

Sentencias del Tribunal Constitucional n.º 111/2018, de 17 de octubre de 2018 [BOE n.º 280, 20-XI-2018]; 117/2018, de 29 de octubre [BOE n.º 294, 6-XII-2018]; 138/2018, de 17 de diciembre [BOE n.º 22, 25-I-2019]; 2/2019, de 14 de enero de 2019 [BOE n.º 39]

LA STC 111/2018 Y EL EFECTO BARTLEBY

«Preferiría no hacerlo» era la sempiterna respuesta del personaje de la novela corta de Herman Melville *Bartleby el escribiente*, ante cualquier requerimiento que la vida profesional le plantease. Semejante actitud, en su hermetismo y contumacia, ha sido objeto durante decenios de innumerables interpretaciones, que le atribuyen toda clase de significados de corte metafórico y llegan a presentar al antihéroe de Melville como un símbolo cabal del ser humano contemporáneo abrumado por su propia insignificancia frente a los poderosos mecanismos del sistema, olvidando quizá el sentido primario de sus palabras; es decir, tal vez deberíamos preguntarnos si, más allá de tantas sesudas teorías, había simplemente un ciudadano que, sencillamente, prefería no hacerlo.

La Sentencia 111/2018 nos sitúa, si se nos permite la licencia literaria, ante una tesitura similar: el Tribunal Constitucional, al examinar el recurso de amparo planteado con motivo de la equiparación de los permisos de maternidad y paternidad, tenía la ocasión perfecta para pronunciarse, desde una perspectiva de género, sobre una demanda social de la ciudadanía, incuestionada por ende en el debate público. El sentido de su respuesta puede hacernos pensar que se enfrentaba en efecto a una dificultad técnica, que se limitó a operar dentro de los márgenes de su propia función en el ordenamiento jurídico o, simplemente, que *prefirió no hacerlo*.

Las demandas de equiparación de los permisos parentales tienen su origen en las reivindicaciones feministas que, ya en los años 70 del pasado siglo y como consecuencia de la incorporación de las mujeres al mercado laboral, comenzaron a exigir la valoración del trabajo de cuidado y el reparto de responsabilidades en torno al mismo como requisito básico para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Así, a lo largo de los últimos decenios, se han ido configurando en los diferentes niveles del ordenamiento, aunque con la finalidad principal de favorecer la incorporación de las mujeres al mercado laboral, los denominados «derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral». En nuestro país, por el nacimiento o adopción de un hijo la mujer cuenta con un permiso de maternidad de dieciséis semanas, de las cuales seis son obligatorias y deben disfrutarse con posterioridad al parto, y las diez restantes pueden transferirse al padre. En 2007, la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres, LOI 3/2007, introdujo un permiso de paternidad intransferible de trece días de duración, y que debía ampliarse a cuatro semanas en 2011, habiendo sido aplazado hasta 2017,

sin demasiada argumentación, por causa de la crisis económica. Los presupuestos generales del Estado para 2018 ampliaron a cinco semanas su duración. Por su parte, la Resolución de 22 de noviembre de 2018 de la Secretaría de Estado de Función Pública aprobaba los acuerdos alcanzados entre Gobierno y Sindicatos para que, desde enero de 2019, el personal funcionario, estatutario o laboral, al servicio de la Administración General del Estado, de sus Organismos o de sus Entidades públicas dependientes, tenga derecho a un permiso de paternidad de dieciséis semanas, comenzando con ocho semanas en 2019 y ampliándose progresivamente hasta alcanzar las dieciséis en 2021. El debate por la equiparación de los permisos se encuentra, por tanto, de plena actualidad y cuenta con el beneplácito de todos los grupos políticos que a lo largo de 2018 presentaron diferentes proposiciones de ley para implementar su equiparación. Desde el Pacto de Toledo se ha recomendado igualmente, y la sociedad civil, articulada a través de diferentes asociaciones, lo demandan desde hace años. Al cierre de este comentario jurisprudencial ha sido aprobado el Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, *BOE* 07 de marzo de 2019, que introduce, entre otras medidas, la equiparación progresiva del permiso de paternidad con el de maternidad, pasando tanto uno como otro a denominarse «permisos por nacimiento y cuidado del menor». Este es el contexto en que se dictan a finales de 2018 las resoluciones del Tribunal Constitucional que pasamos a analizar.

Las sentencias referenciadas al inicio resuelven los recursos de amparo de una serie de padres que solicitan la ampliación de la prestación de paternidad ante el INSS. La primera de ellas, STC 111/2018, sienta las bases sobre las que se sustenta el resto en idénticos términos, por lo que en adelante nos referiremos únicamente a aquella.

La solicitud inicial del permiso de paternidad del demandante se concedió, de conformidad con la normativa vigente por entonces, con una duración de 13 días. No conforme, el padre pidió al INSS la ampliación del permiso hasta las 16 semanas, equiparándolo al permiso de maternidad. Frente al silencio de la entidad gestora, se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 30 de Madrid, que procedió a desestimarla alegando que se trataba de situaciones jurídicas distintas que justificaban el trato desigual fundado en razones objetivas, como son las derivadas del hecho biológico de la maternidad, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, así como del TJUE, que también ha considerado esta diferencia legítima. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social-Sección Primera Rec. n.º 423/2017, de 30 de junio de 2017, confirmó la desestimación de la demanda. Frente a esta resolución, el demandante, junto con la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPIINA), presentó recurso de amparo constitucional, el cual se admitió a trámite, recabando el Pleno para sí el conocimiento del recurso y apreciándose que concurría una especial trascendencia constitucional con base en los motivos siguientes:

- El recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o modificar su doctrina como consecuencia de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental;
- La posible vulneración del derecho fundamental pudiera provenir de la ley o de otra disposición de carácter general;
- El asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica relevante, que genera gran repercusión social o económica.

La demanda de amparo se sustenta en la posible vulneración de una serie de preceptos constitucionales:

- Arts. 14 y 39 CE: La diferencia en la menor duración del permiso de paternidad supone una vulneración del art. 14 CE que no tiene una justificación objetiva y razonable, además se vulnera el derecho a conciliar derivado del art. 39 y conectado con el 14 CE. La concesión de un permiso inferior al padre supone una discriminación por razón de sexo. Los órganos judiciales y el INSS realizan una interpretación formalista y literal de la norma en vez de conforme al contenido esencial de los derechos fundamentales.
- Vulneración del art. 18 CE en relación con el art. 39 CE: El art. 18 CE debe interpretarse en relación con el art. 8 CEDH, ya que el padre tiene derecho a crear un vínculo con el hijo disfrutando de tiempo en condiciones equiparadas a las de la madre, lo que forma parte de su derecho individual al desarrollo de su vida personal y familiar.
- Vulneración del art. 24.1 CE: El TSJ de Madrid no justificó la denegación de revisión de hechos probados y no argumentó los motivos por los que decide no plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE.

Una vez oído el Ministerio Fiscal y el INSS, la respuesta del Tribunal, que analizamos a continuación, sorprende dada la admisión de la especial trascendencia constitucional que hizo albergar esperanzas a los demandantes, y que hubiese requerido en consonancia un mayor esfuerzo argumentativo desde una adecuada perspectiva de género, y el contexto social actual, con independencia del resultado final. Este es el reproche principal que se puede hacer a la resolución, y no tanto el propio fallo. Como han observado algunos autores, el planteamiento del amparo como una discriminación del varón no facilita que el Tribunal argumente y decida sobre la corresponsabilidad pretendida, por ello, y como también parece razonar el voto particular, la sentencia es difícilmente refutable desde esta perspectiva (ver GARCÍA TESTAL, E. y ALTÉS TÁRREGA, J. A. 2018: «La discriminación por razón de género en relación con los permisos de maternidad y paternidad: La STC 111/2018, de 17 de octubre». *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 2018, n.º 9312). Cabe añadir a este respecto que la demanda de amparo debería haber tenido en cuenta la doble naturaleza del permiso de maternidad que

diferencia la parte destinada a la recuperación de la salud de la mujer, de otra para el cuidado del recién nacido. Desde esa configuración, el permiso de paternidad era difícilmente equiparable, ya que los supuestos de hecho no son iguales, el padre no había dado a luz. Por ello, posiblemente se habría comprometido en mayor medida al Tribunal si se hubiese pedido la equiparación únicamente con las diez semanas de maternidad que, como el legislador estableció en su día, pueden transferirse al padre. A su vez, la diferencia de los permisos supondría no solo una discriminación para el varón, sino también una discriminación indirecta frente a la mujer. O, si se quiere, una discriminación por razón de género para ambos.

Comienza el TC acometiendo la posible vulneración del art. 39 CE, descartando sin más su análisis al no ser susceptible de recurso de amparo, y ello pese a que, como el propio Ministerio Fiscal sostiene, resulta necesario abordarlo conjuntamente con el art. 14 CE. Máxime tratándose de derechos de conciliación y de su dimensión constitucional desde la perspectiva de ambos artículos, tal y como se estableció en las SSTC 3/2007 y 26/2011. No deja de resultar llamativo que en ningún momento el Tribunal mencione su propia doctrina:

La dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas 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 o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) 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 en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional 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 varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares (STC 26/2011, [FJ5]).

Seguidamente el Tribunal descarta la posible vulneración del art. 18 CE en relación con el art. 39 CE y el art. 8 de la CEDH ya que, en efecto, este debió haberse invocado en la instancia. Sin embargo, ello no es óbice para que, con apoyo en la doctrina del TEDH, se hubiese hecho el esfuerzo de ampliar conceptualmente desde esa perspectiva estos derechos de conciliación. Concretamente nos referimos al examen de la Sentencia de 22 de marzo de 2012, caso *Konstantin Markin vs. Rusia*, n.º 30078/06, dictada por la Gran Sala, por causa de la denegación a un militar varón de un permiso de paternidad de tres años para hacerse cargo de sus tres hijos menores tras su divorcio. El TEDH en este caso entiende que la diferencia de trato entre el personal militar masculino y el femenino basada en las funciones tradicionales de género resulta desproporcionada, lo que supone una violación del art. 14 en relación con el art. 8 del Convenio. El Tribunal «no está de acuerdo con el argumento del Gobierno relativo al particular vínculo biológico y psicológico existente entre la madre y el recién nacido tras

el nacimiento, confirmado por las recientes investigaciones (apartado 116). Sin ignorar las diferencias que pueden existir entre el padre y la madre en su relación con el niño, el Tribunal concluye que, en lo que respecta a los cuidados para el niño durante el periodo correspondiente al permiso parental, los hombres y mujeres se encuentran en situaciones análogas [FJ 132]» [...] «esta diferencia tiene el efecto de perpetuar los estereotipos de género y constituye una desventaja tanto para las carreras de las mujeres como para la vida familiar de hombres [FJ 141]». Esta sentencia confirma que, aunque en la CEDH no existe un derecho al permiso parental, toda vez que permisos nacionales favorecen la vida familiar y tienen un efecto directo en la misma, inciden por tanto en el art. 8. Por ello cuando se adopten medidas en este campo deben hacerlo de forma compatible con el art. 14. La sentencia tiene un voto concordante que considera que el derecho al permiso parental estaría garantizado por el art. 8 del CEDH, incluso sin necesidad de vincularlo al art. 14, tratándose de un derecho de doble vertiente, destinado, por un lado, a preservar la situación profesional del trabajador afectado y siendo, por otro, un derecho convencional que protege el vínculo entre los padres y sus hijos.

En cuanto a la posible vulneración del art. 14 CE por parte de las normas legales que configuran los permisos, el Tribunal con apoyo en la STC 75/2011 y STJUE 19 de septiembre 2013, asunto *Betriu Montull*, C-5/2102, así como en el Convenio n.º 103 de la OIT y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sostiene que los permisos de maternidad y paternidad tienen una naturaleza distinta, de manera que la diferencia de trato estaría justificada y, por tanto, no resulta discriminatoria, ya que ni siquiera concurre el término de comparación adecuado [FJ 7].

Por un lado, para el Tribunal la finalidad del permiso de maternidad tiene un doble objetivo: la protección de la salud de la mujer, sin detrimento de sus derechos laborales, 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 simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones» (asunto *Hofmann* C-184/83 apartado 25) [FJ 6]. Por el contrario, dice el Tribunal, la finalidad del permiso de paternidad es favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes con base en el art. 39.3 CE [FJ 5]. Llama la atención la relación exclusiva con el 39.3 CE, ya que si la corresponsabilidad se introduce como mecanismo para favorecer la igualdad efectiva, en un primer momento mediante la posibilidad de transferir parte del permiso de maternidad al padre, y más adelante a través de un permiso de paternidad, entonces tiene necesariamente una conexión indiscutible con los arts. 9.2 y 14 CE. Además, no se trata de que mujeres y hombres sean corresponsables, sino de que los varones sean o puedan ser corresponsables, y es por eso por lo que se introduce este permiso con carácter personal e intransferible, estando ya en la intención del legislador orgánico su ampliación progresiva pese a su menor duración inicial. Y es que, de la misma forma que, como razona el Voto Particular, en el permiso

de maternidad no subyace una única finalidad, tampoco ocurre así en el permiso de paternidad. Es la suma y combinación de una serie de bienes jurídicos protegidos en ambos casos, arts. 9.2, 14, 18, 35, 39..., los que a la postre configuran el contenido del derecho fundamental a conciliar, derecho que en su contenido esencial incluye un mandato de ejercicio corresponsable en aquellos derechos de configuración legal destinados al cuidado (ver RECHE TELLO, N. 2018: *La constitucionalización del derecho fundamental a conciliar la vida personal y laboral*. Granada: Comares).

En efecto, esa doble finalidad del permiso de maternidad es la causa principal de que la demanda de amparo no llegue a buen fin, ya que falla el término de comparación. Conforme a su configuración actual, sustentada en el Convenio OIT 103 y la Directiva 92/1985, hay una parte que, ciertamente, procura la recuperación de la salud de la mujer que ha dado a luz, y que en nuestro ordenamiento se corresponde con las seis semanas obligatorias después del parto. El problema del TC es que ni en la STC 75/2011, ni tampoco ahora, se cuestiona –más bien elude– el significado de esa segunda finalidad, es decir, en qué consiste esa «relación especial» que justifique constitucionalmente la titularidad exclusivamente femenina de las diez semanas restantes. La ausencia de una adecuada perspectiva de género, más aún, la propia resistencia a reconocer el género como categoría de análisis jurídico es lo que le impide al Tribunal superar la doctrina del asunto *Hofmann* (1983). Así, según el razonamiento del TC, «si solo quien da a luz puede entablar esas relaciones especiales, el otro progenitor no podrá entablarlas de ninguna forma, porque ni pare ni tampoco su atención, cuidado o crianza las originan. La consecuencia directa es que el mandato de género no solo queda intacto, sino que resulta reforzado» (ver GARCÍA CAMPÁ, S. 2019: «Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2019, n.º 433:16). Y esta interpretación supone reproducir un estereotipo en los roles de cuidado de los progenitores, además de poner en duda si los padres no tienen «especiales relaciones» con sus hijos (ver NOGUEIRA GUSTAVINO, M. 2012: «El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente». *Lan Harremanak*, 2012, n.º 25). Conviene recordar que en la STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto *Roca Álvarez* C-104/09, se cuestionó la titularidad exclusivamente femenina del permiso de lactancia, y el TJUE afirmó que esta medida supuestamente protectora «no tiene como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho de la mujer, sino que, por el contrario, puede contribuir a perpetuarlas habida cuenta de que si sólo la madre que tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena es titular del derecho a disfrutar del permiso controvertido en el litigio principal, ello puede contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental (ap. 36)».

En consecuencia, la diferente duración de los permisos de maternidad, en la parte destinada al cuidado, y de paternidad supondría una discriminación por razón de género que opera indirectamente sobre la mujer consolidando su rol tradicional, a la misma vez que coloca al varón en una situación secundaria. Esa finalidad del permiso de maternidad, que en nuestro ordenamiento serían las diez semanas restantes, y que, recordemos, pueden transferirse al padre para promover la corresponsabilidad desde la Ley 39/1999, sería, como decimos, el cuidado del recién nacido. A ello cabe añadir otro indicio significativo de la naturaleza de permiso ya que, tal y como señala el art. 48.4 ET, «en caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que esta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del periodo de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto». Y aún de manera más clara se evidencia cuando el permiso se disfruta por parejas o personas individuales adoptantes, o que recurren a la maternidad subrogada.

La sentencia cuenta con un voto particular discrepante que realiza la magistrada M.^a Luisa BALAGUER donde, entre otros aspectos tratados anteriormente, reprocha al Tribunal no haber planteado una cuestión interna de constitucionalidad al proceder la vulneración del derecho fundamental denunciado de la ley aplicable al caso concreto, esto es, el art. 48 *bis* del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en la versión introducida por la disposición adicional decimotercera de la LOI 3/2007 y los arts. 133 *octies* a 133 *decies* del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción dada por la disposición adicional decimoctava de la referida ley orgánica. Pero, sobre todo, critica que el Tribunal haya perdido la ocasión de explicar por qué las medidas de protección de la parentalidad, cuando se asocian exclusivamente –o con una naturaleza reforzada– a las mujeres, se erigen como una clara barrera de entrada frente a quienes están fuera del mercado de trabajo y un obstáculo a la promoción de quienes están dentro, porque generan un efecto de desincentivo en quien contrata que solo afecta a las mujeres y que, por tanto, incide en la perpetuación de la discriminación laboral. El desigual reparto en la distribución del tiempo de los permisos tiene un impacto nada desdeñable en el ámbito del trabajo en cuanto que, además de ser injustificada, «desincentiva la contratación de mujeres en edad fértil»; o, lo que es lo mismo, introduce un factor de discriminación indirecta de la mujer trabajadora, vinculado al hecho de la maternidad, que el art. 9.2 CE proscribiera.

Para finalizar, debemos mencionar que el art. 33.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, «Vida Familiar y Vida Profesional», establece lo siguiente: «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». Como se observa,

el objetivo final de ambos permisos es la conciliación, lo que de facto supone eliminar cualquier distinción en cuanto a la naturaleza jurídica y el propósito último de unos y otros, de manera que se debería interpretar la Directiva de maternidad, de la que se desprende el permiso, a la luz de la Carta de Niza, toda vez que esta viene a reconocer la conciliación como derecho fundamental de la Unión. De ese modo, cuando se establece una diferenciación entre el permiso de maternidad y el permiso de paternidad, considerado este último como un permiso parental, obviando lo dispuesto en el precepto aludido, se incurre en la vulneración de este derecho fundamental.

En resumen, no se trata de una resolución a la altura de nuestro máximo intérprete que, teniendo en cuenta la realidad social y las demandas de la ciudadanía, explique nuestra ley fundamental desde una concepción de la misma como un «árbol vivo», realizando una interpretación evolutiva que se acomode a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, de modo que se pueda leer el texto fundamental a la luz de los problemas contemporáneos y de las exigencias de la sociedad actual, tal y como sostuvo, por ejemplo, en su STC 198/2012 relativa al matrimonio de personas del mismo sexo. No se trata de reclamar en todos los casos una audacia interpretativa que abra nuevos caminos a nuestro ordenamiento jurídico, sino de que el Tribunal responda de una manera coherente a las altas exigencias que él mismo ha generado a través de plausibles decisiones que han contribuido a desarrollar los derechos fundamentales. Es precisamente esa sutil desidia, ese «tomar la salida fácil», que apreciamos en ocasiones como la que nos ocupa, lo que sume a los operadores jurídicos en un desconcierto quizá similar al de los lectores que llevan más de un siglo preguntándose cuáles eran los motivos últimos del empecinado Bartleby para evitar la acción, la iniciativa, el compromiso.

En este caso, es claro que el Tribunal Constitucional *prefirió no hacerlo*. Las razones de su postura quedan abiertas a la especulación, pero apuntan en un sentido que lleva condicionando la vida de mujeres y hombres desde hace siglos. Es tiempo ya de superar esas inercias, y de exigir una reacción a quienes más pueden hacer por ello.

Nuria RECHE TELLO
*Profesora Asociada Doctora de Derecho Constitucional
Graduada Social
Universidad Miguel Hernández de Elche*
nuria.reche@umh.es