargo en esta aparente evolución –al máximo nivel- puede perderse de nuevo la razón principal de su necesidad, esto es, acabar con la discriminación estructural sexo/género. Así, el nuevo derecho se encamina a garantizar la prohibición de discriminación de las personas trabajadoras con responsabilidades familiares, tal y como se deduce de su reconocimiento en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 33, ubicado dentro de los derechos denominados de solidaridad y con una concreción ciertamente restrictiva.

Por último, cabe señalar un nuevo proceso involutivo en el ámbito europeo, que se manifiesta en el conflicto existente entre el Parlamento y la Comisión Europea en torno a cómo debe entenderse la conciliación. Estas discrepancias se han puesto en evidencia tanto en el abandono por parte de la Comisión de la propuesta de reforma de la Directiva de maternidad, como en su rechazo a presentar un informe en torno a las propuestas de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento sobre la aplicación y necesidad de reforma de la Directiva de permisos parentales. Así, la Comisión, en agosto de 2015 publicaba una nueva “hoja de ruta” correspondiente a la iniciativa “Un nuevo comienzo para afrontar los retos de la conciliación de la vida laboral y la vida privada de las familias trabajadoras”, con el fin de sustituir su

propuesta de revisar la Directiva sobre el permiso de maternidad. Esta situación es reflejo de las tensiones que subyacen en el propio seno de la UE en torno a la manera de abordar el conflicto ámbito público/ámbito privado en relación con la igualdad de género.

TERCERA.- En lo que atañe al ordenamiento jurídico estatal, el tratamiento legislativo de la conciliación ha evolucionado, en cuanto a sus motivos de fondo, desde la protección de la familia -a través de la tutela de la maternidad de la mujer trabajadora-, hasta la igualdad de género, pese a que persisten importantes lagunas.

La LCVFL 39/1999, que transpone diferentes Directivas de la UE, incluye un primer intento de introducir la figura del padre, en cuanto a sus responsabilidades familiares, a través de permisos transferibles como el de maternidad. Las estadísticas, sin embargo, demuestran que esta medida ha tenido escaso éxito, y dan fe del limitado alcance de ciertas actuaciones bienintencionadas pero carentes de perspectiva de género, como ya hemos comentado. Con la LOI 3/2007 se intentan corregir algunos errores pasados, al tiempo que se potencian los DCPL como herramientas fundamentales al servicio de la igualdad efectiva de oportunidades de mujeres y hombres en el trabajo, siendo este su enfoque principal. En tal sentido, la corresponsabilidad adquiere un valor transversal en las políticas de género; sin embargo, la crisis económica que se inicia en el año 2008 frena completamente su desarrollo.

La legislación nacional en materia de conciliación merece así mismo un reproche en cuanto a su falta de sistemática, amén de propiciar importantes lagunas conceptuales, relacionadas con la definición misma de conciliación –y su contenido intangible- y el término ‘vida personal’. En este trabajo hemos intentado ordenar y definir los DCPL, derechos con un claro carácter heterogéneo y que tan dispersos se encuentran en el ET, identificándolos en torno a los mecanismos que el legislador articula para su ejercicio, a saber: suspensión del contrato con derecho a permisos o prestaciones retribuidas (maternidad, paternidad, riesgo ligado al embarazo y el parto, etc.) o sin derecho a tal retribución (excedencias), así como actuaciones en el tiempo de trabajo, como la reducción y la adaptación jornada (cuidado de hijos y familiares, formación profesional, víctimas de violencia de género y terrorismo, permiso de lactancia, etc.).

Además de ello, la normativa estatal en materia de conciliación se muestra insuficiente para que los trabajadores/as, una vez transcurridos los primeros nueve meses del hijo/a, puedan compatibilizar de manera efectiva su vida familiar y laboral, puesto que los permisos parentales articulados son permisos de ausencia, y por tanto alejan a las mujeres del trabajo, en la medida en que son ellas quienes acaban renunciando a su salario. Esto provoca otros efectos como el abandono de su carrera profesional o las situaciones de infracotización que de ello se derivan, aunque se pretenda equilibrar la brecha de género o recompensar la aportación demográfica con el reconocimiento de determinados periodos como cotizados. Por el contrario, cuando se trata de medidas para la conciliación, concebidas para un modelo de mercado de trabajo en el que el varón es la figura preponderante, su articulación legal resulta más completa: así ocurre con los permisos para el ejercicio de cargo público, los destinados a la formación, o situaciones accesorias relacionadas con el cuidado o ciertas necesidades de la vida personal como los permisos retribuidos de corta duración.

Se hace precisa una reforma del ET para introducir el reconocimiento del derecho a la conciliación como derecho laboral básico de los trabajadores/as, tanto en el artículo 4 como en el 17 ET, donde se sistematicen, agrupen y definan legalmente los derechos de conciliación, incluyendo la garantía de indemnidad que actualmente se residencia en el art. 55.5 ET, y que debería extenderse para todos y cada uno de los supuestos de conciliación de la vida familiar, personal y laboral enumerados en ese capítulo o sección destinada a recogerlos; de esta manera, su utilización a efectos de reclamación judicial presentaría mayor claridad e inmediatez, en conexión con la Disposición Adicional 18 ET y el art. 139.2 LRJS.

Por otra parte, la conciliación posee un carácter expansivo que se proyecta extramuros de la relación laboral común por cuenta ajena, en otros sectores como el de los empleados/as públicos -y dentro de él las particularidades que presentan la carrera judicial, las fuerzas armadas, la guardia civil, etc.-, además de los regímenes especiales de la Seguridad Social -los trabajadores/as autónomos o los empleados/as del hogar-. En el caso de los primeros, la conciliación alcanza un mayor desarrollo incluso en factores tales como la vida personal. Así, podemos referirnos a la regulación de las Comunidades Autónomas, donde este derecho aparece frecuentemente recogido en su

máximo nivel normativo, el Estatuto de Autonomía, y el principio de la corresponsabilidad se articula en muchas ocasiones como un elemento esencial de los DCPL, a través por ejemplo de la aprobación de un permiso de paternidad de cuatro, o más semanas. Ahora bien, esta regulación, limitada a los empleados/as públicos por razón del orden competencial sobre la legislación laboral, termina por provocar otro efecto indeseado. Y es que, en conjunción con la normativa de esos regímenes especializados a que hemos hecho referencia, se acaban consolidando diferentes niveles de alcance y efectividad de los DCPL según se trate del grupo concreto de trabajadores/as: en el de mayores posibilidades estarían los empleados/as públicos; en el segundo escalón se encontrarían los trabajadores/as laborales por cuenta ajena -dentro de los cuales existirían a su vez nuevas distinciones, como la que correspondería a los empleados/as altamente cualificados de las grandes empresas donde existen Planes de Igualdad-; y en un tercero, en el que se concentrarían mayores dificultades, se situarían regímenes como el especial agrario, el de los empleados/as del hogar, o los trabajadores/as autónomos económicamente dependientes. No cabe duda de que en todos estos casos estamos hablando de ciudadanos/as con idénticas necesidades de compatibilización entre la vida personal y laboral, aun con sus singulares manifestaciones y requerimientos, por lo que la estratificación de los DCPL constituye un nuevo ejemplo de alejamiento del propósito originario que debería inspirar cualquier actuación pública en ese sentido.

CUARTA.- En el Derecho Comparado encontramos carencias similares a las que hemos venido exponiendo y que, de nuevo, obedecen a la mayor o menor voluntad en las políticas públicas de actuar en la raíz del problema: los desequilibrios que se producen entre el ámbito público y privado y las relaciones de género.

En primer lugar, en muchos de los países se evidencia algo similar a lo que ocurre en el nuestro: la dispersión normativa de los derechos de conciliación, que más bien se deducen de otras regulaciones dirigidas a la protección en el trabajo, o de la familia. Asimismo, en la mayoría de los casos se continúa asociando el cuidado con las mujeres, derivando hacia ellas la gestión social del mismo. En ninguno de los países estudiados se ha abordado realmente el conflicto con la profundidad requerida, tratando de cuestionar la dicotomía público/privado. Así, encontramos maneras muy distintas de entender la igualdad entre mujeres y hombres, que derivan hacia estrategias muy

divergentes. La de la corresponsabilidad, por otro lado, sigue siendo una asignatura pendiente, frente a la protección de la maternidad, sin duda la medida más desarrollada -aunque persiste la ausencia de prestación económica en numerosos países-. Por el contrario, no existen mecanismos tutelares de la paternidad en la mayoría de los casos, y cuando se reconocen poseen una configuración tan diferenciada de los de la maternidad que no hacen sino reafirmar el rol femenino del cuidado. Los países nórdicos se presentan como una excepción en este sentido, con permisos parentales pagados, iguales y con mayor tendencia a la intransferibilidad, así como la posibilidad de adaptar la jornada de trabajo, algo que apenas se da en el resto de casos.

QUINTA.- El contexto jurídico en el que se ejercen actualmente los derechos de conciliación sufre un importante deterioro.

Habida cuenta de que los mismos tienen por objeto la compatibilidad entre la vida personal y la laboral, el sector del ordenamiento encargado de regular ésta, el Derecho del Trabajo, se encuentra sometido a numerosas tensiones desde el ámbito político-normativo y académico que cuestionan su misma naturaleza y pertinencia. Así, tanto en los discursos públicos como en la propia motivación que el legislador maneja para articular sus reformas se le presenta a la manera de un obstáculo para las políticas de empleo, a causa de su rigidez y escasa permeabilidad a las nuevas realidades sociales, constituyendo un elemento distorsionador del mercado de trabajo frente a la capacidad negocial individual o colectiva -si bien limitada al ámbito de la empresa-. Todo ello ha conducido a un proceso de desconstitucionalización y desnaturalización del Derecho del Trabajo por la vía de sucesivas reformas legislativas que han socavado los mismos fundamentos que le dieron origen, sustanciados en un propósito tutelar de la posición más débil en el contrato laboral, así como pacificador de las relaciones sociales en aras a combatir las desigualdades; de este modo se ha provocado la ruptura del consenso constitucional que permitió la inclusión en la Carta Magna de las relaciones laborales, y ha sustraído éstas de los vínculos naturales que las unen al cuerpo de derechos sociales fundamentales. El nuevo “Derecho Laboral sin calificativos” que se propone atendería asimismo a propósitos macroeconómicos y debería dar respuesta en cada momento a los cambios de coyuntura que pusiesen en riesgo el desarrollo empresarial.

Ciertamente, el objeto regulatorio del Derecho del Trabajo se ha modificado de forma considerable en el mundo contemporáneo: frente a los dos polos tradicionales, empleador/a y trabajador/a, en los que se concretaba la relación laboral, la sociedad globalizada, las nuevas tecnologías, la fragmentariedad y capacidad expansiva de los procesos de producción y la diversidad de formas jurídicas a que pueden acogerse, han difuminado de manera notable aquel esquema inicial. El trabajador/a actualmente se encuentra frente a un escenario caracterizado por la amenaza constante de cambio, una profunda inseguridad y una distancia aún mayor que en otros tiempos entre el objeto de su prestación de servicios y el producto final obtenido con ellos. Todo ello, en realidad, supone que el propósito tuitivo del Derecho del Trabajo sea aún más necesario, habida cuenta de la complejidad a la que debe enfrentarse. Y sin embargo, como decimos, el espíritu de la normativa reformista que ha intervenido sobre él en los últimos tiempos ha terminado deteriorándolo hasta el punto de situar a los trabajadores/as en una posición de debilidad que, en el concreto ámbito de nuestro estudio, repercute en la posibilidad de ejercitar de manera efectiva los derechos de conciliación. A ello contribuye la pluralidad de fuentes normativas, que especialmente en el ámbito de la Unión obedecen a criterios económicos e intereses de los poderes privados que repercuten negativamente en los derechos sociales.

En este sentido, el reforzamiento futuro de la normativa laboral en que se desarrollan y ejercitan los derechos de conciliación ha de venir por la vía de su reconocimiento constitucional. A tenor de lo que hemos analizado en este trabajo podemos decir que vivimos tiempos en los que, más allá aún de la dicotomía entre tener un empleo o estar desempleado/a, existe un riesgo real de que la relación laboral transcurra en unos términos que atenten contra la dignidad personal, e incidan en la desigualdad social, sin duda uno de los mayores problemas de las democracias avanzadas.

La condición de ciudadanía aparece inequívocamente vinculada en las sociedades contemporáneas a la efectividad real de los derechos fundamentales con independencia de los diferentes ámbitos de desenvolvimiento personal, incluido por lo tanto el del trabajo. De ahí que consideremos que resulta precisa una relectura de la legitimidad originaria del Derecho del Trabajo, en clave constitucional, como aquella normativa -en el más amplio sentido de la palabra- que, cualesquiera que sean nuestras

circunstancias laborales, velará porque en ningún momento supongan la pérdida de la condición ciudadana, manifestación en último término de la dignidad consustancial al ser humano y reconocida constitucionalmente.

SEXTA.- Las brechas de género en el ámbito laboral, como manifestación de la división sexual del trabajo, continúan presentes en nuestro país.

El análisis estadístico realizado por las encuestas y estudios oficiales pone de manifiesto que persisten en el mercado laboral, y en su relación con la vida privada, importantes brechas de género que no son sino expresión de la ancestral división sexual del trabajo, un proceso que a pesar del transcurso del tiempo, las conquistas sociales, y los avances tecnológicos, se ha venido reconstruyendo para mantener un mismo *statu quo* en perjuicio de las mujeres.

En el contexto de la crisis económica cuyo inicio podemos cifrar en el año 2008, es de destacar cómo las variaciones porcentuales mínimas en aspectos tales como la evolución tasa de empleo (ligera y coyunturalmente favorable para las mujeres como consecuencia de la fuerte caída experimentada por la de los hombres), la tipología contractual del mismo, las posibilidades de acceso y promoción profesional, etc., dan fe de una situación indudablemente desfavorable para las mujeres: tienen más difícil que los hombres conseguir y mantenerse en el empleo, ser retribuidas igual y trabajar a tiempo completo; afrontan mayores obstáculos para alcanzar puestos de dirección y, en general, su fuerza de trabajo se concentra en sectores peor remunerados y sometidos a diversas formas de precariedad. Si a ello añadimos los resultados de los análisis efectuados en torno a la relación entre el tiempo de trabajo y el dedicado a la vida privada, concluimos con que las mujeres se dedican mayoritariamente a las tareas de cuidado, asumen más responsabilidades familiares y disponen de menos tiempo de ocio o vida personal. Todo ello, a su vez, redunda en perjuicio de su carrera profesional y en la asunción de la llamada “doble presencia”, completando así el círculo de la desigualdad, y sometiendo por ende a las mujeres a numerosos riesgos psicosociales derivados de la exigencia de respuesta sincrónica a los requerimientos laborales y de cuidado.

Vemos, pues, cómo la nueva realidad laboral más flexible, cambiante y diversa

no es sino, desde una perspectiva histórica, la mera reformulación del pacto social institucionalizador de la división 'natural' del trabajo producto, a su vez, de la división 'natural' de los sexos y generador de una discriminación estructural que no puede abordarse a través de meras políticas asistenciales y feminizadas, sino combatiendo esa causa de raíz que sigue presente.

A la presente situación de menoscabo normativo y desigualdad en el ámbito laboral, en lo que atañe a la conciliación, han contribuido las sucesivas reformas legislativas articuladas en el sector. Del amplio listado de normativa que hemos estudiado se desprenden una serie de consecuencias no sólo relacionadas con el concreto objeto de su regulación, sino con la forma misma de producción del derecho en el momento presente. Así, se ha recurrido de manera abusiva al argumento de la urgencia como pretexto para articular mecanismos legislativos de tal relevancia que hubiesen exigido un previo debate parlamentario, en la medida en que han supuesto una serie de modificaciones profundas de los derechos laborales, las garantías de los mismos y los instrumentos de negociación colectiva. Entre ellas podemos destacar, en relación con nuestro objeto de estudio, no solo la falta de desarrollo normativo de medidas como el permiso de paternidad, sino el deterioro de otras tanto por vía directa como indirecta.

Ello dibuja un panorama de profundo desequilibrio en cuanto a las potestades de empleador/a y trabajador/a para la ordenación del tiempo de trabajo y la vida personal, articulado a través de medidas que, en aras de propósitos macroeconómicos tan abstractos como la 'generación de confianza' en los mercados, han acabado por regular cuestiones muy concretas cuya relación con ellos resulta discutible, y que sin embargo se traducen en una serie de externalidades negativas que afectan de manera directa a la calidad de vida de la ciudadanía, y especialmente de las mujeres.

Considerando que alguna de estas reformas -sustancialmente la implementada mediante el RDL 3/2012-, se ha presentado como paradigma de la estrategia europea de la "flexiseguridad", debemos subrayar la dificultad que supone importar, sin más, determinadas estrategias nacidas en contextos muy diferentes, como el de los países nórdicos, donde a un mercado de trabajo flexible que facilita la entrada y salida, y los procesos de transición, se une un desarrollo más eficaz de la formación para el empleo y, sobre todo, una red fundamentada en servicios públicos con amplios sistemas de

protección, donde las políticas de conciliación convergen con las de género. En nuestro país, la "flexiseguridad" se ha manifestado sólo en la primera parte del término, extendiendo las potestades de flexibilidad interna para el empresariado, sin que paralelamente se hayan reconocido para los trabajadores acompañadas de mecanismos de seguridad.

SÉPTIMA.- La ampliación de los poderes empresariales en la ordenación de la jornada de trabajo, entre otros aspectos, aparece como un obstáculo al que deben enfrentarse las políticas de conciliación en relación con las del tiempo. No obstante, los derechos fundamentales constituyen un límite frente a tales potestades.

Los estudios de la Sociología del Trabajo han puesto de manifiesto la necesidad de conectar la conciliación con las políticas del tiempo, y abordar estas con perspectiva de género, de forma integral y con voluntad transformadora. Se trataría de incidir en aspectos tales como la redefinición de la carga total de trabajo (el relativo al empleo y el doméstico o de cuidado), el cambio de la organización temporal tanto en el conjunto de la sociedad cuanto en las relaciones laborales y, en general, en la impugnación del modelo tradicional de división sexual del trabajo generador de la discriminación estructural a que hemos hecho referencia.

En este sentido, existe un consenso generalizado en torno a la necesidad de racionalizar los horarios en nuestro país, cuestión cada vez más presente en los discursos públicos y objeto de reiterados debates en diversos niveles de responsabilidad política e intervención social. Sin embargo ni las medidas que llevaría aparejada esa racionalización, ni otras posibles que se proponen en relación con las políticas del tiempo (incremento de servicios públicos, especialmente en lo que atañe al reforzamiento y profesionalización de las tareas de cuidado, bancos de horas, etc.), han recibido una respuesta legislativa verdaderamente seria y comprometida, a diferencia de otras actuaciones que por la vía de urgencia, y aun con el ropaje de su carácter jurídico-laboral, no han dejado de ser eso: políticas del tiempo, pero en favor de su mayor disposición por el empleador/a.

De este modo se hace evidente la necesidad de una confluencia en las diferentes estrategias de intervención de los poderes públicos; políticas que introduzcan, en el

ámbito que nos ocupa, los diversos factores a considerar desde una perspectiva integradora: la igualdad de género, el reparto equitativo de responsabilidades, el empleo del tiempo en el trabajo y la vida personal, las necesidades de cuidado y la flexibilidad laboral, en aras de una productividad que se ha demostrado desligada del mero presentismo, y más relacionada con el bienestar de la ciudadanía en los diferentes ámbitos públicos y privados en que se desarrolla su proyecto vital.

La ausencia de este enfoque en la actuación político-normativa ha provocado que, en nuestro país, cualquier iniciativa al respecto vaya a tropezar con el desequilibro en las potestades inherentes a las partes de la relación laboral a que hemos hecho referencia.

Sin embargo, los derechos de conciliación deben constituir un instrumento de contención eficaz frente a la amplitud de la potestad empresarial para la ordenación del tiempo de trabajo. A tenor del contenido con que esta se establece en el ordenamiento jurídico, el empleador/a cuenta hoy día con la casi exclusiva disponibilidad sobre el tiempo de trabajo. Y la mera lectura de esas potestades da cuenta del intenso condicionamiento que pueden provocar sobre la conciliación de la vida personal y laboral de los trabajadores/as.

No obstante, los derechos fundamentales aparecen como limitaciones frente a las que no cabe invocar determinaciones o principios de las relaciones contractuales. El cuerpo jurisprudencial elaborado por el TC en torno a esta cuestión ha sentado, en primer lugar, la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, y asimismo ha concretado los límites aludidos en aspectos tales como el principio de intangibilidad del contenido esencial de los derechos, la necesaria justificación democrática de sus restricciones o el principio de proporcionalidad, amén de otra serie de factores que deben tener en cuenta los tribunales para resolver esta clase de conflictos: los derechos fundamentales como parámetro interpretativo del ordenamiento jurídico, o la inversión de la carga de la prueba.

Por otro lado, hay que recordar que para la doctrina constitucional la libertad de empresa no se encuentra en el mismo plano de relevancia que los derechos fundamentales de los trabajadores. Así que solo cuando la limitación adoptada supere el

triple test de proporcionalidad y esté además estrictamente justificada, cabrá limitar los derechos fundamentales. A ello hay que añadir la cláusula del art. 9.2 CE que el Tribunal Constitucional ha interpretado como la exigencia en el ámbito de las relaciones laborales de un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador/a. En conclusión, toda limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores/as en virtud de los poderes empresariales que emanan de la libertad de empresa, ha de interpretarse de manera restrictiva.

En lo que atañe a la técnica de la ponderación, ésta ha demostrado poseer un margen de subjetividad que puede en ocasiones hacerla ineficaz y conducir a resultados injustos. Partiendo del ámbito que nos ocupa, sería preciso que una actuación legislativa decidida y coherente incrementase el margen de seguridad jurídica en aspectos tales como el juicio de proporcionalidad. Ciertamente que la casuística dificulta la tarea, pero al mismo tiempo deben acotarse los criterios de decisión teniendo en cuenta el contenido de los derechos y el contexto en el que se producen los conflictos, marcado en lo que a conciliación se refiere por la discriminación estructural a que hemos hecho referencia.

OCTAVA.- La LOI 3/2007 introduce en nuestro ordenamiento jurídico los derechos de conciliación de segunda generación con el ánimo de avanzar en la consecución de la igualdad efectiva de mujeres y hombres; sin embargo se han visto sometidos a resistencias estructurales y dificultades posteriores por causa de la coyuntura económica.

El legislador, consciente de la distancia entre la igualdad formal de mujeres y hombres y su realización material, da un paso adelante en la efectividad de este principio y pone especial confianza en los derechos de conciliación para alcanzar tal objetivo en el ámbito del trabajo. Así, con el propósito de desfeminizar los DCPL, los configura en el art. 44, como parte del contenido esencial del principio de igualdad y no discriminación, desde la perspectiva de la corresponsabilidad en su ejercicio. Al mismo tiempo la LOI 3/2007 introduce el concepto “vida personal”, aunque no aclara más acerca de su contenido, y una capacidad de adaptación de la jornada de trabajo en la línea de los nuevos derechos de conciliación presenciales, constituyendo todos ellos lo que podríamos denominar “derechos de conciliación de segunda generación”.

La inclusión de la expresión “vida personal” resulta acorde con la anglosajona *work-life balance*, y recoge de una manera más amplia e inclusiva todas las posibles situaciones que pueden motivar una solicitud de DCPL, sin que ello suponga desconectarlo de la igualdad de género y de la protección de la familia; por el contrario, evita la asimilación irreflexiva entre la conciliación y el cuidado a cargo de la mujer de menores y dependientes. Asimismo abre puertas a la tutela de los llamados derechos inespecíficos, que necesitan ser ejercitados en compatibilidad con el tiempo de trabajo. No obstante, la ausencia de una determinación clara de su contenido, unido al contexto de crisis económica y precariedad laboral, como decimos, han condicionado su desarrollo.

En cuanto a otro de los motivos inspiradores de la LOI 3/2007, el de corresponsabilidad -que podemos calificar de fundamental para el legislador-, se ve sin embargo lastrado por una concreción normativa que, pese a lo simbólico de su reconocimiento, sobre todo a través del permiso de paternidad, resulta claramente insuficiente. Esto de alguna manera ha favorecido la aparición de resistencias a su instauración efectiva y su desarrollo, como evidencia el hecho de que su ampliación hasta las cuatro semanas lleve seis años postergándose, en un fenómeno insólito en el ordenamiento jurídico español. Por otra parte, también este principio se ve sometido a un proceso de desnaturalización, al ser utilizado al servicio de otros intereses ajenos al que le es propio, como puede ser el caso de la polémica custodia compartida impuesta.

En lo que a derechos de conciliación se refiere, el estudio del derecho comparado pone de manifiesto que la corresponsabilidad efectiva sólo es posible a través de la implantación de permisos parentales iguales, intransferibles y remunerados que equiparen maternidad y paternidad a tales efectos. No obstante debemos precisar que no es razonable descargar la responsabilidad de la consecución de estos objetivos exclusivamente en el ordenamiento laboral, siendo imprescindible que se convierta en un asunto transversal con la implicación de los agentes sociales y la toma de conciencia de los medios de comunicación, así como el compromiso de los responsables de la mayor herramienta de transformación social, que es a fin de cuentas la educación. En la misma línea se debe destacar la utilidad que tendría para la corresponsabilidad una articulación decidida de los derechos de conciliación presenciales, y que la LOI 3/2007

introduce a través del nuevo artículo 34.8 ET. Y ello por cuanto las estadísticas demuestran que son mayoritariamente las mujeres quienes que se acogen a los DCPL de mera ausencia, -reducciones o excedencias-, renunciando no sólo al salario, sino de manera implícita a su propia carrera profesional.

Como decimos, uno de los derechos con mayor eficacia para la conciliación efectiva de responsabilidades es sin duda el derecho de los trabajadores/as a adaptar su jornada de trabajo. En el ámbito europeo, la Directiva 2010/18 contempla en su cláusula 6 -aun con un carácter no estrictamente obligatorio-, que los Estados introduzcan medidas de adaptación horaria para los trabajadores/as que se reincorporen después del disfrute de un permiso parental. En un sentido similar esta posibilidad de adaptación horaria formaba parte de la propuesta de reforma de la Directiva de maternidad.

Este derecho, que se introduce en nuestro ordenamiento con la LOI 3/2007 mediante la creación de un nuevo art. 34.8 ET, tiene por objeto conciliar, a priori, cualquier necesidad personal o familiar con la vida laboral de los trabajadores/as. No obstante, la posibilidad de adaptación horaria para conciliar diferentes facetas de la vida del trabajador/a se encontraba ya presente con anterioridad en otros arts. del ET, como el 23 destinado a compatibilizar la formación del trabajador/a con el empleo, sin presentar gran conflictividad a la hora de su puesta en práctica, al contrario de lo que ha ocurrido con el referido art. 34.8 ET en supuestos relacionados con el ejercicio de la conciliación de la vida familiar y laboral. Así, es altamente significativo el pronunciamiento en *obiter dicta* que realiza el TS en sus SSTS de 13 y 18 de junio de 2008, cuando el precepto aún no se encontraba en vigor, negando su categoría de derecho y considerándolo una simple expectativa. Esta doctrina insiste en que, de acuerdo con su tenor literal, necesita ser desarrollado por la negociación colectiva o bien mediante un acuerdo individual alcanzado con el empresario/a, y ello pese a que pueda haber afectación de derechos fundamentales en juego del trabajador/a, doctrina que contrasta con la propia del TS elaborada en mayo de 2000, así como con las STC 3/2007, de 15 de enero y 26/2011 de 14 de marzo.

Se pone así de manifiesto una tensión, por otra parte bien conocida, entre los dos máximos intérpretes normativos: por un lado el TC como garante último de la norma suprema, y en una lectura amplia del precepto legal, considera que la dimensión

constitucional de los derechos de conciliación, desde la perspectiva de los mandatos, art. 14 y 39 CE, debe prevalecer y servir de orientación ante cualquier duda interpretativa; por otro, el TS confiere a la ley un valor estrictamente literal e intangible, mediante una perspectiva a nuestro entender no acorde con los principios hermenéuticos establecidos tanto por el Código Civil -en relación con la realidad social y el tiempo en que se aplican las normas- como por la propia CE y la LOPJ.

Debería por tanto abordarse legalmente una modificación del contenido legal del precepto en un doble sentido: en primer lugar reafirmando su naturaleza de derecho y no de expectativa, puesto que consideramos que efectivamente lo es, en la medida en que lo que se residencia en el acuerdo individual o la negociación colectiva es su concreta articulación, no su existencia. En segundo lugar, estableciendo que para el caso de que no se encuentre desarrollado en el convenio colectivo, la concreción horaria corresponda al trabajador/a, a expensas de que ante la negativa del empresario/a se sometan a criterio judicial las diferentes propuestas que las partes deben aportar, y donde serán de aplicación las técnicas ponderativas propias de los derechos fundamentales.

Y es que del análisis de la negociación colectiva tras la entrada en vigor de la LOI 3/2007 se desprende que estos nuevos derechos no han sido prácticamente implementados en los convenios colectivos. Bien es cierto que el contexto de debilitamiento que sufren a raíz de las sucesivas reformas legales no lo beneficia, pero ello no obsta para que persista una significativa ausencia de perspectiva de género en unos agentes sociales masculinizados que suelen articular este tipo de medidas a través de permisos de corta duración, dirigidos fundamentalmente a los hombres. Por contraste, los Planes de Igualdad de las grandes empresas suelen contemplar esta clase de derechos, si bien desde una motivación que poco tiene que ver con la igualdad de género y más con la política de recursos humanos, con el fin de premiar a trabajadores/as altamente cualificados. Un nuevo ejemplo del riesgo de que los nuevos derechos de conciliación se segmenten entre distintos sectores de la población.

NOVENA.- La alegación de la vulneración de derechos fundamentales permitirá en las reclamaciones judiciales de DCPL, superar las limitaciones establecidas por la normativa procesal.

En todo caso el recurso último del que disponen los trabajadores/as es el de acudir a sede judicial en defensa de sus DCPL. El procedimiento específico que encauzaba procesalmente estas reclamaciones ha pasado por diversas reformas que en la práctica dificultaban su ejercicio eficaz. La LRJS 36/2011 lo configura de un modo que lo aproxima al procedimiento sumario y preferente de tutela de los derechos fundamentales, aunque con la práctica imposibilidad de acceso al recurso de suplicación, y por ende a instancias superiores -con la consiguiente dificultad de crear un cuerpo jurisprudencial sobre la materia-. Ahora bien, la reciente doctrina del TS, expresada en la Sentencia de 3 de noviembre de 2015, Rec. 2753/2014, ha declarado que procede el recurso de suplicación siempre que en el objeto del pleito -con independencia de que la modalidad procesal sea una las específicas del art. 184 entre las que se encuentra la de derechos de conciliación- se alegue la vulneración de derechos fundamentales, algo que por tanto cualquier reclamación judicial de DCPL debería tener en cuenta, máxime considerando la dimensión constitucional de estos derechos. La doctrina jurisprudencial aludida no deja de ser una muestra de la naturaleza expansiva de los derechos fundamentales, que a menudo los lleva a romper las costuras a que los somete el legislador.

DÉCIMA.- En la configuración del derecho a la conciliación como nuevo derecho fundamental cobra especial importancia la labor hermenéutica que, en virtud del art. 10.2 CE, desempeñan los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos. Sin embargo, de los organismos internacionales -OIT, ONU, Consejo de Europa y Unión Europea- se desprenden diferentes niveles de protección con la consiguiente dificultad de avanzar hacia un estándar común.

Así, encontramos rasgos del derecho a la conciliación en la mayoría de los textos internacionales sobre derechos humanos, si bien de manera indirecta y en relación con medidas como las destinadas a la promoción de otros: el derecho a la igualdad de mujeres y hombres, al trabajo en igualdad de condiciones, la protección de la maternidad, la formación, la salud, etc. En consecuencia, el proceso de conceptualización del derecho a la conciliación debe contemplar de manera conjunta todos los diferentes aspectos relacionados con la vida personal y laboral que se desprenden de esos tratados, convenios, recomendaciones y declaraciones del

ordenamiento jurídico internacional que hemos estudiado; concretamente las resoluciones de la ONU, el Consejo de Europa y la OIT son los que presentan mayor carácter tuitivo. La relación entre conciliación e igualdad se ratifica así mismo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en 2012, en el *Asunto Konstantin Markin c. Rusia*. Al mismo tiempo, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha favorecido el respeto del principio de igualdad tanto en términos de política pública como de respeto de los derechos humanos. En todo caso, se hace necesario profundizar en la convergencia de la UE y el Consejo de Europa en la defensa del principio de igualdad, mediante la adhesión por parte de aquella al CEDH y la CSE, posibilidad que en la actualidad parece complicada a raíz de la jurisprudencia del TJUE sobre esta cuestión.

Sin embargo el reconocimiento del derecho fundamental a la conciliación que realiza la CDFUE en su art. 33 resulta a todas luces insuficiente, habida cuenta del resto del derecho internacional analizado, y pone de manifiesto su débil estatuto jurídico, algo por otra parte característico de otros derechos sociales reconocidos en la Carta, y que son reflejo de la asimetría entre la dimensión económica y la dimensión social en la UE.

UNDÉCIMA.- En el desarrollo de los derechos de conciliación en relación con el principio de igualdad y no discriminación, la jurisprudencia del TJUE y del TC ha desempeñado un papel fundamental, si bien no exento de contradicciones. Se hace preciso avanzar en el reconocimiento de la categoría jurídica ‘género’ como causa discriminatoria.

Desde sus comienzos, el TJUE ha venido realizando una labor fundamental en la interpretación y desarrollo del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo y de los derechos de conciliación asociados al mismo, elaborando relevantes criterios jurisprudenciales en torno a la discriminación directa e indirecta por razón de sexo/género, y en favor de la corresponsabilidad. En cierto modo esta doctrina ha venido marcando una evolución paralela en el desarrollo normativo, y es que el trabajo del Tribunal de Luxemburgo ha ido proyectándose en la aprobación de diversa regulación que recoge su doctrina tanto en los niveles comunitario como estatal.

Algunas de sus resoluciones más importantes en materia de conciliación, como la dictada en 2010 con ocasión del *Asunto Roca Álvarez*, han contribuido a mostrar la

necesidad del planteamiento de la corresponsabilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación, desde la perspectiva de la discriminación sexo/género, declarando que medidas de titularidad exclusivamente femenina reafirman el rol de las mujeres en la asunción del cuidado al mismo tiempo que sitúan al varón en una posición subsidiaria en ese ámbito.

No obstante, pese a la valoración globalmente favorable que merece su labor, tampoco este organismo ha estado exento de las idas y venidas que han caracterizado la acción normativa, y en los últimos años se ha experimentado un cierto retroceso en esa acción garantista, expansiva e integradora. Ejemplo de ello es el criterio expresado en el *Asunto Betriu Montull*, de 2013, o el *Asunto Estrella Rodríguez*, de 2016, en los que se insiste en diferenciar la naturaleza del permiso de maternidad del permiso parental -con amparo en la doctrina del *Asunto Hoffman*, de 1984, que confirmaba la legitimidad de medidas exclusivamente femeninas para reforzar la relación especial entre una mujer y su hijo en el periodo que sigue al embarazo y nacimiento-, pese a tratarse ambos, excepto las semanas destinadas a la recuperación física de la mujer, de permisos para el cuidado y por lo tanto para la conciliación. Semejantes decisiones resultan contradictorias con la recogida en 2010, en el mencionado *Asunto Roca Álvarez*, poniendo de manifiesto una disparidad de criterios generadora cuando menos de una fuerte inseguridad para los diferentes operadores jurídicos.

En sentido parecido al TJUE ha sido la labor del Tribunal Constitucional, en muchas ocasiones fiel reflejo del primero. Por lo que respecta a la tutela de la situación del embarazo y la maternidad de la mujer trabajadora, desde antiguo realiza todo un desarrollo en torno al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, en relación con las vulneraciones que se producen tanto en el acceso y el mantenimiento del empleo como en el despido, declarando que tales conductas constituyen discriminación directa por razón de sexo. Pero del mismo modo presenta resoluciones en los últimos años que suponen claros retrocesos: así lo confirman sentencias como la STC 173/2013, de 10 de octubre, sobre inaplicación de la garantía objetiva del art. 55.5 ET frente al despido de las mujeres embarazadas en periodo de prueba. Estimamos más acertado el voto particular de este mismo fallo, de acuerdo con el cual la tutela antidiscriminatoria emana directamente del art. 14 CE y no del art. 55.5 ET.

En el año 2007, el TC se pronuncia sobre el reconocimiento de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en su vertiente de protección de permisos parentales, no de la maternidad, a través de las SSTC 3/2007 y 26/2011, en las que se ha declarado la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores/as, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o de las circunstancias personales y familiares (art. 14 CE), como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), la cual ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional. Este esfuerzo doctrinal merece sin duda reconocimiento, por lo que tiene de evolución de la doctrina precedente y el efecto garantista que supone su conexión con el art. 14 CE.

Ahora bien, en el caso del ejercicio de los DCPL nos encontramos ante una nueva incoherencia interna en el razonamiento del tribunal, puesto que ni para las mujeres se puede hablar de discriminación indirecta por razón de sexo -que como ya hemos visto no hace sino redundar en la reafirmación del rol de cuidado-, ni para los varones por las circunstancias personales y familiares. De este modo todas ellas deberían ser reconducibles a una causa discriminatoria única: la discriminación por razón de género. Es evidente que el factor causante del comportamiento discriminatorio tiene que ver con el desempeño de las labores de cuidado y no con el sexo de quien se haga cargo de ellas.

Pero, por otro lado, sería deseable que el TC, en su doctrina futura, considerase los DCPL en un mayor alcance, dando así cabida a una demanda de la ciudadanía, esto es, incluyendo otros aspectos relacionados con la vida personal y no sólo con la familia en su vertiente del exclusivo cuidado de menores, lo que sería más acorde con la diversidad de situaciones y necesidades que se dan en la realidad social. Sin embargo parece que el TC ha cerrado una etapa de desarrollo de los derechos e inicia otra de regresión, que tiene que ver tanto con la reforma del amparo constitucional y la limitación a aquellos supuestos de “especial trascendencia constitucional”, como a la interpretación sobre el contenido esencial intangible de los derechos fundamentales.

DUODÉCIMA.- El derecho a la conciliación presenta una naturaleza jurídica compleja que lo conecta con diversos preceptos constitucionales implicados en su ejercicio.

Con motivo de una solicitud de conciliación de la vida personal y laboral entran en juego, en mayor o menor medida, toda una serie de principios y derechos constitucionales vinculados a distintos aspectos de la vida del trabajador/a que podemos enumerar del siguiente modo: el principio de la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE); el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo/género (arts. 9.2 y 14 CE); el derecho a la protección integral de la familia (arts. 39, 40 y 50 CE); el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 y 18.4 CE); el derecho al trabajo (arts. 35.1 40.1 y 40.2 CE); el derecho a la protección de la salud (arts. 15, 40.2 y 43.1 CE); el derecho a la formación (arts. 27, 35.1 y 40.2 CE); el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16 CE), junto con otros supuestos como el voluntariado de acción social que actualmente no encuentran anclaje constitucional en cuanto derechos subjetivos.

Esto responde a la concepción amplia de vida personal como elemento esencial de la conciliación, superando así la perspectiva limitada que la asociaba a labores de cuidado usualmente atribuidas a las mujeres. La articulación de tales derechos constitucionales con el derecho fundamental a la conciliación que defendemos se produciría de una forma que gráficamente podríamos describir 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 que hemos llamado de intersección estarían las solicitudes de DCPL 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’. La negativa injustificada a dicha solicitud constituiría una vulneración del derecho fundamental a la conciliación de la vida personal y laboral, ya se tratase de la infracción de una de las medidas expresamente previstas en el ET y normativa concordante, o bien de otros supuestos que

en apariencia no están recogidos en un precepto expresamente, pero que en realidad sí se corresponden con el regulado en el art. 34.8 ET para la adaptación de la jornada de trabajo para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Y ello con independencia de que pudiese aducirse asimismo el derecho constitucional conexo que se habría visto violentado. Pero consideramos que la invocación del nuevo derecho fundamental que proponemos no solo unificaría y reforzaría la garantía por las notas características que lo definen, sino que sobre todo acogería todos esos otros supuestos que responden a verdaderas necesidades sociales.

DECIMOTERCERA.- Proponemos el reconocimiento constitucional del derecho fundamental a la conciliación de la vida personal y laboral con un contenido esencial definido por tres ejes: la necesidad de compatibilizar vida personal y laboral, el factor tiempo y la defensa de la igualdad de género.

A lo largo de este trabajo venimos defendiendo una propuesta en torno a la conciliación que cabe calificar de transformadora, por su amplio potencial de incidir en la vida cotidiana de la ciudadanía, ámbito en el que precisamente surge la necesidad que le da origen. Nuestra postura se ha venido articulando en torno a tres aspectos que operan como ejes o guías de actuación e interpretación, y que como hemos visto cuentan con un sólido fundamento en los avances legislativos y jurisprudenciales realizados en los últimos decenios en los distintos ámbitos del ordenamiento jurídico -en respuesta a esa demanda social-:

a) Por un lado, el cuestionamiento del vínculo, con carácter prácticamente exclusivo, que se ha establecido entre la conciliación y las tareas de cuidado asumidas de forma mayoritaria por las mujeres. Hemos sostenido reiteradamente que las medidas adoptadas en relación con la conciliación desde una perspectiva únicamente “femenina” terminan consolidando esa situación de desigualdad en la asunción del cuidado, con el consiguiente perjuicio para el desarrollo profesional de la mitad de la población. No quiere esto decir que debamos desconocer que el género se encuentra en el origen del problema, y que aparecerá en un buen número de los conflictos que surjan con ocasión de una solicitud de DCPL. Consideramos, sin embargo, que la tarea de los juristas ante esta clase de dificultades puede adoptar dos puntos de vista diferentes: el de aceptar el *statu quo* y proponer medidas para paliar sus efectos, o el de atacar la raíz de la que

parte mediante planteamientos más ambiciosos, pero indudablemente anclados en la sensibilidad social y la lógica democrática. Tal como poníamos de manifiesto en el capítulo II, al analizar los datos estadísticos sobre la brecha de género existente en los distintos ámbitos públicos y privados que giran en torno a la relación laboral y las tareas de cuidado, no podemos conformarnos, decenio tras decenio, con ligeras variaciones en un sentido u otro de las tasas de empleo, del uso del tiempo, de las capacidades de acceso y desarrollo profesional, etc. Es cierto que no está en manos de los juristas el aportar una solución inmediata para el problema, pero al menos sí que deberíamos contribuir para que en pleno siglo XXI se deje de entender la conciliación como un asunto, en la práctica, que compete a las mujeres, y en las que los hombres, a lo sumo, pueden 'ayudar' desde una actitud corresponsable. No es necesario reiterar, a estas alturas, las numerosas ocasiones en que tanto el legislador como los tribunales han apuntalado esa idea a través de decisiones frecuentemente bienintencionadas.

b) Por otro lado, la introducción de la vida personal como el factor definitorio del hecho mismo de la conciliación. Afirmarlo así, según ya defendimos, no implica minusvalorar las necesidades familiares -de cuidado- que suelen aparecer en buena parte de las solicitudes de DCPL. Bien al contrario, la vida personal comprende todos esos aspectos, pero también muchos otros. Su creciente consideración en diferentes textos normativos no puede entenderse como algo coyuntural, sometido acaso a la azarosa voluntad legislativa. Se trata, insistimos, de una necesidad social cada vez más presente en el debate público. Existe un importante consenso acerca de una serie de cuestiones de base relativas a este extremo: la irracionalidad de los horarios de trabajo en nuestro país; la ineficaz costumbre del "presentismo" desde el punto de vista de la productividad; la promoción de una nueva cultura empresarial que diluya la tradicional oposición entre empleador/a y trabajador/a en favor de una implicación de este último en la buena marcha de la organización, que debe entender como propia, y ello a través de una serie de condiciones que incrementen su bienestar al tiempo que su efectividad en la tarea laboral -"empleado/a feliz, empleado/a más productivo"-, etc. Lo cierto es que tanto los responsables políticos como los operadores jurídico-económicos, e incluso los formadores de opinión, parecen coincidir en la idoneidad de ese escenario en el que sea posible desarrollar una vida personal satisfactoria que redunde en una alta motivación hacia el trabajo; de hecho, ya hemos visto que medidas encaminadas hacia ella abundan en ciertos niveles profesionales altamente cualificados, o en las administraciones

públicas, a modo de herramientas de recursos humanos -en el primer caso- o de razonables mecanismos de justicia social -en el segundo-. La pregunta surge inmediatamente: ¿podemos asumir, sin más, que la 'verdadera' conciliación -la que responda de manera eficaz a las necesidades sociales, y sea realmente ejercitable- se constituya en un privilegio al alcance de unos pocos, en vez de un derecho con carácter universal?

En este trabajo defendemos que no. De ahí la importancia del segundo eje, el de la vida personal, que acoge bajo su manto delimitador toda una serie de contenidos que exceden de los tradicionales supuestos que han venido siendo recogidos en diferentes regulaciones. Hablamos en el capítulo I acerca del sesgo de género que en ocasiones presenta el discurso jurídico, y no podemos sino traerlo a colación de nuevo para afirmar que buena parte de los DCPL recogidos en la normativa responden, en su configuración, a una visión limitada de aspectos tales como la familia, la formación, la salud, etc. Así, la familia aparece definida en unos términos que se han visto superados por la realidad de los hechos (monoparentalidad, maternidad/paternidad subrogada, uniones informales que presentan vínculos afectivos aún más intensos que los familiares, y que pudieran generar necesidades de cuidado, etc.); la formación se ha entendido inequívocamente en un sentido reglado y tasado, y habitualmente dirigida a la promoción en el trabajo –formación, pues, considerada más en su efecto mediato en favor de la organización productiva que en el inmediato, inequívocamente personal-; la salud, pese al consenso existente en torno a su definición alejada de la mera "ausencia de enfermedad", se encuentra protegida de un modo que parece tener en cuenta exclusivamente la recuperación para la actividad laboral. Incluso la participación en asuntos públicos se ciñe a una serie de supuestos relacionados con la actividad política institucionalizada -sufragio activo y pasivo, cargos electos, etc. y deja fuera el cada vez mas relevante activismo social en sus diversas manifestaciones-. Si a estos ejemplos añadimos el hecho de que otras necesidades de conciliación, las relacionadas con las actividades de cuidado, han encontrado su cauce a través de una serie de medidas indisimuladamente "feminizadas", tenemos el dibujo perfecto de la configuración social tradicional: hombres en el ámbito público –trabajo, formación, recuperación de la salud para seguir trabajando, asunción de responsabilidades políticas-; mujeres, en el privado –la familia, el cuidado-.

c) Finalmente, el tercer eje tendría que ver con la defensa de la igualdad de género que se encuentra en el origen de los derechos de conciliación. Y ello no solo porque, insistimos, en la mayoría de solicitudes de DCPL este factor se hallará presente, sino porque cuando defendemos una visión amplia y transformadora del hecho mismo de la conciliación intentamos socializarla implicando en ella al sector de la población que tradicionalmente lo ha considerado algo ajeno: los hombres. En este sentido la idea de la conciliación como expresión de una necesidad personal que puede invocarse para compatibilizarla con el tiempo de trabajo hará ciertamente contradictorio e irrazonable el desentendimiento cuando esa necesidad tenga que ver con el cuidado. Al universalizar y desfeminizar la conciliación pretendemos que se ejerza en condiciones de verdadera igualdad de género.

El derecho a la conciliación debe entenderse, pues, en el siglo XXI en un sentido que responda a la verdadera y profundamente diversa realidad social. Sólo a través de la potenciación del factor "vida personal" conseguiremos desligarlo de esos anclajes nada inocentes con conceptos arcaicos acerca de lo que debe entenderse por trabajo, familia, salud, formación, etc., y del uso del tiempo asociado a cada una de esas facetas. Ello sin descuidar el propósito de la igualdad de género, aunque sí desvinculándola de su consideración como un problema 'femenino'.

Somos conscientes de que el componente transformador de la idea es capaz de provocar feroces resistencias, producto seguramente del prejuicio y el desconocimiento. Las mismas, en todo caso, que escandalizaron en su momento a una parte de los parlamentarios que, en distintos países, debieron enfrentarse al debate relativo a la pertinencia del sufragio femenino. La primera de las suspicacias que genera esta perspectiva puede concretarse en una pregunta: ¿sostenemos, pues, que cualquier necesidad o apetencia de carácter personal debe poner en jaque la organización empresarial, sin más? Por supuesto que no. En realidad la pregunta eludiría el estudio que hemos venido realizando en torno a los mecanismos de resolución de conflictos entre la -por otra parte, cada vez más amplia- capacidad del empleador/a para ordenar la jornada laboral y los derechos de los trabajadores/as que pudiesen verse afectados por esas medidas; y obviaría, asimismo, la incuestionable necesidad de que las solicitudes de DCPL presentasen una relevancia suficiente por la vía de su vinculación con una serie de derechos constitucionales. Cuestiones ambas que, en último término, quedarían

a resultas de lo que determinasen juzgados y tribunales -con arreglo, eso sí, a un cuerpo jurisprudencial y legislativo que tuviese en cuenta la dimensión constitucional de la conciliación que defendemos-.

El derecho fundamental a la conciliación de la vida personal y laboral se presenta, así, como la evolución natural de otros, al igual que ha ocurrido con muchos de los llamados derechos humanos "de tercera generación", y sería a fin de cuentas la expresión de una demanda social avanzada en torno a la ordenación del tiempo de vida personal y trabajo sobre unas bases razonables que permitan el desarrollo de ambos aspectos en condiciones de dignidad e igualdad. Su contenido esencial se concretaría en la garantía de la compatibilidad efectiva entre la vida profesional y todas aquellas manifestaciones de la vida personal que presentan relevancia constitucional por su conexión con derechos reconocidos en la Carta Magna, en relación con el tiempo de trabajo, y la defensa de la igualdad de género, prohibiéndose toda discriminación basada en su ejercicio. La vulneración que se produciría por la negativa injustificada de una solicitud de DCPL de este tipo es la de la posibilidad de compatibilizar ambos aspectos citados en el ámbito de una relación de trabajo y en torno al uso del tiempo. Todo ello vinculado a su vez con la igualdad y dignidad como parámetro común interpretativo.

En añadidura, el contenido esencial del derecho debería garantizar los siguientes aspectos: la protección de las personas trabajadoras con responsabilidades familiares, la corresponsabilidad en el ejercicio de las responsabilidades familiares y laborales, así como la promoción y desarrollo de derechos y medidas por parte de los poderes públicos para la conciliación 'efectiva' de todos los aspectos de la vida personal de relevancia constitucional y el tiempo de trabajo.

Proponemos, en definitiva, la inclusión en el texto constitucional de un precepto que reconozca el derecho fundamental a la conciliación de la vida personal y laboral en los siguientes términos:

"Se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral, sin que exista discriminación alguna por su ejercicio. Los poderes públicos desarrollarán medidas que permitan conciliar de manera efectiva las obligaciones personales y profesionales de la ciudadanía".

Podemos concluir depositando nuestra esperanza en que la consolidación del derecho a la conciliación como un nuevo derecho fundamental autónomo, así como los avances de la doctrina constitucional en este ámbito, contribuyan a garantizar el ejercicio efectivo de los DCPL. Y ello por cuanto poco podemos esperar en ese sentido de un legislador sometido, con mayor o menor argumento, a los avatares de la sociedad global en su preponderante vertiente económica; tanto que en ocasiones olvida que la producción legislativa nunca tiene lugar *ex novo*, sino que se inserta en un sistema de fuentes, valores y principios determinados fundamentalmente por la Constitución y la normativa internacional, generadoras de un contexto o hábitat jurídico que se compadece mal con la inclusión de "especies legislativas" extrañas a la realidad preexistente y a menudo hostiles con ella. Sólo a partir de un análisis reposado, y ajeno a las contingencias, será posible entender el verdadero alcance de lo que es una creciente necesidad social. Para llevar a cabo esta tarea no es necesario tomar partido en una dicotomía irreal entre la economía y la ciudadanía. Basta con interpretar las normas de acuerdo con el ordenamiento jurídico en que se insertan y cuyo máximo exponente es la Constitución. Ponerse del lado del derecho, que siempre ha demostrado ser la menos mala de las soluciones.

ANEXO Nº I: DERECHOS PARA CONCILIAR LA VIDA PERSONAL Y LABORAL EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

A) CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

SITUACIONES ESPECIFICAS:	REF.LEGAL	DERECHO
POR SITUACIÓN DE RIESGO DURANTE EL EMBARAZO RELACIONADA CON EL PUESTO DE TRABAJO	Art. 45.1.e) ET y art. 26 LPRL	-Adaptación del puesto de trabajo siempre que exista dicha posibilidad -O, suspensión del contrato de trabajo con derecho a prestación económica 100% BR.
PARA LA REALIZACIÓN DE EXÁMENES PRENATALES Y TÉCNICAS DE PREPARACIÓN AL PARTO ASÍ COMO, EN LOS CASOS DE ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO, O GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN, (DESDE EL 18-8-2015) PARA LA ASISTENCIA A LAS SESIONES DE INFORMACIÓN Y PREPARACIÓN PARA LA REALIZACIÓN DE LOS INFORMES PSICOLÓGICOS Y SOCIALES PREVIOS A LA DECLARACIÓN DE IDONEIDAD, SIEMPRE QUE DEBAN TENER LUGAR DENTRO DE LA JORNADA DE TRABAJO	37.3 f) ET y 26.5 LPRL	-Permiso retribuido por el tiempo indispensable de los que deban realizarse dentro de la jornada laboral
POR MATERNIDAD, ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO	Arts. 45.1.d) y 48.4 y 48.5 ET	-Suspensión del contrato de trabajo con derecho a prestación económica 100% BR durante 16 semanas ampliable en el supuesto de parto múltiple o adopción o acogimiento múltiples en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. En caso de discapacidad del hijo o del menor adoptado la suspensión tendrá una duración de dos semanas más. -En caso de nacimiento de neonato prematuro u hospitalización de neonato: suspensión del permiso de maternidad que podrá computarse a partir del alta hospitalaria. -Ampliación del permiso por maternidad cuando la hospitalización sea superior a siete días en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado con un máximo de trece semanas adicionales
POR PATERNIDAD	Arts. 45.1.d) y 48.7 ET, Art. 37.3 b) ET	-Suspensión del contrato de trabajo con derecho a percibir una prestación económica durante 13 días del 100% BR -Permiso retribuido de 2 días para el padre ampliable hasta cuatro en caso de desplazamiento por nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario

POR NACIMIENTO DE NEONATO PREMATURO U HOSPITALIZACIÓN NEONATO	Arts. 37.5 y 37.7 ET	-Permiso de ausencia de 1 hora diaria -Reducción de la jornada hasta un máximo de dos horas sin retribución económica
POR LACTANCIA	Art. 37.4 y 45.1.d) ET	-Derecho de reducción de jornada de trabajo 1 hora diaria (retribuida) hasta que el/la menor tenga 9 meses. Se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples. -Ó derecho de adaptación horaria consistente en acumulación de las horas de reducción en días completos de ausencia retribuidos, siempre que haya regulación convencional al respecto o acuerdo con la empresa.
POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA RELACIONADA CON EL PUESTO DE TRABAJO	Art. 45.1.e) ET y art. 26 LPRL	-Adaptación del puesto de trabajo -O suspensión del contrato de trabajo con derecho a prestación económica
PARA EL CUIDADO DE HIJOS MENORES HASTA 12 AÑOS	Art. 37.6 ET; Art. 135 quáter LGSS, añadida por la DA 21 de la misma Ley y desarrollada por RD 1148/2011, de 29 julio; y Art. 46.3 ET	-Reducción de la jornada diaria entre un 1/8 y 1/2. Sin derecho a prestación económica. -Reducción de jornada con derecho con derecho a prestación económica en los casos de cuidado de hijos con cáncer o enfermedad grave. -Suspensión del contrato de hasta tres años. Ampliable por convenio colectivo (excedencia por cuidado de hijo) Computable a efectos de antigüedad. Derecho del trabajador/a a la asistencia a cursos de formación profesional durante la excedencia. Derecho de reserva del puesto de trabajo durante el primer año, ampliable hasta 15 o 18 meses en caso de familia numerosa general o especial. Derecho de reserva de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. Se permite ofrecer otros distintos dentro de los límites de la movilidad funcional
PARA EL CUIDADO DE FAMILIARES HASTA SEGUNDO GRADO INCLUSIVE (POR CONSANGUINIDAD O AFINIDAD), QUE POR RAZONES DE EDAD, ACCIDENTE, ENFERMEDAD O DISCAPACIDAD NO PUEDAN VALERSE POR SÍ MISMOS Y NO DESEMPEÑEN ACTIVIDAD RETRIBUIDA	Art.37.6 ET; Art. 37.3 b ET y Art. 46.3 ET	-Reducción jornada diaria entre 1/8 y ½, siempre que el familiar no pueda valerse por sí mismo/a y no desempeñe actividad retribuida. Sin derecho a prestación económica -Permiso retribuido de 2 días ampliable a 4 en caso de desplazamiento para los casos de fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (37.3 b ET) -Suspensión de contrato de hasta dos años. Ampliable por convenio colectivo (excedencia por cuidado de familiar)

		Computable a efectos de antigüedad Derecho del trabajador/a a la asistencia a cursos de formación profesional durante la excedencia. Derecho de reserva del puesto de trabajo durante el primer año, ampliable hasta 15 o 18 meses en caso de familia numerosa general o especial. Derecho de reserva de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. Se permite ofrecer otros distintos dentro de los límites de la movilidad funcional

B) CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL

SITUACIONES ESPECIFICAS	**REF.LEGAL**	**DERECCHO**
PARA CUALQUIER CUESTIÓN DE CONCILIACIÓN DE CARÁCTER PERSONAL O FAMILIAR NO PREVISTA LEGAL O CONVENCIONALMENTE	Art.34.8 ET	-Adaptación de la jornada de trabajo. Se condiciona su concesión a la regulación convencional al respecto o al acuerdo con la empresa.
PARA CUALQUIER CUESTIÓN DE CONCILIACIÓN DE CARÁCTER PERSONAL O FAMILIAR NO PREVISTA LEGAL O CONVENCIONALMENTE PARA TRABAJADORES/AS CON ANTIGÜEDAD DE UN AÑO EN LA EMPRESA	Art.46.2 ET	-Suspensión del contrato de trabajo (excedencia voluntaria) por un plazo no menor a 4 meses y no mayor a 5 años. No existe derecho de reserva del puesto de trabajo. Por convenio colectivo se puede establecer una regulación distinta para las situaciones de excedencia voluntaria El período de excedencia voluntaria no se computa a efectos de antigüedad. No existe derecho a la reserva de puesto de trabajo, sino sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa
PARA CUALQUIER CUESTIÓN DE CONCILIACIÓN PERSONAL O FAMILIAR (MODALIDAD DE TRABAJO A DISTANCIA O TELETRABAJO)	Art. 13 ET	Derecho de adaptación de la jornada de trabajo. La prestación de la actividad laboral se realiza de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa.
PARA TRABAJADORAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LOS TÉRMINOS PREVISTOS EN LA LO 1/2004	Art. 45.1 n) en relación con 48.1 ET Arts. 37.7 y 37.8 ET	-Suspensión del contrato de duración inicial no superior a seis meses prorrogable hasta un máximo de 18 meses. Se considerará como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social y de desempleo. -Reducción de jornada. - O derecho a reordenar su tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo

		de trabajo que se utilicen en la empresa. En defecto de acuerdo en convenio colectivo o entre las partes, el derecho corresponderá a la trabajadora, incluida las relativas a la resolución de discrepancias
PARA TRABAJADORES/AS QUE SUFRAN DAÑOS FÍSICOS O SÍQUICOS COMO CONSECUENCIA DE LA ACTIVIDAD TERRORISTA	Arts. 37.7 y 37.8 ET	--Reducción de jornada - O derecho a reordenar su tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. En defecto de acuerdo en convenio colectivo o entre las partes, el derecho corresponderá a la trabajadora, incluida las relativas a la resolución de discrepancias
PARA LA FORMACIÓN Y LA PROMOCIÓN PROFESIONAL	Art.23 ET	-Permiso para asistencia a exámenes -Derecho de adaptación del horario preferencia para la elección de turno de trabajo cuando se cursen estudios para la obtención de un título académico o profesional -Derecho de adaptación de la jornada para la asistencia a cursos de formación profesional -Suspensión del contrato con derecho de reserva del puesto de trabajo para cursos de formación o perfeccionamiento profesional -Permiso retribuido por el tiempo dedicado a la formación con fines de adaptación a modificaciones del puesto de trabajo, -Permiso retribuido de 20 horas anuales de formación profesional para el empleo, vinculada a la actividad de la empresa para trabajadores con al menos 1 año de antigüedad en la empresa
POR MATRIMONIO	Art. 37.3.a) ET	-Permiso retribuido de 15 días
PARA EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER INEXCUSABLE DE CARÁCTER PÚBLICO Y PERSONAL, COMPRENDIDO EL EJERCICIO DE SUFRAGIO ACTIVO	Art. 37.3.d) ET	-Permiso retribuido por el tiempo indispensable
POR TRASLADO DE DOMICILIO	Art. 37.3. c) ET	-Permiso retribuido de 1 día
POR LA DESIGNACIÓN O ELECCIÓN PARA UN CARGO PÚBLICO QUE IMPOSIBILITE LA ASISTENCIA AL TRABAJO O EL EJERCICIO DE UN CARGO PÚBLICO REPRESENTATIVO	Art. 37.3.d) ;Art. 45.1.k) y 46.1 ET	-Suspensión del contrato de trabajo (excedencia forzosa) con conservación del puesto y cómputo de la antigüedad cuando el cumplimiento del deber suponga la imposibilidad de prestar el trabajo en más del 20% de las horas laborables en un periodo de tres meses.

POR PRIVACIÓN DE LIBERTAD MIENTRAS NO EXISTA SENTENCIA CONDENATORIA	Art. 45. 1.g) ET	Suspensión del contrato de trabajo que se mantiene hasta que exista sentencia condenatoria. La sentencia absolutoria finaliza la suspensión, produciéndose el derecho del trabajador/a a la reincorporación a su antiguo puesto de trabajo

ANEXO Nº II: CÓMPUTO DE COTIZACIONES EFECTIVAS EN DETERMINADAS SITUACIONES DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL/FAMILIAR Y LABORAL PARA COMPENSAR LA BRECHA DE GÉNERO

SUPUESTOS	DURACION	REF.LEGAL	PRESTACIONES
MUJERES QUE HAYAN TENIDO HIJOS BIOLÓGICOS O ADOPTADOS (Reconocimiento de la contribución demográfica de la mujer a la Seguridad Social)		PIAF 14/5/15, y Disposición final segunda de la Ley 48/ 2015, de PGE para 2016. Art. 60 LGSS	Complemento en la pensión por su aportación demográfica a las pensiones reconocidas a partir del 1 de enero de 2016. Una vez determinada la cuantía de la pensión, ésta se verá incrementada con un complemento consistente en aplicar a la cuantía inicial de la pensión un porcentaje determinado en función de los hijos habidos o adoptados: -un 5%, en el caso de 2 hijos; -un 10%, en el caso de 3 hijos -y un 15%, en el caso de 4 hijos o más
PARTOS DE LA TRABAJADORA		Art. 235 LGSS	Un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple. Se toma como tiempo cotizado para la pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente
POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y SUBSIGUIENTE MATERNIDAD O PATERNIDAD	El período por maternidad o paternidad que subsista a la extinción del contrato de trabajo o que se inicie durante la percepción de la prestación de desempleo	Art. 165.6 LGSS	Se considerará periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave
POR CUIDADO DE HIJO	los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de un menor	Arts. 237.3 y 270.6 LGSS	Las cotizaciones se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo. Se aplicarán a la obtención de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. En el caso de prestación de desempleo para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 por ciento de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.

POR CUIDADO DE HIJO CON CÁNCER O ENFERMEDAD GRAVE	Todo el periodo de duración de la reducción de jornada	Art. 237.3. 2º párrafo LGSS	Las cotizaciones realizadas se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal.
POR CUIDADO DE HIJO NEONATO PREMATURO U HOSPITALIZADO	Durante el periodo de reducción de la jornada	Art. 270.6 LGSS	En caso de prestación de desempleo, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 por ciento de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.
POR CUIDADO DE HIJO	Los tres años de excedencia por cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo disfrutado por cada hijo. A efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia por cuidado de menor o familiares (referidos en los apartados anteriores), precedidos de una reducción de jornada en los términos del art. 37.5 ET, las cotizaciones realizadas en esta última situación se computaran incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido a tiempo completo (art. 180.4 LGSS)	Art. 237.1 LGSS	Consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.
POR CUIDADO DE HIJO (Solo se reconocerá a uno de los progenitores, y en caso de controversia se otorgará el derecho a la madre)	Durante el periodo en el que se haya interrumpido la cotización a causa de la extinción de la relación laboral o la finalización del cobro de prestaciones por desempleo cuando tales circunstancias se hayan producido entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor, y la finalización del sexto año posterior a dicha situación.	Art.236 LGSS	El período computable como cotizado será como máximo de 270 días por hijo o menor adoptado o acogido, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización. Estos beneficios, de aplicación a partir de 1 de enero de 2013 y cuantificados inicialmente en un período máximo computable como cotizado de ciento doce días por cada hijo o menor adoptado o acogido, se incrementan anualmente hasta alcanzar un máximo de doscientos setenta días por hijo en el año 2016 Se computa como periodo cotizado a todos los efectos, salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido. Si a un progenitor no se le asignaran todos los días computables por un mismo hijo o menor por no tener suficientes vacíos de cotización, los días no consumidos no podrán asignarse al otro progenitor)

POR CUIDADO DE FAMILIARES	El primer año de reducción de jornada	Art. 237.3 LGSS	Las cotizaciones realizadas durante el primer año del período de reducción de jornada por cuidado de familiares se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo. Las cotizaciones se aplicarán a las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad
POR CUIDADO DE FAMILIARES	El primer año de excedencia. (A efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia por cuidado de familiares precedidos de una reducción de jornada las cotizaciones realizadas en esta última situación se computaran incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido a tiempo completo	Art. 232.2 LGSS	Consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.
VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO	Durante el periodo de suspensión del contrato	Arts. 165.5 y 270.6 LGSS	Se considerará como de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, desempleo y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. En el caso de prestación de desempleo para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 por ciento de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.

ANEXO Nº III: GARANTÍA DE INDEMNIDAD FRENTE A REPRESALIAS POR EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

SITUACIONES	GARANTIA	REF.LEGAL
EMBARAZO, DESDE LA FECHA DE INICIO HASTA EL COMIENZO DEL PERÍODO DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	El despido será nulo salvo que se declare la procedencia por motivos no relacionados con el embarazo. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador/a, con abono de los salarios dejados de percibir.	Arts. 53.4.b), 55.5.b) ET, Art. 122.2.d) LRJS
SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR: - MATERNIDAD, - PATERNIDAD, - RIESGO DURANTE EL EMBARAZO, - RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL, - ENFERMEDADES CAUSADAS POR EMBARAZO, -ADOPCIÓN - GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO	El despido será nulo salvo que se declare la procedencia por motivos no relacionados con el embarazo. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir. En los supuestos de ejercicio a tiempo parcial de los derechos según lo establecido en el tercer párrafo del artículo 48.6 y en el cuarto párrafo del artículo 48.7 ET, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta ley será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción.	Arts. 53.4.a), 55.5.a) , DA 19ª ET Art. 122.2.c) LRJS
REINTEGRACIÓN AL TRABAJO UNA VEZ FINALIZADO LOS PERIODOS DE SUSPENSIÓN POR: - MATERNIDAD, - PATERNIDAD, - ADOPCIÓN - ACOGIMIENTO	El despido será nulo salvo que se declare la procedencia por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir. (Siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo)	Arts. 53.4.c), 55.5.c) ET, Art. 122.2.e) LRJS
Solicitud o disfrute de: PERMISOS O REDUCCIONES DE JORNADA RELACIONADOS CON CUIDADO DE HIJOS O FAMILIARES (ART. 37.4, 5 Y 6 ET) EXCEDENCIA POR	El despido será nulo salvo que se declare la procedencia por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir. En los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37.5, 6 y 8, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta ley será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera	Arts. 53.4.b), 55.5.b) y DA 19ª ET Art. 122.2.d) LRJS

CUIDADO DE HIJOS O FAMILIARES (ART. 46.3 ET) MEDIDAS LABORALES DE PROTECCIÓN DE TRABAJADORAS QUE SUFRAN VIOLENCIA DE GÉNERO	transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción.	

ANEXO Nº IV: IGUALDAD Y CONCILIACION EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

COMUNIDADES AUTÓNOMAS	ESTATUTOS DE AUTONOMÍA	REFERENCIAS A LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES Y A LA CONCILIACIÓN
COMUNIDAD VALENCIANA	LO 1/2006, de 10 de abril	Art. 10: Remite a la Carta de Derechos Sociales de la Comunidad. Señala una serie de ámbitos en los que debe centrarse la actuación de la Generalitat, entre los que destacan la igualdad de mujeres y hombres y, en relación a ella, la compatibilidad entre la vida familiar y laboral
BALEARES	LO 1/2007, de 28 de febrero	Art. 17. No discriminación por razón de sexo: 1. Todas las mujeres y hombres tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal, y a vivir con dignidad, seguridad y autonomía. 2. Las Administraciones públicas, según la Carta de Derechos Sociales, velarán en todo caso para que las mujeres y los hombres puedan participar plenamente en la vida laboral, social, familiar y política sin discriminaciones de ningún tipo y garantizarán que lo hagan en igualdad de condiciones. A estos efectos se garantizará la conciliación de la vida familiar y laboral.
CATALUÑA	LO 6/2006, de 19 de julio	Art. 19. Derechos de las mujeres: Aunque no se refiere expresamente a la conciliación, se desprende de la propia redacción del artículo: derecho "al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal" y "a participar en condiciones de igualdad de oportunidades entre los hombres en todos los ámbitos públicos y privados". Art. 40. Protección de las personas y de las familias: En su apartado 2 establece que los poderes públicos deben promover las medidas económicas y normativas de apoyo a las familias dirigidas a garantizar la conciliación de la vida laboral y familiar y a tener descendencia, con especial atención a las familias numerosas. Art. 41. Perspectiva de género: En su apartado 4 dispone que los poderes públicos reconozcan y tenga en cuenta "el valor económico del trabajo de cuidado y atención en el ámbito doméstico y familiar en la fijación de sus políticas económicas y sociales"
ANDALUCÍA	LO 2/2007, de 19 de marzo	Art. 10. Objetivos básicos de la Comunidad Autónoma: El apartado 2 Incluye la igualdad de género como un principio transversal, el apartado 3.1º incluye el objetivo de la conciliación de la vida familiar y laboral. Art. 37. Principios rectores: El apartado 1. 11º reitera el objetivo de la conciliación como uno de los principio rectores Art. 168. Conciliación de la vida laboral, familiar y personal: En el capítulo dedicado al empleo y las relaciones laborales, este artículo establece que la Comunidad Autónoma impulsará políticas que favorezcan la conciliación del trabajo con la vida

		personal y familiar
ARAGÓN	LO 5/2007, de 20 de abril	Art. 12. Derechos de las personas: En su apartado 1º establece el derecho de las personas a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de malos tratos y de todo tipo de discriminación, y tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal. Su apartado 2º concreta que "todas las personas tienen derecho a las prestaciones familiares para conciliar la vida laboral y familiar, en las condiciones establecidas por las leyes". Art. 26. Empleo y trabajo: En el artículo dedicado al empleo y trabajo establece que los poderes públicos promoverán el pleno empleo de calidad en condiciones de seguridad, la prevención de los riesgos laborales, la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo, la formación y promoción profesionales, y la conciliación de la vida familiar y laboral.
CASTILLA-LEÓN	LO 14/2007, de 30 de noviembre	Art. 16. Principios rectores de las políticas públicas: Incluye la conciliación entre sus principios rectores, concretamente en su apartado 13 establece la protección integral de las distintas modalidades de familia, garantizándose la igualdad de trato entre las mismas, favoreciendo la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, la información, formación y orientación de las familias y la atención a las familias con necesidades especiales.
EXTREMADURA	LO 01/2011, de 23 de marzo	Art. 6. De la Administración de la Comunidad Autónoma: Aunque no menciona expresamente el objetivo de la conciliación, podría deducirse del principio que ordena a los poderes públicos remover todos los obstáculos que dificultan la igualdad real de hombres y mujeres recogido en este precepto.

ANEXO Nº V: RELACIÓN CRONOLÓGICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE MAS RELEVANTE EN MATERIA DE IGUALDAD DE GENERO Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL

***Asunto Hofmann*, Sentencia de 12 de Julio de 1984, C- 184/83:** En esta sentencia, el TJUE consideró que no constituía discriminación por razón de sexo que el alargamiento de un permiso de maternidad hasta seis meses en Alemania estuviese reservado exclusivamente a la madre, manifestando que dicho permiso no solo garantizaba los aspectos sanitarios vinculados al embarazo y al parto sino también para proteger la especial relación entre una mujer y su hijo que se produce en el periodo de tiempo posterior al embarazo y al parto. A su vez, la sentencia añadía que la Directiva entonces aplicable, la 76/207, no estaba diseñada para resolver cuestiones relacionadas con la organización de la familia o para alterar la división de responsabilidades entre los progenitores.

***Asunto Dekker*, Sentencia de 8 de noviembre de 1990, C–177/1988:** La cuestión que se plantea en este caso es en relación con el acceso al empleo y la maternidad considerando si el empresario incurre directa o indirectamente en violación del principio de igualdad de trato establecido en el apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976. El Tribunal emplea el llamado "*but for*", consistente en cambiar hipotéticamente el sexo del sujeto, en la misma situación, para determinar si las consecuencias jurídicas variarían o no. Así, si el trabajador hubiese sido un varón no habría estado embarazado y, por consiguiente, habría sido contratado por su aptitud. Por tanto el Tribunal concluye que un empresario incurre en discriminación directa del principio de igualdad de trato si se niega a celebrar un contrato de trabajo con una candidata femenina a la que considera idónea para el trabajo cuando dicha negativa se base en las posibles consecuencias adversas que le pueda acarrear el hecho de emplear a una mujer embarazada.

***Asunto Hertz*, Sentencia de 8 de noviembre de 1990, C–179/1988:** En este caso la trabajadora es despedida como consecuencias de bajas por enfermedad producidas después de su reincorporación tras el descanso de maternidad, aunque derivadas del embarazo y posterior parto, y tras haber tenido un embarazo con complicaciones que pasó durante su mayor parte de baja por enfermedad. El Tribunal entiende que si aparece una enfermedad tras el permiso por maternidad, aunque derive del embarazo o el parto, no procede distinguirla de cualquier otra enfermedad, por lo que ese estado patológico dependerá del régimen general aplicable en caso de enfermedad. La Directiva 76/207 permite la adopción de disposiciones nacionales que garanticen a las mujeres derechos específicos a causa del embarazo y de la maternidad, por lo que durante el permiso por maternidad de que disfruta con arreglo al Derecho nacional, la mujer está protegida contra los despidos motivados por su ausencia.

***Asunto Habermann–Bletermann,* Sentencia de 5 de mayo de 1994, C–421/1994:** Resulta contrario a la igualdad de trato la diferencia fundada en una prohibición general de trabajo vinculada al embarazo y la lactancia, como la prohibición del trabajo nocturno, para proteger a la propia trabajadora y que le impida desempeñar temporalmente un trabajo. El Tribunal considera contraria al principio de igualdad tanto la posibilidad de invocar la nulidad del contrato por contravenir la prohibición legal del trabajo nocturno como la impugnación por el empleador por la existencia de un error sobre las cualidades esenciales de la trabajadora en el momento de la contratación. En este supuesto, la trabajadora fue contratada sin conocer ni siquiera en ese momento ella misma su estado, por lo que no se impugna la negativa del empleador a la contratación sino su extinción por hallarse embarazada en el momento inicial de la contratación.

***Asunto Webb,* Sentencia de 14 de julio de 1994, C–32/l993:** La misma doctrina se aplica cuando no concurre una prohibición legal sino una previsible incapacidad para cumplir la tarea básica para la que la trabajadora fue contratada, como ocurre cuando es contratada con carácter indefinido para, inicialmente, cubrir un puesto de trabajo que ocupa una trabajadora embarazada durante su permiso de maternidad y no puede acometer esa tarea porque poco después de la contratación queda embarazada incluso aunque se entienda que, si se hubiere contratado a un hombre con la misma finalidad que la señora Webb y hubiera comunicado a su empleador que estaría ausente durante un período comparable a la ausencia probable de la señora Webb, por una incapacidad médica o de otra naturaleza, dicho hombre habría sido igualmente despedido. Para el TJCE el embarazo no puede en absoluto compararse a un estado patológico, ni a fortiori a una indisponibilidad de origen no médico, situaciones que sí podrían motivar el despido de una mujer sin constituir despido discriminatorio por razón del sexo.

***Asunto Gillespie,* Sentencia de 13 de Febrero de 1996, C-342/93:** En relación con la retribución percibida por la trabajadora durante su permiso de maternidad, entiende el Tribunal que la exclusión en el aumento de las retribuciones a la trabajadora durante dicho permiso constituye una discriminación directa por razón de sexo en tanto que, si no hubiese estado embarazada, la mujer habría percibido el salario incrementado. Así pues, los incrementos salariales durante el permiso de maternidad deben repercutir en la retribución de la trabajadora**.**

***Asunto Brown,* Sentencia de 30 de junio de 1998, C–394/1996:** El caso versa sobre el despido de una trabajadora durante su embarazo debido a ausencias motivadas por una incapacidad laboral causada por dicho estado. El Tribunal declaró la ilegalidad de los despidos objetivos por falta de asistencia durante el embarazo ligados a problemas de salud. La jurisprudencia considera constitutivo de discriminación directa por razón de sexo la ruptura o extinción de la relación laboral de la trabajadora embarazada cuando es el embarazo la causa directa del despido. Entiende el tribunal que, aunque el embarazo no puede en absoluto compararse a un estado patológico, es un período durante el cual pueden producirse trastornos y complicaciones que pueden obligar a la mujer a someterse a un control médico riguroso y, en su caso, a guardar reposo absoluto durante todo el embarazo o una parte de éste. Dichos trastornos y complicaciones, que pueden implicar una incapacidad laboral, constituyen riesgos inherentes

al embarazo y, por lo tanto, comparten la especificidad de este estado. Tal despido por razón del embarazo sólo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo.

***Asunto Hill y Stapleton*, Sentencia de 17 de junio de 1998, C-243/95**: Reconoce formalmente que la compatibilidad entre familia y trabajo constituye el corolario del principio de igualdad entre hombres y mujeres**,** aunque sin llegar a reconocer en beneficio de las trabajadoras que asumían permisos parentales derechos tan firmes y absolutos como los vinculados al permiso de maternidad.

***Asunto Evelyne Thibault*, Sentencia de 30 de abril de 1998, C–136/95:** Se trata de un caso donde la trabajadora estuvo ausente de la empresa debido a un permiso de maternidad, un tiempo que le impedía completar los seis meses de presencia al año que el convenio colectivo exigía para ser objeto de calificación por sus superiores jerárquicos. El Tribunal reconoce que supone una discriminación directa excluir a una mujer del derecho a ser calificada y, en consecuencia, de poder beneficiarse de una promoción profesional y entiende que la finalidad de la Directiva 76/207/CEE consiste en alcanzar la igualdad material, y no formal y que, de no haber estado encinta y de no haber hecho uso del permiso por maternidad, la trabajadora habría sido calificada respecto del año de referencia y habría podido beneficiarse de una promoción profesional.

Sentencia de 19 de noviembre de 1998, Asunto C-66/96: Se opone al Derecho comunitario que sea el empresario el que opte en el caso de embarazadas en puestos de riesgo entre adaptar el puesto o transferir a la trabajadora a la situación de baja médica con disminución de retribución.

***Asunto Abdoulaye*, Sentencia de 16 de octubre de 1999, C-218/1998:** El establecimiento de diferencias en el ámbito del cuidado está justificado como medida de acción afirmativa para la mujer. Aquí el Tribunal consideró adecuado al Derecho comunitario el establecimiento de una asignación a tanto alzado aplicable tan solo a las mujeres que iniciaran sus permisos de maternidad (y no a los hombres) siempre que dicha asignación estuviera designada a compensar las desventajas profesionales que la interrupción del trabajo supone para ellas.

***Asunto Lewen*, Sentencia de 21 de octubre de 1999, C-333/97:** El TJCE consideró que una percepción extraordinaria por Navidad no entraba en el marco de garantías configurado en la Directiva 92/85 dado que la misma limita esta garantía al despido.

***Asunto Silke-Karin Mahlburg*, Sentencia de 3 de febrero de 2000, C–207/1998**: Se declara contrario al Derecho comunitario y por tanto discriminación directa por razón de sexo el rechazo de la candidatura de una trabajadora con contrato de duración determinada para un contrato indefinido como enfermera de quirófano por la prohibición legal de emplear a mujeres embarazadas en los ámbitos en que estén expuestas a la influencia de sustancias nocivas, conociendo la trabajadora su estado en el momento

de la presentación de la candidatura y revelándoselo al empleador antes de la resolución del proceso de selección.

Asunto Tele Danmark, **Sentencia de 4 de octubre de 2001, C–109/00:** Se aplica la doctrina del Tribunal de considerar discriminación directa por razón de sexo la negativa del empresario a celebrar o mantener un contrato de trabajo por tiempo indefinido por el hecho de que una prohibición o previsible incapacidad derivada del embarazo impidiese a la trabajadora ocupar temporalmente el puesto de trabajo durante el embarazo o la licencia, también a los contratos de duración determinada.

Asunto Jiménez Melgar, **Sentencia de 18 de octubre de 2001, C–438/99:** Constituye discriminación directa por razón de sexo la no renovación de un contrato de duración determinada de una trabajadora por razón de su embarazo, aunque no se haya producido la comunicación expresa al empresario del estado de gestación que le impedirá trabajar durante una parte significativa de la duración del contrato de duración determinada suscrito. Aunque la no renovación de un contrato de trabajo de duración determinada, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede equipararse a un despido, el hecho de no renovar un contrato de duración determinada, cuando éste forma parte de una sucesión de contratos de duración determinada, puede considerarse una negativa de contratación y, si esa negativa viene motivada por el embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación directa por razón de sexo en el acceso al empleo.

Asunto Lommers**, Sentencia de 19 de marzo de 2002, C-476/99:** El Tribunal considera justificado que una serie de beneficios de guardería ligados al cuidado de los hijos quedaran reservados tan solo a las madres trabajadoras, y no necesariamente a los padres, salvo que estos tuvieran a su cargo exclusivo los a los hijos en cuestión.

Asunto Wiebke Busch**, Sentencia de 27 de febrero de 2003, C–320/01:** Se plantea el caso de la solicitud de la trabajadora de reincorporarse anticipadamente de un permiso parental al puesto de trabajo para beneficiarse de una licencia de maternidad, discutiéndose la posibilidad por parte de la empresa de impugnar su consentimiento a la reincorporación, alegando dolo y error sobre una cualidad esencial, al no conocer la empresa que la trabajadora se encontraba embarazada por haber ocultado ésta su estado. El TJCE mantiene la aplicación de su doctrina.

Asunto Österreichischer, **Sentencia de 8 de Junio de 2004, C-220/02**: En este asunto el Tribunal no reconoce la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo/género por no reconocerse a efectos de antigüedad del tiempo transcurrido en excedencia por cuidado de hijos, pese a que el Estado Austriaco sí reconocía la antigüedad en el caso de una excedencia de similar duración prevista para los supuestos de cumplimiento de servicio militar que, en el tiempo en que se planteó la cuestión, era de cumplimiento obligatorio solo para los hombres.

***Asunto Alabaster*, Sentencia de 30 de Marzo de 2004, C-147/02:** Se pronuncia en similar sentido al Asunto Gillespie. El Tribunal declara que el cálculo del importe de las prestaciones o retribuciones abonadas a trabajadoras durante su permiso de maternidad debe incluir incrementos salariales que se produzcan con posterioridad al período de referencia tomado en consideración para determinar la cuantía de la prestación, incluso cuando dichos incrementos no se apliquen retroactivamente al período cubierto por el salario de referencia.

***Asunto Merino Gómez*, STJCE 18 de marzo de 2004, C-342/2001:** El Tribunal reconoce la compatibilidad del permiso de maternidad y del disfrute de vacaciones como derecho inherente al contrato de trabajo y que debe ser garantizado en virtud de la Directiva 92/85. Así en caso de que éstas coincidieran con el periodo de suspensión por maternidad, establece el derecho a disfrutarlas acumuladamente a aquél. Se interpreta el permiso de maternidad como un derecho de aplicación absoluta e incondicionada, cuyo ejercicio no puede tener ninguna repercusión negativa. Esta garantía se formula con carácter rotundo y claro para las madres que acceden al permiso.

***Asunto Ursula Sass*, Sentencia de 18 de noviembre de 2004, C–284/02:** El Tribunal considera discriminación directa por razón de sexo/género la exclusión de parte de la duración de un permiso de maternidad para acceder a un nivel superior de la jerarquía profesional por aplicación de un convenio colectivo según el cual los períodos de suspensión de la relación laboral no se computan al calcular el período necesario a efectos de ascenso. El ejercicio de los derechos conferidos a una mujer a causa del embarazo y de la maternidad no puede dar lugar a un trato desfavorable respecto de los requisitos de acceso a un nivel superior de la jerarquía profesional. Recibe un trato desfavorable en comparación con un compañero de sexo masculino que hubiera empezado a trabajar el mismo día que ella pues, al disfrutar de su permiso de maternidad, sólo podrá acceder al grado retributivo superior doce semanas más tarde que él.

***Asunto Carmen Sarkatzis*, Sentencia de16 de febrero de 2006, C–294/04**: En relación con el *dies a quo* para el cómputo de antigüedad de una trabajado- ra interina que, durante el disfrute de su permiso de maternidad, accede a un puesto de trabajo como personal fijo tras superar un concurso–oposición del que debe tomar posesión en el plazo de un mes desde el nombramiento, el Tribunal considera constitutivo de discriminación directa por razón de sexo, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública, comenzar el cómputo de la antigüedad a partir de la fecha de toma de posesión del puesto de funcionaria, pospuesta, a petición de la propia trabajadora, hasta finalizar el permiso de maternidad, en lugar de la fecha de su nombramiento.

***Asunto Kiiski*, Sentencia de 20 de septiembre de 2007, C-116/06:** El Tribunal considera contraria al derecho comunitario la negativa empresarial a reducir la duración de un permiso parental para el cuidado de hijos para poder sustituirlo por el permiso de maternidad correspondiente a un hijo posterior.

***Asunto Paquay*, sentencia de 11 de octubre de 2007 C-460/06**: En esta sentencia se amplia el espacio temporal en el que tienen efecto los derechos y garantías previstos en la Directiva 92/85. Supone una discriminación directa por razón de sexo el despido después de la situación de maternidad, si bien se requiere una conexión entre el tiempo posterior al término de la maternidad y el comportamiento preparatorio del despido iniciado durante la prestación de maternidad.

***Asunto Mayr*, Sentencia de 26 de febrero de 2008, C–506/06:** Se refuerza la relación entre la Directiva de maternidad y la Directiva antidiscriminatoria. El caso trata el despido de una trabajadora en fase avanzada de proceso de fertilización in vitro, pero que no estaba aun embarazada. En este asunto el Tribunal niega la aplicación de la protección dispensada en la Directiva de maternidad ya que falla el elemento automático y objetivo para la protección, pero en lugar de negar la protección, analizó la posibilidad de que se produjera una discriminación por razón de sexo aplicando la misma argumentación que, en momentos jurisprudenciales anteriores había permitido llegar a la conclusión de que la discriminación por razón de embarazo y maternidad era una discriminación directa por razón de sexo (Asunto Dekker): puesto que el embarazo solo cabe en mujeres, igualmente la inseminación in Vitro solamente cabe en mujeres, por tanto cualquier trato peyorativo constituye discriminación directa por razón de sexo si se encuentra en fase avanzada en su tratamiento de fecundación in vitro. Asimila, así, aunque sólo en cierta medida y a determinados efectos, las situaciones de fecundación natural, fecundación in utero y fecundación in vitro.

***Asunto Coleman*, Sentencia de 17 de junio de 2008, C-303/2006:** En esta sentencia se produce la traslación de la protección discriminatoria del sujeto trabajador al sujeto objeto de cuidado. El Tribunal consideró que concurría discriminación por discapacidad cuando el trato peyorativo a una trabajadora ocurre por el hecho de pretender ejercer derechos ligados al cuidado de su hijo discapacitado.

La sentencia en cuestión sienta dos grandes criterios interpretativos: Que constituye discriminación directa el trato menos favorable dispensado a un trabajador/a como consecuencia de la discapacidad padecida por su hijo/a. Y que la prohibición de discriminación o acoso no opera sólo cuando el trabajador/a es, él mismo, discapacitado/a sino que también lo hace cuando la discapacidad afecta a su hijo/a.

***Asunto Gómez Limón*, Sentencia de 16 de Julio de 2009, C-537/07:** No resulta contrario a la Directiva 79/7 que la prestación de Seguridad Social de la trabajadora en reducción de jornada se calcule exclusivamente conforme al salario reducido, ya que los parámetros para la determinación del salario relevante para el cálculo de la pensión o prestación de Seguridad Social no formaban parte de las competencias de la UE.

***Asunto Meerts*, Sentencia de 22 de Octubre de 2009, C-116/08:** Resuelve en relación al salario determinante para el cálculo de la indemnización por despido considerando que dicha indemnización debía calcularse en atención al salario correspondiente a la jornada completa, y no conforme a la jornada reducida por cuidado.

***Asunto Zentralbetriebsrat*, Sentencia de 22 de Abril de 2010, C-339/05:** El Tribunal resuelve sobre la coincidencia entre el disfrute de un permiso parental y vacaciones, situando el rango de protección por el disfrute de permisos parentales al mismo nivel que la maternidad y la incapacidad temporal cuando coinciden con el periodo de vacaciones. La garantía del derecho a la acumulación en el caso de coincidencia entre permisos parentales y vacaciones adquiere relevancia especial porque se produce con carácter absoluto e incondicionado, a pesar de que el derecho a las vacaciones garantizado pierda cierta causalidad o justificación al ser reconocida hasta dos años después de su generación.

***Asunto Dita Danosa*, Sentencia de 11 de noviembre de 2010, asunto C-232/09:** Se pronuncia respecto del ámbito de aplicación de las directivas y del propio concepto de trabajador/a. El Tribunal considera contraria a las Directivas 92/85/CEE y 76/207/CEE y por tanto una discriminación directa por razón de sexo/género una normativa nacional que permite la destitución del consejo de dirección por la causa de embarazo de una mujer, miembro de un órgano directivo de una sociedad que, a cambio de una retribución, presta servicios a la sociedad que la ha nombrado y de la que forma parte integrante, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de esta sociedad y que puede, en todo momento, ser depuesta de sus funciones sin limitaciones.

***Asunto Parviainen*, Sentencia de 1 de julio de 2010, C-471:** El TJUE considera injustificada la pérdida de los complementos de puesto de trabajo en caso de traslado por incompatiblidad con el embarazo del puesto anterior.

***Asunto Roca Alvarez*, Sentencia de 30 de septiembre de 2010, C-104/09:** En este caso, el Sr. Roca solicitó a su empresa el permiso por lactancia previsto en el ET art.37.4 en su versión vigente antes de la reforma llevada a cabo por la LOI 3/2007. Antes y después de la reforma, en todo caso, el precepto establece que dicho permiso puede ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen. La empresa le denegó el permiso porque la madre de su hijo no era trabajadora por cuenta ajena, sino por cuenta propia, requisito exigido por estar regulado dentro de una norma laboral con un campo de aplicación determinado en el ET art.1. La sentencia del TJUE reconoce que se opone a la normativa comunitaria, Directivas 96/34/CE, 76/207/CEE y 2002/73/CE una medida que prevé que las trabajadoras por cuenta ajena puedan disfrutar de un permiso de lactancia en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena.

***Asunto Betriu Montull*, Sentencia de 19 Septiembre de 2013, C-5/2012:** Se discute el derecho del padre a disfrutar de permiso retribuido en el periodo de 10 semanas posterior a las 6 semanas de descanso obligatorio que la madre debe disfrutar inmediatamente después del parto. Para ello se interpretan las Directivas 92/858/CEE y 76/207/CEE en el marco de un litigio suscitado entre un trabajador y el INSS por la negativa a concederle una prestación por maternidad debido a que la madre de su hijo no estaba afiliada al sistema público de seguridad social. El Tribunal considera que es legal que

los padres trabajadores por cuenta ajena no puedan disfrutar del permiso por maternidad si la madre no tiene la misma condición y no está afiliada a la Seguridad Social. Dichas normas no se oponen a una medida nacional que disponga que el padre, trabajador por cuenta ajena, pueda tener derecho a dicho permiso si la madre también es trabajadora por cuenta ajena, mientras que se deniega a un padre que sea trabajador por cuenta ajena y la madre no disfrute de dicha condición y no esté afiliada a un régimen público de Seguridad Social. El permiso de maternidad tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste, 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 (véanse, en particular, las sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann, 184/83, Rec. p. 3047, apartado 25, y Kiiski, antes citada, apartado 46).

Asunto Loredana Napoli, **Sentencia de 6 de marzo de 2014, C-595/12:** El TJUE entiende que una normativa nacional que, por motivos de interés público, da de baja a una mujer en permiso de maternidad de una formación profesional que forma parte esencial de su puesto de trabajo y que es obligatoria para poder optar a un nombramiento definitivo como funcionaria y acceder al nivel jerárquico superior, y, por tanto, para mejorar sus condiciones de trabajo, es contraria al art. 15 de la Directiva 2006/54/CE, relativo a la reintegración tras el permiso de maternidad, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia, aunque se le garantice a la trabajadora el derecho a participar en la siguiente formación que se organice, cuya fecha es incierta.

Asuntos C.D. y Z24, **Sentencias de 18 de marzo de 2014, C-167/12 y C-363/12:** El Tribunal aborda en esta ocasión la cuestión de si la denegación de un permiso de maternidad a una madre subrogante en los supuestos de gestación por sustitución constituye o no discriminación por embarazo. El TJUE manifiesta que el supuesto de las madres subrogantes no entra tampoco en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/85/CEE, ya que no es una mujer embarazada. Por otro lado, entiende que no existe discriminación por razón de sexo, ya que un padre que tenga un hijo en virtud de un convenio de gestación tampoco sería titular del permiso. Por último considera que no existe un trato menos favorable por cuanto la madre subrogante no ha estado embarazada. El TJUE entiende que la Directiva 92/85 no obliga a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora que, en calidad de madre subrogante, ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución al no concurrir la situación específica de vulnerabilidad derivada de su embarazo que justifica la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste. Afirma, además, que la negativa a conceder el permiso no constituye tampoco una discriminación directa o indirecta basada en el sexo en el sentido de la Directiva 2006/54. Ni tampoco la denegación de un permiso retribuido equivalente a un permiso por adopción a una madre subrogante porque las directivas en cuestión no afectan al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción.

***Asunto Estrella Rodríguez,* Sentencia de 16 de junio de 2016, C-351/14:** El Tribunal de Justicia inadmite la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona y se pronuncia sobre dos cuestiones fundamentales en el ámbito de la conciliación: La primera está referida a la diferenciación que establece entre el permiso de maternidad y el permiso parental, considerando que cada uno de ellos obedece a un objetivo diferente. Se apoya para ello en la resolución del *Asunto Betriu Montull*. La segunda, en cuanto al derecho a la adaptación de jornada del art. 34.8 ET, considerando que este derecho no aborda específicamente las situaciones de reincorporación tras un permiso parental, en el sentido de la cláusula 6 apartado 1 de la Directiva de permisos parentales.

ANEXO Nº VI: RELACIÓN CRONOLÓGICA DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL MAS RELEVANTE –ESPECIAL REFERENCIA A LA TUTELA DE LA MUJER TRABAJADORA EN SITUACIÓN DE MATERNIDAD-

STC 94/1984, de 16 de octubre: Aunque el TC deniega el amparo a la trabajadora ante la resolución unilateral del empresario durante el período de prueba, afirma que la motivación de la resolución carecerá de trascendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal, que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales. No se puede hacer valer, pues, en contra de un derecho fundamental, como el de igualdad del art. 14 CE. En el caso de autos, entiende el TC que la actora no fue discriminada, pues el empleador contrataba habitualmente mujeres, y la extinción se produjo cuando la demandante de amparo ya no estaba embarazada –había sufrido un aborto–.

STC 182/2005, de 4 de julio: El TC declara que supone una discriminación directa por razón de sexo el perjuicio sufrido por una mujer embarazada o en situación de maternidad. Aunque el art. 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad, sí excluye toda distinción o trato peyorativo a la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias. La prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica de la mujer, cualificándose la conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre.

STC 166/1988, de 26 de septiembre: El TC otorga el amparo a una trabajadora embarazada en relación con el desistimiento empresarial durante el período de prueba y establece su doctrina sobre la carga de la prueba: corresponde a la trabajadora acreditar la existencia de indicios de la probabilidad de lesión del derecho fundamental de entidad suficiente, y al empleador la razonabilidad y proporcionalidad de su decisión y su carácter ajeno a todo propósito discriminatorio para destruir la sospecha de lesión constitucional generada por los indicios, sin que se le exija la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la no discriminación. El TC reproducirá esta doctrina en múltiples pronunciamientos en relación con el despido de la trabajadora embarazada. Entre otras, en las SSTC 20/2001, de 20 de enero, 41/2002, de 25 de febrero, 17/2003, de 30 de enero, 98/2003, de 2 de junio, 342/2006, de 11 de diciembre, 17/2007, de 12 de febrero.

SSTC 173/1994, de 7 de junio, 175/2005, de 4 de julio y 74/2008, de 23 de junio: El TC se reafirma en la construcción de la discriminación por embarazo como discriminación directa por razón de sexo, incluso aunque no esté en curso una relación laboral o no se renueve un contrato de duración determinada, si esa relación laboral podría haber continuado a través de prórroga o nueva contratación sucesiva y ello no se produce a consecuencia del embarazo sobrevenido de la mujer, limitando así la potestad discrecional del empresario en relación con la selección de personal y actuando en el ámbito del

acceso al empleo. El empresario debe aportar justificación de que dicha negativa obedece a motivos distintos al embarazo en sí mismo. Aunque el hecho de que los contratos temporales se extingan en la fecha y condiciones previstas por las partes puede permitir neutralizar el indicio probatorio de la vulneración de derechos fundamentales aportado, ese dato no le parece al TC suficiente, al menos cuando la contratación temporal reiterada ha sido en fraude de ley.

STC 136/1996, de 23 de julio: El TC invoca como fuente interpretativa la normativa internacional y comunitaria aplicable sobre el despido de una trabajadora por razón de su embarazo, en el caso de despido de la trabajadora a causa de una enfermedad vinculada al embarazo, incluso cuando exista un incumplimiento de ciertos deberes contractuales como asistencia y puntualidad derivado de circunstancias anejas a un embarazo de riesgo, si tal medida no aparece como razonable y proporcionada.

STC 136/1996, de 23 de julio: El TC, junto con la prohibición de discriminación por embarazo y la jurisprudencia comunitaria sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE, se refiere a los Convenios núm. 103 OIT, que incluye en la protección por discriminación las enfermedades relacionadas con el embarazo, y núm. 158, que prevé que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, así como a la Recomendación núm. 95 y a la Declaración de 1975 sobre igualdad de trato y de oportunidades para las trabajadoras.

STC 240/1999, de 20 de octubre: El TC se pronuncia sobre el acceso a una excedencia por cuidado de hijo o a la maternidad por funcionarias interinas. La denegación del derecho de acceso a la excedencia por cuidado de hijos a los funcionarios interinos fundada en que quienes ocupan interinamente plazas de plantilla no puedan a su vez dejarlas temporalmente vacantes, aunque sea para atender bienes o valores constitucionalmente relevantes, fue calificada por esta sentencia de discriminación indirecta por razón de sexo, al ser las mujeres predominantemente quienes hacen uso de tales permisos de cuidado de hijos, a la luz de los datos estadísticos y la realidad social imperante, y las que, al denegarse el permiso, se ven obligadas a abandonar sus puestos de trabajo y a salir del mercado laboral. Entiende el TC que no es necesario aportar un *tertium comparationis* para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio. Esta sentencia contiene un razonamiento muy similar al que establecerá el TC en su STC 3/2007.

STC 20/2001, de 29 de enero: En parecidos términos a la anterior, extiende el descanso por maternidad a las funcionarias interinas, al considerar discriminatorio por razón de sexo el cese de la trabajadora por entender que, al hallarse de baja por maternidad, no cumplía los requisitos de idoneidad requeridos para continuar en el puesto de trabajo.

STC 161/2004, de 4 de octubre: Se consideró constitutivo de discriminación por razón de sexo un supuesto de riesgo durante el embarazo que condujo a la suspensión del contrato de trabajo de una mujer que trabajaba como piloto para una compañía aérea, sin haber agotado la posibilidad de asignarle un puesto en tierra adaptado a su estado de embarazo.

STC 182/2005, de 4 de julio: En un supuesto de relegación de funciones en asesoría jurídica, primero, y cambio a puesto de trabajo de menor responsabilidad, más tarde, con el consiguiente perjuicio en la promoción económica de la trabajadora, calificado de acoso por maternidad, el TC consideró que la atribución a la trabajadora de tareas de menor entidad, a consecuencia de su triple maternidad, acreditada la conexión causal entre los hechos denunciados y el motivo relevante que los fundamentó, era constitutivo de discriminación por razón de sexo. El TC afirma en esta sentencia que la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, en este caso la promoción profesional, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo.

STC 56/2006, de 15 de febrero: El TC no admite a trámite una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 211.1 LGSS en orden al cálculo de la base reguladora de desempleo de la trabajadora que cesa en una reducción de jornada por cuidado de hijo, atendiendo a las bases reducidas. Hubo de ser el legislador el que en este caso procedió a la rectificación de ese cálculo mediante la introducción por la LOI de un apartado 5 al art. 211 LGSS, en el que se ordena que en esos casos se calcule la base reguladora sobre el 100% de las bases que corresponderían si no hubiese producido la reducción de la jornada.

STC 214/2006, de 3 de julio: El TC se pronuncia sobre la decisión del INEM de suspender la demanda de empleo de la trabajadora durante el período obligatorio de su descanso por maternidad, que impidió la inclusión de la trabajadora en la lista de candidatos seleccionados para la cobertura de una oferta de empleo cuyos requerimientos formativos y profesionales satisfacía, perjudicando sus posibilidades de acceso al mercado de trabajo. Entiende el TC que esa decisión carece de justificación razonable e incurre en discriminación por razón de sexo por vulneración del art. 14 CE.

STC 324/2006, de 20 de noviembre: El TC considera que el carácter justificador de las necesidades de organización del servicio público, aun cuando podría valer como respaldo de la limitación temporal o la pérdida del derecho a las vacaciones en caso de solapamiento con una baja por enfermedad, al tratarse de una contingencia fortuita, no puede operar en contra de la protección a la maternidad, constitucionalmente garantizada a través de la igualdad.

SSTC 92/2008, de 21 de julio, y 124/2009, de 18 de mayo: En relación con la extinción unilateral de la relación laboral por iniciativa del empresario y la calificación de nulidad del despido de la trabajadora embarazada, las sentencias consideran que, aunque el art. 14 CE no impone un régimen de nulidad objetiva del despido de la mujer embarazada, el art. 55.5 b) ET sí establece una causa objetiva y automática de nulidad del despido de la mujer embarazada, que opera, incluso, aunque el empresario no

conozca el embarazo de la trabajadora al tiempo de despedirla. Esta jurisprudencia considera que una interpretación restrictiva del precepto, que exigiera el previo conocimiento por el empresario del embarazo de la mujer, atentaba contra el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo del art. 14.2 CE. La supeditación de la protección de la trabajadora embarazada a la comunicación del embarazo al empleador en el art. 2.a) de la Directiva 92/85/CEE marca simplemente un nivel mínimo de protección que, lógicamente, puede ser mejorado por el Derecho interno.

STC 173/2013, de 10 de octubre: El Pleno del TC declara que la protección reforzada que el Estatuto de los Trabajadores (en la redacción dada al artículo 55.5.b por la Ley 39/1999) establece para las trabajadoras embarazadas en caso de despido, no puede extenderse a aquellos casos en los que se produzca el "desistimiento empresarial durante el periodo de prueba". Es decir: la circunstancia del embarazo, aunque no sea conocido por la empresa, será causa objetiva de nulidad sólo en caso de despido, y no en el caso de extinción de contrato en periodo de prueba, dada la distinta naturaleza de ambas instituciones. La sentencia se pronuncia así sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). El TC declara que el legislador se ha decantado conscientemente por limitar esa tutela reforzada del artículo 55.5.b LET al caso del despido causal de la trabajadora embarazada, excluyendo su aplicación al supuesto de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba. Mientras que en el despido causal la ley exige requisitos de forma cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la decisión extintiva, en cambio el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba no queda sujeto a requisitos formales (pudiendo incluso ser verbal y sin exteriorización de la causa), pudiendo afirmarse que el periodo de prueba supone una clara atenuación del principio de prohibición de la libre extinción del contrato, si bien, como es obvio, esa facultad de desistimiento empresarial en el periodo de prueba (art. 14 LET) no es omnímoda para el empresario, pues en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan resultados inconstitucionales, explica la sentencia.

ANEXO Nº VII: TRATADOS INTERNACIONALES DE APLICACIÓN PARA LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL

ORGANIZACIÓN	TRATADOS INTERNACIONALES/ DECLARACIONES DE DERECHOS/ CONVENIOS OIT	ARTICULADO EN RELACIÓN CON LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL
OIT	CONVENIO Nº 103 SOBRE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD (1952)	Art. 3. Establecimiento de un descanso por maternidad de 12 semanas como mínimo, 6 obligatorias con posterioridad al parto. Art. 4. Establecimiento de prestación social y económica durante la situación de maternidad en cuantía suficiente. Art. 5. Interrupción remunerada por lactancia de hijo. Art. 6. Prohibición de despido durante la ausencia por maternidad
OIT	CONVENIO Nº 183 SOBRE LA PROTECCIÓN DE MATERNIDAD (2000)	Art. 3. Protección de la salud de las mujeres embarazadas o lactantes. Art. 4. Ampliación del permiso de maternidad a una duración de catorce semanas como mínimo. Art. 5. Establecimiento de permiso en caso de enfermedad o de complicaciones derivadas del embarazo o parto. Art. 6 y 7. Se cuantifica la prestación de maternidad que no deberá ser inferior a dos tercios de las ganancias anteriores de la mujer. Art. 8 y 9. Se extiende la prohibición del despido de la mujer desde el embarazo hasta la lactancia, trasladando la carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia al empleador. Además se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.
OIT	CONVENIO nº 111 RELATIVO A LA DISCRIMINACIÓN EN MATERIA DE EMPLEO Y OCUPACION (1958)	Art. 2. Obligación de formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.
	CONVENIO nº 156 SOBRE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES	Art. 3. Reconoce expresamente el derecho de las “personas con

OIT	Y DE TRATO ENTRE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS: TRABAJADORES CON RESPONSABILIDADES FAMILIARES (1981)	responsabilidades familiares" a no ser discriminadas en materia de empleo.
OIT	CONVENIO Nº 155 SOBRE SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES (1981)	Define el concepto de salud en relación con el trabajo considerando también los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y que están directamente relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo
OIT	CONVENIO Nº 122 SOBRE LA POLÍTICA DEL EMPLEO (1964)	Establece como objetivo de mayor importancia la obligación de formular y llevar a cabo una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido.
OIT	CONVENIO Nº 140 SOBRE LA LICENCIA PAGADA DE ESTUDIOS (1974)	La expresión licencia pagada de estudios significa una licencia concedida a los trabajadores, con fines educativos, por un período determinado, durante las horas de trabajo y con pago de prestaciones económicas adecuadas. Prohíbe la discriminación en la concesión de esta licencia por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social (art. 8) y dispone que deberán establecerse disposiciones especiales para aquellos trabajadores que tengan dificultad para ajustarse al sistema general como por ejemplo los trabajadores con responsabilidades familiares (art. 9).
CONSEJO DE EUROPA	CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, TRATADO DE ROMA (1950)	Art. 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar Art. 14. Prohibición de discriminación
CONSEJO DE EUROPA	CARTA SOCIAL EUROPEA (Carta de Turín revisada en 1996)	Art. 8. Derecho de las trabajadoras a protección especial en caso de maternidad. Art. 10. Toda persona tiene derecho a medios adecuados de formación profesional. Art.11. Derecho a la protección a la salud Art. 16. Derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica Art. 20. igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo. Art. 26. Derecho a la dignidad en el trabajo Art. 27. Derecho de todas las personas con responsabilidades familiares y que ocupen o deseen ocupar un empleo a hacerlo sin verse sometidas a discriminación y, en la medida de lo posible, sin que haya conflicto entre su empleo y sus responsabilidades familiares.
CONSEJO DE EUROPA	TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	-2012: Asunto Konstantin Markin contra Rusia, Sentencia de la Gran Sala de 22 de marzo de 2012. Derecho a un permiso parental: relación entre el Art. 14 y el Art. 8 del CEDH.

NACIONES UNIDAS	DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (1948)	Art.7. Derecho a la igualdad ante la ley y protección frente a toda forma de discriminación Art.12. Derecho a la vida privada y protección de la ley frente a las injerencias a la misma Art.16. Protección de la familia como elemento fundamental de la sociedad y derecho a su protección por la sociedad y el Estado Art.21: Derechos de participación pública Art.23. Derecho al trabajo sin discriminación Art.24.Derecho al descanso y al tiempo libre Art.25. Derecho a la salud y bienestar, considerando la maternidad y la infancia con derecho a cuidados y asistencia especiales
NACIONES UNIDAS	PACTO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1966)	Art. 17. Prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, la familia y derecho a protección frente a las mismas Art. 18. Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión Art. 23. Reconocimiento de la familia como elemento fundamental de la sociedad Art. 25. Derecho de participación pública y política Art. 26. Igualdad ante la ley y prohibición de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
NACIONES UNIDAS	PACTO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1966)	Art. 6. Derecho al trabajo, bajo "condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias” Art. 7. Derecho a la igualdad en el trabajo Art. 10. Protección de la vida familiar, incluida una licencia parental remunerada y la protección de la infancia. Art. 12. Protección de la salud, específicamente el "más alto nivel posible de salud física y mental" Arts. 13 y 14. Protección de la educación, encaminada al pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y ayudar a todas las personas para participar efectivamente en la sociedad

NACIONES UNIDAS	CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (1979)	Preámbulo: establece que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación. Art. 4. Recomienda la adopción de medidas especiales de carácter temporal para la protección de la maternidad que "no se considerará discriminación" Art. 5. Aboga por "una comprensión adecuada de la maternidad como función social", lo que requiere que ambos sexos compartan plenamente la responsabilidad de criar los hijos. Esta función social se extiende a la prestación de servicios sociales, en especial servicios de guardería, que permitan a los padres combinar sus responsabilidades familiares con el trabajo y participar en la vida pública. Art. 11. Establece la obligación a los Estados Partes de garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo en todas sus manifestaciones.
NACIONES UNIDAS	CUARTA CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER (1995)	Entre sus objetivos se encuentra el establecimiento del principio de que mujeres y hombres deben compartir el poder y las responsabilidades en el hogar, en el lugar de trabajo y, a nivel más amplio, en la comunidad nacional e internacional. (corresponsabilidad) Se reconoce la contribución de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, así como la importancia social de la maternidad y de la función de ambos progenitores en la familia, así como en la crianza de los hijos. La crianza de los hijos requiere que los progenitores, las mujeres y los hombres, así como la sociedad en su conjunto, compartan responsabilidades. La maternidad, la condición de progenitor y la función de la mujer en la procreación no deben ser motivo de discriminación ni limitar la plena participación de la mujer en la sociedad. Asimismo, se debe reconocer el importante papel que en muchos países suele desempeñar la mujer en el cuidado de otros miembros de su familia. Objetivo estratégico F.6. Fomentar la armonización de las responsabilidades de las mujeres y los hombres en lo que respecta al trabajo y la familia
UNION EUROPEA	CARTA COMUNITARIA DE DERECHOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES (1989)	Art. 4. Empleo y remuneración: Toda persona tiene derecho a la libertad de elección y de ejercicio de una profesión, con arreglo a las disposiciones que rigen cada profesión. Art. 15. Formación profesional: Todo trabajador de la Comunidad Europea debe poder tener acceso a la formación profesional y poder beneficiarse de la misma a lo largo de su vida activa. En las condiciones de acceso a dicha formación no podrá darse ninguna discriminación basada en la nacionalidad. Art. 16. Igualdad de trato entre hombres y mujeres: Debe garantizarse y desarrollarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. A tal fin, conviene intensificar, dondequiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional. Conviene, asimismo, desarrollar medidas que permitan a

		hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares. Art. 19. Protección de la salud y de la seguridad en el lugar de trabajo: Todo trabajador debe disfrutar en su lugar de trabajo de condiciones satisfactorias de protección de su salud y de su seguridad. Deben adoptarse medidas adecuadas para proseguir la armonización en el proceso de las condiciones existentes en este campo
UNION EUROPEA	CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNION (2000)	Art. 7. Respeto de la vida privada y familiar: Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones. Art.14. Derecho a la educación: Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente. Art. 15. Libertad profesional y derecho a trabajar: Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada. Art. 21. No discriminación: 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares. Art. 23. Igualdad entre mujeres y hombres: Deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. Este principio no impide el mantenimiento de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado. Art. 24. Derechos del niño: Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Art 31. Condiciones de trabajo justas y equitativas: Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad así como el derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas. Art. 33. Vida familiar y vida profesional: Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social. Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.

BIBLIOGRAFÍA

ABRIL STOFFELS, Ruth. «La conciliación entre la vida personal, familiar y laboral, la corresponsabilidad en el hogar y la lucha contra los estereotipos: una nueva punta de lanza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia Konstantin Markin c Russie asunto 30078/06 de 22 de marzo de 2012 de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)». *Revista General de Derecho Europeo,* nº 28 (2012).

AGENJO CALDERÓN, Astrid. «Lecturas de la crisis en clave feminista: una comparación de la literatura en torno a los efectos específicos sobre las mujeres». *Papeles de Europa,* n.º 23 (2011).

AGUIAR DE LUQUE, Luis. «Libertad de expresión y derecho a la información». En *Enciclopedia Jurídica Básica,* 1ª. Madrid: Civitas, 1995.

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel. «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* nº extra 2 (2007).

AGUSTÍ MARAGALL, Joan, «El carácter "diario" de la reducción de jornada por guarda legal. Razones para una interpretación alternativa y constitucional del art. 37.5 ET», *IUSLabor,* n.º 2 (2014).

ALAMEDA CASTILLO, María Teresa. «Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad». En *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres* (Coord. Mercader Uguina, Jesús). Tirant lo Blanch, 2007.

ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón. «Nuevo escenario de la negociación colectiva». En Jornadas de estudio CGPJ y CCOO. Alicante: 2012.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales.* 2ª. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

ALFONSO MELLADO, Carlos L. «El Derecho del Trabajo. Referentes Constitucionales e internacionales». En Jornadas de estudio CGPJ y CCOO. Alicante: 2013.

———. «El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres». En *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres,* (Dir. Sala Franco, Tomás) 1ª. Temas. Madrid: La Ley grupo Wolters Kluwer, 2008.

ALONSO OLEA, Manuel. «El poder de dirección del empresario (prólogo)». En *El poder de dirección del empresario*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1965.

———. *Manual de Derecho del Trabajo*. 5ª. Madrid: Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1978.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, «¿Es necesario un nuevo contrato social?», en *Problemas actuales de Derecho Constitucional en un contexto de crisis*. (Dir. Tur Ausina, Rosario, Coords. Sanjuán Andrés, Fco. Javier, Calabuig Puig, M.ª Amparo) (Granada: Comares, 2015)

———. «Principio de igualdad (I) y prohibición de discriminación (II)». En *Estudios Interdisciplinares sobre Igualdad* (Dirs. Álvarez Conde, Enrique, Figueruelo Burrieza, Ángela, Nuño Gomez, Laura, Coord. Cancio Álvarez, Mª Dolores) Madrid: Iustel, 2011.

AMORÓS PUENTE, Celia. *Feminismo, igualdad y diferencia*. México: Unam-Pueg, 2001.

———. *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... para las luchas de las mujeres*. 3ª. Feminismos. Madrid: Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 2007.

AMORÓS PUENTE, Celia, y DE MIGUEL, Ana. *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De la Ilustración al segundo sexo*. 2ª. Vol. 1º. 3 vols. Madrid: Minerva, 2007.

APILLUELO MARTIN, Margarita. «Derechos de formación profesional para el empleo. A propósito del RD-Ley 4/2015, de 22 de marzo». *Revista de Derecho Social* n.º 72 (2015).

ARASTEI SAHÚN, Mª Lourdes. «Relación laboral y avances en materia de corresponsabilidad familiar entre mujeres y hombres». *Actualidad Laboral*, n.º 1, Sección Estudios (2008).

ASTELARRA BONOMI, Judith. «Conciliación y cohesión social. Un análisis crítico de las políticas europeas». *Revista Ábaco*, n.º 49-50 (2006).

———. *Veinte años de políticas de igualdad*. 2ª. Feminismos. Madrid: Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 2005.

AZAGRA SOLANO, Miguel. «El conflicto de la conciliación de la vida laboral y familiar: especial atención a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor». *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 1 (2010).

BABIERA PUIG, Inmaculada. «Instrumentos para la conciliación de las responsabilidades familiares y el empleo en el derecho canadiense». En *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*. (Dirs. Fernández Prieto, Marta y Cabeza Pereiro, Jaime). Albacete: Bomarzo, 2012.

BALLESTER PASTOR, María Amparo. «Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: Rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad». *Revista de Derecho Social*, n.º 51 (2010).

———. «Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea». En *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos.* (Dirs. Cabeza Pereiro, Jaime. y Fernández Docampo, Belén), 1ª. Monografías 747. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
———. «De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades». *Revista de Derecho Social*, n.º 57 (2012).
———. «El irreconocible derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades en la Ley 3/2012». En *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*. (Coord. Baylos Grau, Antonio), Albacete: Bomarzo, 2012.
———. «El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social». *Relaciones Laborales nº 2* Sección Doctrina Año 28, tomo 1 (2012).
———. «Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar». En *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*. (Coord. Ballester Pastor, M.ª Amparo), Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
———. «Igualdad y conciliación en las últimas reformas laborales y de Seguridad Social. Análisis desde las exigencias del derecho de la Unión Europea». *Actum Social* (Monográfico), n.º 71 (2013).
———. «La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo». *Revista de Derecho Social* n.º 62 (2013).
———. «La flexibilidad interna en el marco de las relaciones laborales». En XXII Congreso nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. San Sebastian: 2012.
———. «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 92 (2011).

BALLESTER PASTOR, María Amparo, y SALA FRANCO, Tomás. *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*. Laboral Práctico. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

BARREIRO GONZÁLEZ, Germán, y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. *Reflexiones sobre el presente y futuro del Derecho Español del Trabajo*. 1ª. Lisboa: Juruá, 2011.

BARRÈRE UNZUETA, Mª Angeles. «Derecho fundamental a la igualdad de trato, discriminación estructural y empoderamiento de las mujeres». En XXVIII Cursos de verano de la UPV/EHU, XXI Cursos Europeos. San Sebastián: 2009. http://www.emakunde.euskadi.net/u72-10010/es/contenidos/informacion/publicaciones_seminarios_flash/es_2009/uploads/ponencias/maggy-barrere.pdf.
———. *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. 1.ª ed. Cuadernos Civitas. Madrid: Civitas, S.A., 1997.
———. «Igualdad y "discriminación positiva": Un esbozo de análisis teórico-conceptual». *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 9 (2003).
———. «La acción positiva: Análisis del concepto y propuestas de revisión». En Jornadas sobre Políticas locales para la igualdad entre mujeres y hombres. Vitoria-Gasteiz: 2002.

———. «Legislación y jurisprudencia antidiscriminatorias por razón de sexo-género. Reflexiones de recopilación y de reforma legislativa». http://www.f-3.net/defentsoria/2007/ponencias/Maggy_Barrere_Ponencia.pdf.

BAYLOS GRAU, Antonio. «Crisis y cambios en la regulación del trabajo tras las reformas laborales en España». *Según Antonio Baylos*, 3 de julio de 2012. http://baylos.blogspot.com.es/2012/07/crisis-y-cambios-en-la-regulacion-del.html.

———. «La dimensión internacional de los derechos laborales en la crisis». *Según Antonio Baylos*, 14 de febrero de 2014. http://baylos.blogspot.com.es/2014/02/la-dimension-internacional-de-los.html.

———. «La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional español: auge y declive de la función de tutela». *Revista de Derecho Social* n.º 69 (2015).

———. «Reformar la reforma laboral a partir de la Constitución», *Según Antonio Baylos*, 10 de marzo de 2015, Disponible en: http://baylos.blogspot.com.es/2015/03/reformar-la-reforma-laboral-partir-de.html.

———. «Un nuevo modelo democrático de relaciones laborales». Madrid: Fundación 1º de Mayo CC.OO., 2015.

BAYLOS GRAU, Antonio, y PÉREZ REY, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. 2ª. Madrid: Trotta, 2009.

BAYÓN CHACÓN, Gaspar. *Manual de Derecho del Trabajo*. 9ª. Madrid: Pons, 1974.

BELLIDO ASPAS, Manuel. «El proceso ordinario, el monitorio laboral y de ejercicio de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral: alcance de la reforma». *Actum Social*, n.º 68 (2012).

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

BINI, Stefano. «Il telelavoro nell'ottica del Wok-life Balance: Italia e Spagna a confronto». En *Conciliación de la vida familar y laboral y crisis económica. Estudios desde el derecho internacional y comparado*. (Coord. Mella Méndez, Lourdes), 1ª. Madrid: Delta Publicaciones, 2015.

BORRÀS Vicent, TORNS Teresa, y MORENO Sara. «Las políticas de conciliación: políticas laborales versus políticas de tiempo». *Papers Revista de Sociologia* n.º 83 (2007).

BROWN, Josefina. «Mujeres y ciudadanía. De la diferencia sexual como diferencia política». *Kairos. Revista de temas sociales*, n.º 19 (2007).

CABEZA PEREIRO, Jaime. «Conciliación de vida privada y laboral». *Temas Laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social* n.º 103 (2010).

———. «Ejercicio de derechos de conciliación. Discriminación y jurisprudencia constitucional. Una crítica a la STC 233/2007, de 5 de noviembre». *Revista de Derecho Social*, n.º 40 (2008).

———. «¿En qué debe cambiar el Derecho Español para adaptarse al Acuerdo Marco Revisado sobre el Permiso Parental?» *Aranzadi Social*, n.º 6 (2010).

———. «Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre mujeres y hombres». En *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. ((Dirs. Cabeza Pereiro, Jaime, Fernández Docampo, Belén) Monografías 747. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

———. «Ley de igualdad y contrato de trabajo». *Dossier Práctico Francis Lefebvre*, 2007.

———. «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras». En *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, (Coord. Lousada Arochena, José Fernando), 1ª. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008.

———. «Tiempo de trabajo, racionalización de horarios y conciliación en España». En *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado*, (Coord. Mella Méndez, Lourdes) 1ª. Madrid: Delta Publicaciones, 2015.

CABEZA PEREIRO, Jaime, y FERNÁNDEZ PRIETO, Marta. «Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 24 y 26/2011, de 14 de marzo». *Relaciones Laborales*, n.º 21, Sección Comentarios de jurisprudencia, Año 27, tomo 2 (2011).

CALABUIG PUIG, María Amparo. «Sobre la concreción del concepto de discriminación indirecta. Un análisis a propósito del trabajo a tiempo parcial y el cálculo de pensiones». *Revista Europea de Derechos Fundamentales* n.º 22/2º Semestre (2013).

CAMPOS RUBIO, Arantza. «Aportaciones iusfeministas a la revisión crítica del Derecho y a la experiencia jurídica». En Mujeres y Derecho: Pasado y presente. I Congreso Multidisciplinar de la Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho. Bilbao: Universidad del País Vasco, Facultad de Derecho, 2008.

CANAL, Tziana, MAROCCO, Manuel, y RUSTICHELLI, Emiliano. «Crisi economica, riduzione dell' orario di lavoro e work-life balance: uno sguardo alla sperimentazione italiana degli ammortizzatori sociali in deroga». En *Conciliación de la vida familar y laboral y crisis económica. Estudios desde el derecho internacional y comparado* (Coord. Mella Méndez, Lourdes), 1ª. Madrid: Delta Publicaciones, 2015.

CARBY-HALL, Jo. «The Work-Life Balance Concept in UK». En *Conciliación de la vida familar y laboral y crisis económica. Estudios desde el derecho internacional y comparado*. (Coord. Mella Méndez, Lourdes), 1ª. Madrid: Delta Publicaciones, 2015.

CARRASCO BENGOA, Cristina (Dir.). «Tiempos, Trabajos y Flexibilidad: una cuestión de género», 2002.
http://www.inmujer.migualdad.es/mujer/mujeres/estud_inves/2002/577.pdf.

CARRASQUER OTO, Pilar. «La doble presencia. El trabajo y el empleo femenino en las sociedades contemporáneas». Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2009.

CARRASQUER OTO, Pilar, y MARTÍN ARTILES, Antonio. «La política de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva. Un aspecto de la estrategia europea de empleo». *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n.º 23 (2005).

CARRASQUER OTO, Pilar, MORENO, Neus, MONCADA, Salvador, y LLORENS, Clara. «Doble presencia, trabajo doméstico-familiar y asalariado: espacios sociales y tiempo». *New Solutions* 20, n.º 4 (2010).

CASTAÑO, Cecilia. «Introducción.» En *Las mujeres en la gran recesión*, (Dir. Castaño, Cecilia), 1ª. Feminismos. Madrid: Cátedra.

CASTRO ARGUELLES, María Antonia. «Derechos fundamentales en el proceso laboral». Pamplona, 2014.

———.«Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la jurisprudencia». *Derecho de los Negocios*, n.º 207, Sección Relaciones Laborales (2007).

CASTRO GARCÍA, Carmen, y PAZOS MORÁN, María. «Hombres, cuidados e igualdad de género. Fundamentos para la equiparación efectiva entre los permisos de padres y madres». Barcelona, 2011. www.cime2011.org.

———. «Los permisos parentales: una crítica feminista de las tendencias actuales en Europa». En II Congreso de Economía Feminista. Zaragoza: 2007.

CAUNEDO, Paula, y RODRÍGUEZ, Adelina. «De la conciliación a la corresponsabilidad: buenas prácticas y recomendaciones». Instituto de la Mujer (Ministerio de Igualdad), 2008.

CAZZETTA, Giovanni. *Estado, juristas y trabajo. Itinerarios del Derecho del Trabajo en el siglo XX*. 1ª. Madrid: Marcial Pons, 2010.

CERVILLA GARZÓN, Mª José, «El fomento de la conciliación de la vida familiar y laboral a través del teletrabajo parcial, ¿opción u obligacion?», en *Conciliación de la vida familiar y laboral y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado*, 1ª (Coord. Mella Méndez, Lourdes). Madrid: Delta Publicaciones, 2015.

CHARRO BAENA, Pilar. «La concreción horaria en la reducción de jornada por cuidado de hijo menor: ¿la búsqueda de un justo equilibrio de los intereses en juego?», 2013.
http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/comunicacions/any-2013/.

CIDONCHA, Antonio, *La libertad de empresa*. Madrid: Civitas, 2006.

COBO BEDIA, Rosa. «Globalización y nuevas servidumbres de las mujeres». En *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización* (Eds. Amorós, Celia y De Miguel, Ana), 2ª. Madrid: Minerva Ediciones, 2007.

COLECTIVO IOÉ. «Hacia la igualdad de género en España: una década de avances y retrocesos (1994-2005)», 2007. http://www.colectivoioe.org/index.php/publicaciones_articulos/show/id/98.

———. «Relatos desde la entraña de los hogares. Voces de inmigrantes en el servicio doméstico». *OFRIM Suplementos, 8 Comunidad de Madrid*, 2001. http://www.colectivoioe.org/investigaciones_articulos.php?op=articulo&id=54.

COMISIÓN PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO DEL AYUNTAMIENTO DE REIKIAVIK. «En las alegrías y en las penas. Hombres islandeses de permiso por paternidad». 1998. http://www.um.es/estructura/unidades/u-igualdad/intranet/docs/paternidad-islandeses.pdf

COMPI (Coordinadora de Organizaciones de Mujeres para la Participación y la Igualdad) «Evaluación del Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2008-2011», 2012. http://www.compi.org/evaluacion_peiomh.pdf

CONDE PUMPIDO TOURON, Mª Teresa. «La maternidad y la conciliación familiar, dentro de la tutela de la igualdad.» En *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, (Dir. Conde Pumpido Touron, Mª Teresa), 1ª. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007.

———. «Los planes de igualdad. Erradicación de discriminaciones directas e indirectas en la negociación colectiva. Problemas de legitimación procesal y procedimental». *Actum Social*, nº 11, (2008).

CORREA CARRASCO, Manuel. «La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales». *Revista de Derecho Social*, n.º 59 (2012).

———. «Tiempo de trabajo e Igualdad de género: regulación legal y negociación colectiva». *Revista de Derecho Social*, n.º 49 (2010).

COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Víctor, «Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales», en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 4 (2001)

CREMADES GARCÍA, Purificación. «El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar». *Diario La Ley* XXIX, n.º 7079 (2008).

CRUZ VILLALÓN, Jesús. «Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España». En *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado*, 1ª. (Coord. Mella Méndez, Lourdes) Madrid: Delta Publicaciones, 2015.

CUESTA LÓPEZ, Víctor. «Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional: fundamentos constitucionales y avances normativos en el ámbito de la Unión Europea». *ReDCE. Año 8*, n.º 16 (2011).

DE LA PUEBLA PINILLA, Ana. «El papel de la jurisprudencia en la construcción de la igualdad efectiva entre trabajadoras y trabajadores». *Anuario Facultad de Derecho Universidad Autónoma* n.º 13 (2009).

DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. *El Trabajo*. 1ª. Madrid: Ramón Areces, 2011.

DÍEZ PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 7ª. Madrid: Tecnos, 1997.

DUEÑAS HERRERO, Laurentino, y DUEÑAS CASTRILLO, Andrés. «El descuadre constitucional de las reformas laborales en tiempos de crisis económica». Palencia: Universidad de Valladolid, 2016.

DURÁN HERAS, Mª Ángeles. *El trabajo no remunerado en la economía global*. Madrid: Fundación BBVA, 2012.

DURÁN LALAGUNA, Paloma. «La igualdad de género en el contexto internacional». En *Estudios Interdisciplinares sobre Igualdad* (Dirs. Álvarez Conde, Enrique, Figueruelo Burrieza, Ángela, Nuño Gomez, Laura, Coord. Cancio Álvarez, Mª Dolores) Madrid: Iustel, 2011.

ENJUTO JAREÑO, Diego. «La modificación de la Directiva 2003/88/CE: problemática en torno a la cláusula "opt-out", al período de referencia para el cómputo de la jornada ordinaria y al concepto de "tiempo de trabajo efectivo». *IUSLabor*, n.º 3 (2005).

EQUIPO EDITOR, "Medidas de apoyo a la maternidad en la UE", en *Revista de Seguridad Social Activa*, (2015). http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/Panorama/REV_034805.

ESPEJO MEGÍAS, Patricia. «La reforma de los derechos de conciliación en España en un escenario de flexiseguridad y el advenimiento de un nuevo Plan estratégico de igualdad de oportunidades». En *Conciliación de la vida familiar y laboral y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado*, (Coord. Mella Méndez, Lourdes) 1ª. Madrid: Delta Publicaciones, 2015.

ESQUEMBRE VALDES, Mar. «Ciudadanía y género. Una reconstrucción de la triada de derechos fundamentales». En *Género y Derechos Fundamentales*, (Coords. Monereo Pérez, José Luis y Monereo Atienza, Cristina) 1ª. Granada: Comares, 2010.

EZQUERRA ESCUDERO, Luis. «La reducción de jornada por guarda legal». *Revista Doctrinal Aranzadi Social* n.º 14 sección Estudio (2008).

FABREGAT MONFORT, Gemma. «Tutela de los derechos fundamentales y derechos de conciliación de la vida laboral y familiar». En *La nueva Ley de la*

Jurisdicción Social. (Dirs. Rodríguez Pastor, Guillermo y Alfonso Mellado Carlos) Albacete: Bomarzo, 2012.

FAURÉ, Christine. «De los derechos del hombre a los derechos de la mujer: una conversión intelectual difícil». En *Enciclopedia histórica y política de las mujeres. Europa y América*, (Ed. Fauré, Christine), 1ª. Madrid: Akal, 2010.

FERADANS CAMARÉS, Carmen. «La controvertida reforma de la Directiva sobre la Ordenación del tiempo de trabajo». *Temas Laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 86 (2006).

FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio. «Constitución, derechos sociales y tutela del trabajador». En 31 Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Cádiz: 2012.

FERNÁNDEZ DOCAMPO, Belén. «La reincorporación al trabajo tras el disfrute del permiso parental. Medidas previstas en la Directiva 2010/18, de 8 de Marzo». En *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*. (Dirs. Fernández Prieto, Marta y Cabeza Pereiro, Jaime) Albacete: Bomarzo, 2012.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. «Conciliación de la vida laboral y familiar: una visión constitucional». En *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualitario de las reformas parentales*. (Coord. Cardona Rubert, M.ª Belén), Albacete: Bomarzo, 2009.

FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier. «Comentarios a las medidas de mejora en la empleabilidad y estabilidad de los trabajadores, contenidas en el RDL 16/2013, de 20 de diciembre de 2013». *Relaciones Laborales*, n.º 2, Sección Legislación, Año 30, tomo 1 (2014).

FERNÁNDEZ PRIETO, Marta. «Adopción del hijo biológico del cónyuge o pareja de hecho: ¿derecho a una prestación por maternidad?» *Revista de Derecho Social*, n.º 52 (2010).

———. «Conciliación, corresponsabilidad y empleo: adaptación y distribución de la jornada de trabajo». En *X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social: El Derecho del Trabajo y las relaciones laborales ante los cambios económicos y sociales*. Sevilla, 2011.

———. «La tutela del embarazo en la jurisprudencia constitucional y de la Unión Europea». *Revista de Derecho Social* n.º 69 (2015).

FIGUERUELO BURRIEZA, Angela. «El "diálogo aparente" entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Luxemburgo. Comentarios a propósito de la STC que resuelve el recurso de amparo núm. 6922-2008 (Caso Melloni)», en *Derechos y Libertades en la sociedad actual,* (Dir. Figueruelo Burrieza, Ángela, Coord. León Alonso, Marta), (Granada: Comares, 2014).

———. «El discurso jurídico: la mujer en la Constitución española». En *Las mujeres en la Constitución europea. Estudios multidisciplinares de género*. (Coord. Figueruelo Burrieza, Ángela), Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, Cemusa, 2005.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. «Discriminaciones indirectas y equívocos derechos (A propósito de la STC 3/2007, de 15 de enero, y del ATC 200/2007 de 27 de marzo)». *Diario La Ley*, n.º 6748, Sección Doctrina (2007).

———. «El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica». En *Derechos sociales y ponderación*, 2ª. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

———. «La sentencia de la semana: el Tribunal Constitucional sigue siendo el rey y su palabra es la ley (a ritmo de ranchera)». *Dura lex. Política, Derecho, sociedad. Y algo de otras cosas* (2011). http://garciamado.blogspot.com.es/2011/05/la-sentencia-de-la-semana-el-tribunal.html

GARCIA CAMPÁ, Santiago. «Comentario al artículo 22. Acciones de planificación equitativa de los tiempos». En *Comentarios a la Ley de Igualdad*, (Dir. García Ninet, José Ignacio) 1ª. Valencia: CISS, 2007.

GARCIA MIGUÉLEZ, María Purificación. «La formación profesional: pieza clave para la conciliación laboral y familiar». En *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*. (Dirs. Fernández Prieto, Marta y Cabeza Pereiro, Jaime) Albacete: Bomarzo, 2012.

GARCÍA MURCIA, Joaquín. «Nuevas cláusulas y nuevas tendencias en la negociación colectiva de sector». *Derecho de los Negocios*, n.º 206, Sección Relaciones laborales (2007).

———. «Virtualidad en el ordenamiento laboral de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Actualidad Laboral*, n.º 6, Sección Estudios, (2014).

GARCÍA NINET, José Ignacio, y VICENTE PALACIO, Arantzazu. «Los derechos fundamentales como límite a las facultades organizativas del empresario (Libertad sindical y movilidad funcional). La tutela de la libertad de afiliación sindical: ¿La afiliación sindical como señuelo de mejoras profesionales o como causante de la degradación profesional?» *Aranzadi Social* n.º 5 (1999).

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio. «La jurisprudencia constitucional en materia social, veinticinco años después.» En Seminario sobre La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios. Alcalá de Henares: 2005.

GARCÍA ROMERO, Mª Belén, «Medidas de Seguridad Social en respuesta a los retos que plantean las responsabilidades familiares: fomento de la natalidad, conciliación e igualdad de género prestacional», *Revista de Derecho Social*, n.º 74 (2016)

GARCÍA RUBIO, Mª Amparo. «La tutela del trabajador varón en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar». En *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos.* (Dirs. Cabeza Pereiro, Jaime, Fernández Docampo, Belén). Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

———. «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de

adaptación de jornada». *Relaciones Laborales* n.º 13, Comentarios de jurisprudencia (2011).

GARCÍA TESTAL, Elena, y LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*. 1ª. Monografías. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

GARCÍA VICTORIA, Ignacio, *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008

GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo. «Vida personal, laboral y familiar y tiempo de trabajo: mecanismos flexibilizadores "clásicos" en la ley orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres». *Asparkía. Investigación Feminista*, n.º 20 (2009).

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. «El contenido esencial de los derechos fundamentales». *Base de conocimiento jurídico*. Iustel, 2016. www.iustel.com.

———. «Los derechos fundamentales». *Base de conocimiento jurídico*. Iustel, 2016. www.iustel.com.

GILOLMO LÓPEZ, José Luis. «Medidas de conciliación familiar y trabajo y organización de la empresa: puntos críticos en la nueva legislación y doctrina constitucional». *Actualidad Laboral* n.º 5, Sección Estudios (2013).

GOERLITCH PESET, José María, y NORES TORRES, Luis Enrique. «Poderes directivos empresariales y conciliación de la vida laboral y familiar: una asignatura pendiente». *Editorial la Ley*, 1ª . Madrid: 2010.

GOLDIN, Adrián. «Algunos rasgos definitorios de un derecho del trabajo en proceso de cambio». *Relaciones Laborales*, nº 2, Sección Doctrina, Año 30, tomo 1, (2014).

GOÑI SEIN, José Luis. «La compleja coexistencia de derechos fundamentales y libertades en la relación de trabajo». *Fundación 1º de Mayo* n.º 32 (2010).

GORELI HERNÁNDEZ, Juan. «Nuevas reglas de concurrencia de convenios: la prioridad aplicativa del convenio de empresa». *Relaciones Laborales*, nº 9, Sección Doctrina, Año 29, tomo 1 (2013).

GROMEK-BROC, Katarzyna. «Work life Balance in a Time of Economic Crisis in the UK». En *Conciliación de la vida familar y laboral y crisis económica. Estudios desde el derecho internacional y comparado* (Coord. Mella Méndez, Lourdes), 1ª. Madrid: Delta Publicaciones, 2015.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración. «Crisis económica y crisis del Derecho del Trabajo: ¿hacia un antiguo modelo de relaciones de trabajo?» *Revista de Derecho Social*, nº 59 (2012).

———. «Los desencuentros entre el Tribunal Constitucional y las normas internacionales a propósito de la Ley 3/2012 (sobre el derecho al trabajo y las SSTC 119/2014 y 8/2015)». *Revista de Derecho Social*, n.º 70 (2015).

GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel. *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*. 1ª. Murcia: Ediciones Laborum, S.L., 2011.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio. «Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teória de los derechos de Robert Alexy». En *Derechos sociales y ponderación*, 2ª. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

INSTITUTO DE LA MUJER, INE. «Mujeres y hombres en España en 2010». http://www.ine.es/ss/Satellite?L=0&c=INEPublicacion_C&cid=1259924822888&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalleGratuitas.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO), «Maternity and paternity at work: Law and practice across the world». Ginebra: OIT, 2014. http://www.ilo.org/maternityprotection.

JIMENA QUESADA, Luis. «Introducción: sostenibilidad y efectividad de los derechos sociales, incluso y sobre todo en tiempos de crisis», en *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica* (AA.VV.) (Albacete: Bomarzo, 2014).

———.«Impacto práctico de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales» En XXVII Jornadas catalanas de derecho del trabajo «In memoriam Profesor M. R. Alarcón». Barcelona: 2016.

———. *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*. 1ª. Navarra: Aranzadi, 2013

———.«La protección internacional de los derechos sociales y laborales. La carta social europea y el comité europeo de derechos sociales». *Revista de Derecho Social*, n.º 65 (2014).

JIMENA QUESADA, Luis y TOMÁS MALLÉN, Beatriz S., «Hacia un estándar europeo común de igualdad: la contribución del Comité Europeo de Derechos Sociales», *Revista de Derecho Político*, n.º 68 (2007).

LAHERA FORTEZA, Jesús. «Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar». *Documentación Laboral. Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n.º 100 (2014).

LAHERA FORTEZA, Jesús, y GARCÍA QUIÑONES, Juan Carlos. *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*. Albacete: Bomarzo, 2008.

LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo. «Políticas anticrisis, reformas estructurales y Derecho del Trabajo.» En XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. La reforma del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. San Sebastián: 2012.

LEON ALONSO, Marta. «Género y salud». En *Estudios Interdisciplinares sobre Igualdad* (Dirs. Álvarez Conde, Enrique, Figueruelo Burrieza, Ángela, Nuño Gomez, Laura, Coord. Cancio Álvarez, Mª Dolores) Madrid: Iustel, 2011.

LEÓN BASTOS, Carolina. *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*. 1ª. Madrid: Reus, 2010.

LEONARDI, Laura, MARTÍN ARTILES, Antonio, CALENDA, Davide, y CARRASQUER OTO, Pilar. «¿Es exportable la flexiguridad? Un estudio comparado de Italia y España». *Cuadernos de Relaciones Laborales* nº 29 (2011).

LESTER, Gillian. «La baja retribuida en los Estados Unidos y el modelo californiano». En *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualitario de las reformas parentales*. (Coord. Cardona Rubert, M.ª Belén), Albacete: Bomarzo, 2009.

LLORENTE HERAS, Raquel, IGLESIAS FERNANDEZ, Carlos, y DUEÑAS FERNANDEZ, Diego. «Mujer, mercado de trabajo y crisis económica.» En *Las mujeres en la gran recesión*, 1ª. Feminismos. Madrid: Cátedra, 2015.

LOMBARDO, Emanuela. «La política de género de la UE: ¿Atrapada en el "Dilema de Wollstonecraft"?» En *Género y Derechos Humanos*. (Coords. García Inda, Andrés y Lombardo, Emanuela), Zaragoza: Mira Editores, S.A., 2002.

LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. «La adaptación de la jornada para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral: ¿Un derecho indivudual o un derecho a negociar en convenio?» En *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*. (Dirs. Fernández Prieto, Marta y Cabeza Pereiro, Jaime). Albacete: Bomarzo, 2012.

LOPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, Alicia. «Las políticas de igualdad de género en el Derecho comparado». En *Estudios Interdisciplinares sobre Igualdad* (Dirs. Álvarez Conde, Enrique, Figueruelo Burrieza, Ángela, Nuño Gomez, Laura, Coord. Cancio Álvarez, Mª Dolores) Madrid: Iustel, 2011.

LÓPEZ TERRADA, Eva. «Permisos parentales y conciliación». En *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, (Coord. Ballester Pastor, M.ª Amparo), 1ª. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, Rubén. «Alcance y aplicación de algunas cuestiones sobre vida laboral y familiar en la doctrina de los Tribunales Superiores». *Aranzadi Social*, n.º 19 (2011).

LOUSADA AROCHENA, José Fernando. *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Monografías n.º 949. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

———. «El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad entre mujeres y hombres». *Revista de Derecho Social*, Doctrina, n.º 41 (2008).

———. «El tiempo en las leyes con perspectiva de género». *Revista de Derecho Social*, n.º 49 (2010).

———. «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras». En *El Derecho Fundamental a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
———. «Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y periodo de prueba (A propósito de la STC de 10 de octubre de 2013)». *Revista de Derecho Social* n.º 63 (2013).

MACKINNON, Catharine A. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Feminismos. Madrid: Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 1995.

MALO OCAÑA, Miguel Ángel. «Resultados laborales y políticas de mercado de trabajo: mujeres y varones durante la Gran Recesión.» En *Las mujeres en la gran recesión.*, 1ª. Feminismos. Madrid: Cátedra, 2015.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel. «Los derechos sociales». *Base de conocimiento jurídico*. Iustel, 2016. www.iustel.com.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis. *El principio libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*. 1.ª ed. Madrid: Civitas, 2010.

MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María. «El principio de corresponsabilidad en las políticas autonómicas de conciliación». En *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos. (*Dirs. Cabeza Pereiro, Jaime. y Fernández Docampo, Belén). Monografías 747. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
———. «Flexibilidad del trabajo a tiempo parcial y conciliación de la vida familiar y laboral.» En *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado* (Coord. Mella Méndez, Lourdes), 1ª. Madrid: Delta Publicaciones, 2015.

MATHIEU-GENIAUT, Chantal. «L´immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en questión». *Droit Social* n.º 9/10 (2006).

MAZUR, Amy. *Theorizing feminist policy*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

MEDA, Dominique. *El tiempo de las mujeres. Conciliación entre la vida familiar y profesional de hombres y mujeres*. Madrid: Narcea Ediciones, 2002.

MELLA MENDEZ, Lourdes. «El nuevo trabajo a distancia en España.» En *Conciliación de la vida familiar y laboral y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado* (Coord. Mella Méndez, Lourdes), 1ª. Madrid: Delta Publicaciones, 2015.

MIGUÉLEZ, Fausto, y CARRASQUER OTO, Pilar. «Diagnóstico socio-económico sobre las políticas de empleo en España, 2012-2014», 2015. http://ddd.uab.cat/record/142865.

MILLET, Kate. *Política Sexual*. Madrid: Cátedra, 2010.

MINOW, Martha. *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1991.

MIRANDA BOTO, José María. «Igualdad y Constitución Europea: de presencia fragmentaria a valor omnipresente». En *Igualdad y Constitución Europea: de presencia fragmentaria a valor omnipresente*. Madrid: MTASS, 2005.

MOLINA HERMOSILLA, Olimpia. «Un nuevo -y esperado- ataque al maltrecho derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral». *Aranzadi Social paraf. 40/2009 (Presentación)*, 2009.

MOLINA HERMOSILLA, Olimpia, y VILLAR CAÑADA, Isabel Mª. «Tratamiento de la igualdad por razón de género en la reciente negociación colectiva. Análisis de la realidad y propuestas de mejora». *Revista de Derecho Social* n.º 61 (2013).

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. «Derecho con mirada de mujer: la solución al conflicto de conciliación de la vida laboral y familiar en la STC 3/2007, de 15 de febrero». *Diario La Ley*, n.º 6681, Sección Doctrina, Año XXVIII (2007).

———. «El impacto laboral de la "Ley de Igualdad de Sexos": lo que queda después de vender el "humo político"». *Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 290 (2007).

———. «Flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar: a propósito de la nueva regulación del empleo parcial». *Documentación Laboral. Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n.º 100 (2014).

———. «Un nuevo paso atrás en la política jurídica de conciliación: el juez no debe minimizar sino garantizar el cambio legal». *Diario La Ley*, *n*º 7057, Sección Doctrina (2008).

MONEREO PÉREZ, José Luis, «Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la "cuestión social"», *Relaciones Laborales*, n.º 2, Sección doctrina (2001).

———. «La salud como derecho humano fundamental». *Relaciones Laborales*, nº 9, Sección Doctrina, Año 30, tomo 1 (2014).

MONTAÑÉS BERNAL, Antonio. «Tipos de jornada y productividad». Zaragoza: Consejo Económico y Social de Aragón, 2011. http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/ConsejoEconomicoSocialAragon/Areas/Publicaciones/PRODUCTIVIDAD_2.pdf.

MONTOYA MEDINA, David. «Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar (Comentario a las STC 24 y 26/2011)». *Revista Aranzadi Social*, n.º 4 (2011).

MONTOYA MELGAR, Alfredo. «El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n.º 48 (2004).

MORENILLA ALLARD, Pablo. «De nuevo sobre la inconstitucionalidad del incidente de nulidad de actuaciones». *Diario La Ley* n.º 8099 Sección Doctrina, Año XXXIV (2013).

MORÓN PRIETO, Ricardo. «¿Existe un genérico derecho a cambiar el horario laboral para conciliarlo con la vida privada? (A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 18 de junio de 2008)». *Revista de Derecho Social* n.º 45 (2009).

MOUFFE, Chantal. «Feminismo, ciudadanía y política democrática radical». *Feminists Theorize the Political*, n.º 1 (1992).

MOYA AMADOR, Rosa. «La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social». *Revista Doctrinal Aranzadi Social* n.º 10/2013 Parte Doctrina (2013).

NOGUEIRA GUSTAVINO, Magdalena. «El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente». *Lan Harremanak* n.º 25 (2012).

NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, Pilar, y MOLINA GONZALEZ-PUMARIEGA, Rocío. «La maternidad y paternidad en el Derecho de la Unión Europea». *Actualidad Laboral* n.º 14, Sección Estudios (2011).

NUÑO GÓMEZ, Laura. «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* n.º 6 (2010).

———. «El empleo femenino en España y en la Unión Europea». *Revista de Investigaciones Feministas* n.º I (2009).

———. *El mito del varón sustentador. Orígenes y consecuencias de la división sexual del trabajo*. Barcelona: Icaria, 2010.

———. «Evolución de la política comunitaria en materia de empleo: igualdad de género y conciliación de vida familiar y laboral». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 14 (2009).

OJEDA AVILÉS, Antonio. «Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad pesonal en la empresa». *Revista de Derecho Social*, n.º 35 (2006).

———. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Madrid: La Ley, 2010.

OJEDA AVILES, Antonio, y GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel. «La flexiseguridad como paradigma de las políticas de empleo en Europa: Revisión crítica». *Themis Revista Jurídica de Igualdad de Género*, n.º 65 (2014).

ORLANDINI, Giovanni. «Los derechos fundamentales de los trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». *Revista de Derecho Social* n.º 69 (2015).

ORTÍZ LALLANA, Mº Carmen, y SESMA BASTIDA, Begoña. «La protección del trabajo femenino: Análisis comparativo en el marco autonómico, nacional y europeo». IER, 2005.

PACHECO ZERGA, Luz. *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. 1ª. Madrid: Thomson-Civitas, 2007.

PALMER, Ingrid. «Gender equity and economic ef ciency in adjustment of programmes». En *Women and Adjustment in the Third World*. (Eds. Afshar, Haleh and Dennis, Carolyne) Basingstoke: Macmillan, 1992.

PASCUAL LAGUNAS, Eulalia. *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* 1ª. Barcelona: José María Bosch Editor, 2009.

PATEMAN, Carole. *El contrato sexual*. Barcelona: Anthropos, 1995.
———. *The Disorder of Women*. Cambridge: Polity Press, 1989.

PAZOS MORÁN, María. *Desiguales por ley: las políticas públicas contra la igualdad de género.* Madrid: Los libros de la catarata, 2013.
———. «Permisos de paternidad: ¿cuotas masculinas o reparto equitativo de los cuidados entre hombres y mujeres?» *http://www.igualeseintransferibles.org/*

PAZOS PÉREZ, Alexandre. «La reducción de jornada tras las últimas reformas legislativas». En *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*. (Dirs. Fernández Prieto, Marta y Cabeza Pereiro, Jaime). Albacete: Bomarzo, 2012.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. «La dignidad humana». En *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, (AA.VV.) 1ª. Madrid: Dykinson, S.L., 2007.

PERÁN QUESADA, Salvador. «La necesaria configuración jurídica de la discriminación por razón de género desde la perspectiva constitucional». *Revista de Derecho Social*, n.º 66 (2014).

PÉREZ DEL RÍO, Teresa. «La Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres. Aproximación para el debate.» *Revista de Derecho Social*, n.º 37 (2007).
———. «La normativa interna sobre derechos de conciliación: la corresponsabilidad». En *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos.* (Dirs. Cabeza Pereiro, Jaime y Fernández Docampo, Belén), 1ª. Monografías 747. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
———. «Las discriminaciones indirectas en la negociación colectiva». En Negociación colectiva e igualdade. Vigo, 2007.
———. «Principio de Igualdad y Derecho Positivo: Discriminación Directa, Indirecta y Acción Positiva"». En Emakunde. 10 años en la sociedad vasca. Vitoria: Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, 1997.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 7ª. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PÉREZ-FUENTES HERNÁNDEZ, Pilar. «El trabajo de las mujeres: una mirada desde la historia». Lan Harremanak/2: Departamento de Historia Contemporánea Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2000.

PETERSON, Elin. «Entre Trabajadoras, Cuidadoras y Empleadas Domésticas: Formando el discurso político sobre la 'conciliación de la vida familiar y laboral' en España». En *VII Congreso Español de Ciencia Política y de la*

Administración: Democracia y Buen Gobierno. Grupo de Trabajo, Vol. 22. Madrid: 2005.

PETRYLAITE, Daiva, y PETRYLAITE, Vida. «Work-life Balance: Social Rights and the Economic Crisis -seeking Economical and Constitutional Solutions (Lithuanian Phenomenon)». En *Conciliación de la vida familar y laboral y crisis económica. Estudios desde el derecho internacional y comparado*. (Coord. Mella Méndez, Lourdes), 1ª. Madrid: Delta Publicaciones, 2015.

PISARELLO, Gerardo, «La justiciabilidad de los derechos sociales: realidad y desafíos», en *Sociedad y Utopía*, n.º 34 (2009)

POSE VIDAL, Sara. «Incidencia de las directivas europeas sobre descanso diario, semanal y vacaciones, en materia de igualdad». En Seminario Dedicado al estudio de las Directivas sobre Ordenación de Tiempo de Trabajo y de Permiso Parental. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2010.

QUESADA SEGURA, Rosa. «Los nuevos derechos del trabajador». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n.º 34 (2013).

QUESADA SEGURA, Rosa, y MARTÍN RIVERA, Lucía. «Los derechos laborales y económicos de la mujer». En *Género y Derechos Fundamentales*, (Coords. Monereo Pérez, José Luis y Monereo Atienza, Cristina), 1ª. Granada: Comares, 2010.

QUINTERO LIMA, Mª Gema. «La "gran parentalidad" y la empleabilidad de los trabajadores maduros». En *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*. (Dirs. Fernández Prieto, Marta y Cabeza Pereiro, Jaime). Albacete: Bomarzo, 2012.

RAMOS QUINTANA, Margarita. *Salud en el trabajo y riesgos laborales emergentes*. Albacete: Bomarzo, 2014.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Vol. 1º, 2 vols., 21ª, Madrid: Espasa Calpe, 1992

RECIO, Carolina, TORNS MARTÍ, Teresa, BORRÀS, Vicent, y MORENO, Sara. «La regulación del tiempo de trabajo en la Unión Europea». *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, n.º 108 (2009).

REY MARTÍNEZ, Fernando. «El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo». Madrid: Mc Graw-Hill, 1995.

RIVAS, Ana María. «El empleo o la vida: perder el empleo para conservar la vida o renunciar a la vida para conservar el empleo? de qué conciliación hablamos?» *Revista Antropología Iberoamericana* 1, nº 3 (2006).

RIVAS VALLEJO, Pilar. «Conciliación de la vida privada y profesional: consecuencias y metas en el Derecho comunitario y en el Derecho español». En *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, (Dir. Borrajo Dacruz, Efrén), 1.ª, Madrid: La Ley, 2010.

———. «Misoginias de la crisis y de las reformas laborales». En *XXIII Jornades Catalanes de Dret Social*. Barcelona: 2012.
———. «Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* nº extra 74 (2008).

RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, Juan José. *Dimensiones jurídico-laborales del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio. «La incidencia de la libertad religiosa en la relación de trabajo desde la perspectiva del Tribunal Constitucional Español». *Direitos Fundamentais & Justiça* - Año 5, n.º 15 (2011).

RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo. «Tiempo de trabajo tras la reforma operada por la LOI». En *Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad*, (AA.VV.), 1ª. Colección Laboral n.º 179. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma. «La relación entre las medidas de conciliación y el empleo». En *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. (Dirs. Cabeza Pereiro, Jaime, Fernández Docampo, M.ª Belén) Monografías. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

ROJAS RIVERO, Gloria Pilar. *La libertad de expresión del trabajador*. Madrid: Trotta, 1991.

RUBIN, Gayle. «The traffic in Women: Notes on the Political Economy of Sex». En *Towards an Anthropology of Women*. (Ed. Reiter, Rayna), New York: Monthly Review Press, 1975.

RUBIO LLORENTE, Francisco, «La libertad de empresa en la Constitución», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. (AA.VV.) Madrid: Civitas, 1996.

RUÍZ GIMÉNEZ, Joaquín. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. 1ª. Madrid: Cortes Generales-EDERSA, 1997.

RUIZ RICO-RUIZ, Catalina. «La problemática constitucional del derecho a conciliar la vida personal, laboral y familiar». *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 14 (2012).

SAGARDOY BENGOECHEA, Juan Antonio. «Incertidumbres y Certezas del Derecho del Trabajo». En Comunicación Presentada al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Madrid: 2009.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro, «Art. 10.2 CE. La interpretación de los derechos fundamentales y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos», en *Comentarios a la Constitución.* (Dirs. Casas Bahamonde, M.ª Emilia, Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, Miguel). Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008.

SALAZAR BENITEZ, Octavio. «La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar». *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 14 (2012).

SALCEDO BELTRÁN, Carmen. «Incumplimiento por España de los Tratados INternacionales: Carta Social Europea y período de prueba». *Revista de Derecho Social* n.º 64 (2013).

———*Negociación colectiva, conflicto social y Carta Social Europea*. Albacete: Bomarzo, 2014.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. «Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978». En *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*, (Coord. Sánchez González, Santiago), 1ª. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

———. «Los límites de los derechos fundamentales». En *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*, (Coord. Sánchez González, Santiago), 1ª. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda. «Garantía Jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* n.º Extra 2, Ejemplar dedicado a: Igualdad efectiva de mujeres y hombres (2007).

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. «Derechos de la persona del trabajador y libertad de empresa en la era del equilibrio flexible entre principios constitucionales». En *Derechos y Libertades en la Sociedad Actual*. (Dir. Figueruelo Burrieza, Ángela, Coord. León Alonso, Marta), Granada: Comares, 2014.

SCOTT, Joan. «Igualdad versus diferencia: los usos de la teoría postestructuralista». *Debate Feminista* Año 3, n.º 5 (1992).

SEMPERE NAVARRO, Antonio V. «Los trabajadores que no ejercen derechos específicos para concliar vida familar y laboral». En *160 Cuestiones sobre Temas Laborales*. (Auts. Sempere Navarro, Antonio y Martín Jiménez, Rodrigo) Cuadernos de Aranzadi Social. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2011.

———. «Libertad de empresa y limitaciones a la subcontratación constructiva». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 19, Sección Tribuna (2006).

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., y CANO GALÁN, Yolanda. «La igualdad laboral en la Declaración Universal de Derechos Humanos». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 11 (2008).

———. «Las mujeres en el mercado laboral». En *Estudios Interdisciplinares sobre Igualdad* (Dirs. Álvarez Conde, Enrique., Figueruelo Burrieza, Ángela., Nuño Gomez, Laura. Coord. Cancio Álvarez, M.ª Dolores) Madrid: Iustel, 2011.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., y CHARRO BAENA, Pilar. «Adaptación del horario de trabajo por cuidado de un hijo discapacitado». *Repertorio de Jurisprudencia* n.º 22/2008 (Comentario). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, (2008).

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., y MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo. «Discriminaciones reflejas (El caso de la Sra. Coleman)». *legaltoday.com*, 4 de noviembre de 2008.
http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/discriminaciones-reflejas-el-caso-de-la-sra-coleman.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V., y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva*. Cuadernos de Aranzadi Social. Navarra: Aranzadi, 2011.

SEVILLA MERINO, Julia, y VENTURA FRANCH, Asunción. «Evolución del derecho social europeo». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 57 (2005).

SIERRA HERRERO, Alfredo. «Trabajo y familia. Su conciliación en el ordenamiento laboral chileno». En *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. (Dirs. Cabeza Pereiro, Jaime, Fernández Docampo, Belén) Monografías 747. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. «Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional». *Revista de Estudios Políticos*, nº 69 (1990).

SOUTO GALVÁN, Esther. «Igualdad y no discriminación por razón de religión». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 11 (2008).

STRATIGAKI, Maria. «The cooptation of Gender concepts in EU Policies: The Case of "Reconciliation of Work and Family"». *Social Politics.* Oxford University Press 11, n.º 1 (2004).

TASCÓN LÓPEZ, Rodrígo. *La modalidad Procesal Especia de Tutela de Derechos de Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2012.

———. «Notas críticas sobre la modalidad procesal especial de tutela de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral». En *Mujer, trabajo y Seguridad Social*. (Dir. Borrajo Dacruz, Efrén), Madrid: La Ley, 2010.

TATAY PUCHADES, Carmen. «La concreción horaria en supuestos de reducción de jornada por guarda legal». *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf., n.º 47 (2012).

TORNS MARTÍ, Teresa. «De la imposible conciliación a los permanentes malos arreglos». *Cuadernos de Relaciones Laborales* 1, n.º 23 (2005).

———. «Del porqué la conciliación de la vida laboral y familiar no acaba de ser una buena solución». Observatorio: Mujer, Trabajo y Sociedad. Centro de Estudios, Investigación e Historia de Mujeres. Fundación 1º de Mayo, nº5 (2011).

———. «Las políticas del tiempo: un reto para las políticas del Estado del Bienestar». *Trabajo. Revista de la Asociación Estatal de Centros Universitarios de Relaciones Laborales y Ciencias del Trabajo.* Universidad de Huelva nº 13 (2004).

———. «Las políticas del tiempo y el bienestar cotidiano». En XXIX Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo. Vitoria-Gasteiz: 2014. https://www.procuradordelcomun.org/archivos/jornadasapartados/1_1434968214.pdf.
———. «Tiempo, trabajo y bienestar cotidiano». *Pasos a la Izquierda* n.º 3 (2016). http://pasosalaizquierda.com/.

TORNS MARTÍ, Teresa, y MIGUÉLEZ, Fausto. «Tiempo de trabajo: balance de acciones en la Unión Europea». Barcelona: Consell Econòmic i Social de Barcelona, 2006. http://www.bcn.cat/cesb/pdf/quaderns/08TempsCat.pdf.

TORRES DÍAZ, María Concepción, «Constitucionalismo crítico desde los márgenes: la perspectiva de género en el Análisis Crítico del Discurso en las normas jurídicas», en XII Jornadas de Redes de Investigación en Docencia Universitaria. El reconocimiento docente: innovar e investigar con criterios de calidad. Alicante: 2015.

TORRES DEL MORAL, Antonio. «Principios fundamentales del estatuto jurídico de los derechos». En *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, 1ª. Madrid: Colex, 2007.

TRILLO PÁRRAGA, Francisco J. *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*. 1ª. Valladolid: Lex Nova, S.A., 2010.
———. «La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 1/2009, de 12 de enero 2009)». *Revista de Derecho Social*, n.º 45 (2009).
———. «Las dos direcciones de la flexibilización del tiempo de trabajo». *Relaciones Laborales* tomo 1, Editorial La Ley, n.º 12 (2010).
———. «Reforma del tiempo de Trabajo en la Unión Europea», 2008. http://lopezbulla.blogspot.com.es/2008/06/reforma-del-tiempo-de-trabajo-en-la.html.

TUR AUSINA, Rosario. *Garantía de derechos y jurisdicción constitucional. Efectividad del amparo tras la sentencia estimatoria*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
———. «Igualdad y no discriminación por razón de sexo en Naciones Unidas. Proceso de evolución hacia el género en el contexto de la mundialización de las estrategias para la igualdad de mujeres y hombres». *Revista Europea de Derechos Fundamentales* n.º 11 (2008).
———. «Las políticas de igualdad de género en Europa: Unión Europea y Consejo de Europa». En *Estudios Interdisciplinares sobre Igualdad* (Dirs. Álvarez Conde, Enrique, Figueruelo Burrieza, Ángela, Nuño Gomez, Laura, Coord. Cancio Álvarez, Mª Dolores) Madrid: Iustel, 2011.
———. «Luces y sombras de los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 13 (2009).

TURÉGANO MANSILLA, Isabel. «La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J.Rawls». *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 24 (2001).

UBILLÚS BRACAMONTE, Rolando Enrique. «La concreción horaria y la reducción de la jornada por cuidado de un hijo menor». *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. n.º 21 (2013).

VALCÁRCEL, Ana María de la Encarnación. «La perspectiva de género en las políticas públicas». En *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, (Dir. Sala Franco, Tomás) 1ª. Madrid: La Ley Grupo Wolters Kluwer, 2008.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. «Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva». Madrid: Instituto de la Mujer-UGT-Observatorio de Medidas y Planes de Igualdad en la Negociación Colectiva, 2010. http://www.ugt.es/Publicaciones/analisis_de_medidas_y_planes_de_igualdad_en_la_negociacion_colectiva_2010.pdf

———. «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador». En *Autoridad y democracia en la empresa*, (Aparicio Tovar, Joaquín y Baylos Grau, Antonio), 1ª. Madrid: Trotta, 1992.

VÁZQUEZ MATEO, Felipe. «Los "retrocesos" del derecho del trabajo en épocas de crisis (Fundamentos, Silencios y Condicionamientos)». *Diario La Ley*, Sección Tribuna, n.º 7926 (2012).

VELASCO PORTERO, Mª Teresa. «Conciliación y flexiseguridad en el ejercicio de los derechos de reducción de la jornada». *Documentación Laboral. Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 100 (2014).

———. «El derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo». En *Comentarios a la Ley de Igualdad*, (Dir. García Ninet, José Ignacio), 1ª. Valencia: CISS, 2007.

VENTURA FRANCH, Asunción. «Acciones Positivas». En *Comentarios a la Ley de Igualdad*. (Dir. García Ninet, José Ignacio), 1ª. Valencia: CISS, 2007.

VIERA ÁLVAREZ, Christian, «La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 21 (2010)

VIQUÉIRA PÉREZ, Camen. «Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Deficiencias y problemas aplicativos». *Aranzadi Social n.º 10/2010* (2010).

———. «Un balance crítico acerca de los derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal». En *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos.* (Dirs. Cabeza Pereiro, Jaime y Fernández Docampo, Belén). Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VIROLÉS PIÑOL, Rosa. «Análisis de la doctrina del TJCE relativa al despido discriminatorio por razón de sexo». Alicante: Consejo General del Poder Judicial y Comisiones Obreras del País Valencià, 2009.

WEISS, Manfred. «Work-life-Balance: the German Experience». En *Conciliación de la vida familar y laboral y crisis económica. Estudios desde el derecho internacional y comparado*. (Coord. Mella Méndez, Lourdes), 1ª. Madrid: Delta Publicaciones, 2015.

WIKANDER, Ulla. *De criada a empleada. Poder, sexo y división del trabajo (1789-1950)*. 1ª. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2016.

Dedicatoria y agradecimientos:

Este trabajo no habría sido posible sin los consejos, la confianza y la tutela académica que durante estos años me ha proporcionado mi directora de tesis, la Dra. Rosario Tur Ausina. Debo agradecerle profundamente todo ello y expresar, al mismo tiempo, que constituye para mí un referente personal y académico.

No menos importante ha sido el apoyo incondicional de Fran, mi marido, que ha compartido conmigo todos y cada uno de los buenos y malos momentos que se han presentado a lo largo de la elaboración de este trabajo. Su optimismo y generosidad han sido vitales para que esta tesis viera finalmente la luz. A su vez, como jurista que es, ha contribuido con sus consejos y sugerencias a enriquecer este trabajo.

Hubo alguien que me acompañó en cada hora robada al descanso o mis deberes profesionales para trabajar en la tesis. Estaba simplemente a mi lado, limitándose a acompañarme y aguardar el momento de su paseo nocturno. Se trata de Betty, mi perrilla. Debo entender sus silencios pacientes como una muestra de solidaridad. Este trabajo, aunque nunca llegue a saberlo, también está dedicado a ella.

Alicante, 23 de Agosto de 2016.