

A EQUALITAS

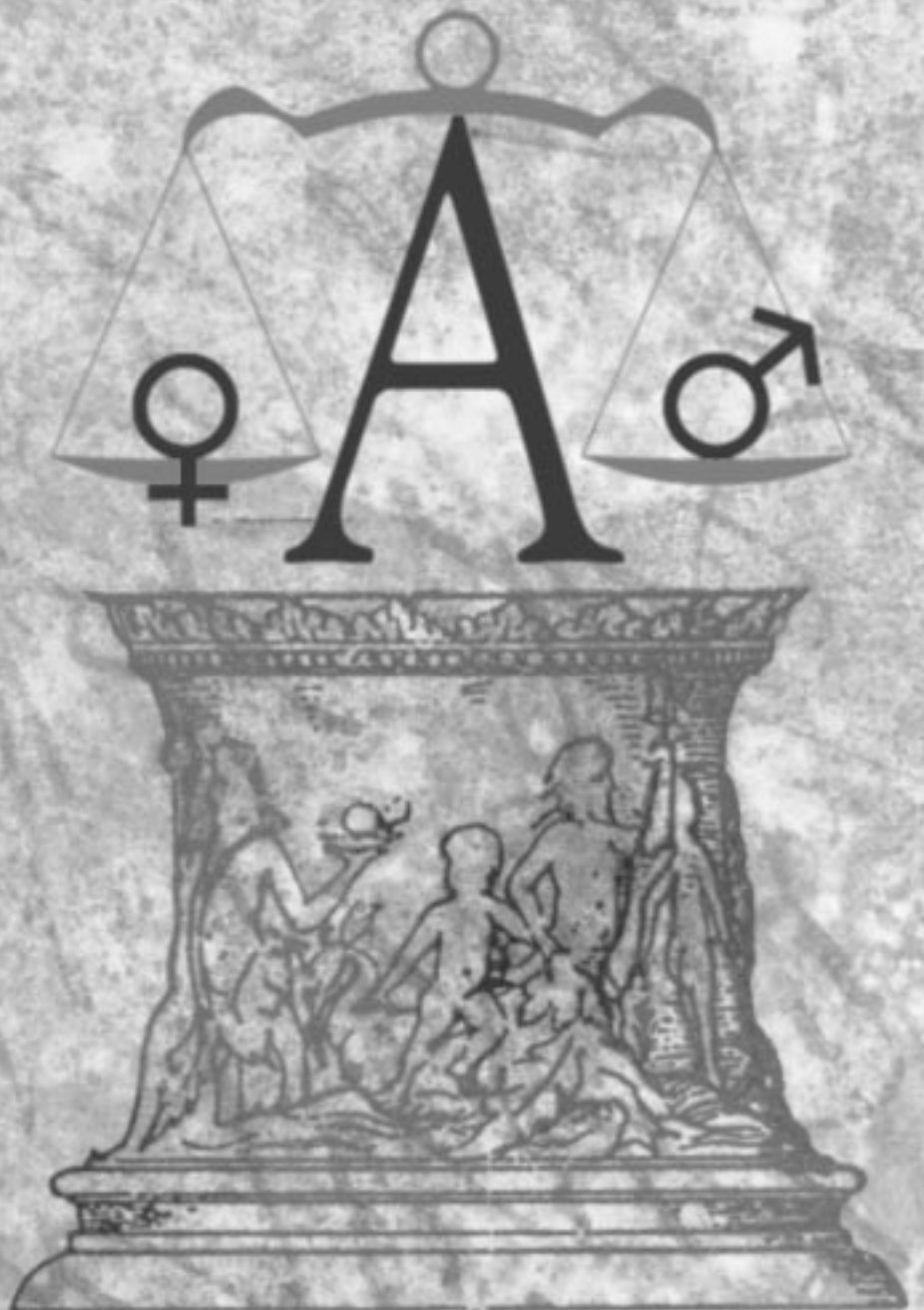
REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

NÚMERO 4

MAYO 2000

PERIODICIDAD CUATRIMESTRAL





CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTORA

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

Profesora Titular de Filosofía del Derecho.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

SUBDIRECTORA

ANA DE SALAS GIMÉNEZ DE AZCÁRATE

Directora General del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.
Gobierno de Aragón.

SECRETARIA DE REDACCIÓN

ANA TRICIO GALÁN

Secretaria General del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.
Gobierno de Aragón.

SECRETARIA TÉCNICA

MERCEDES DE ECHAVE SANZ

Responsable del Centro de Documentación
y Publicaciones del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.
Gobierno de Aragón.

VOCALES

JUAN RIVERO LAMAS

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

Catedrático de Derecho Civil.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

ALTAMIRA GONZALO VALGAÑÓN

Abogada.
Miembro del Consejo Rector del Instituto Aragonés de la Mujer.

MERCEDES BAYO

Abogada. Coordinadora en Zaragoza del Servicio Jurídico
de Atención a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.
Gobierno de Aragón.

MARÍA JOSÉ BALDA MEDARDE

Abogada. Coordinadora en Huesca del Servicio Jurídico
de Atención a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.
Gobierno de Aragón.

M.ª ÁNGELES SANZ SÁEZ

Abogada. Coordinadora en Teruel del Servicio Jurídico
de Atención a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.
Gobierno de Aragón.

EDITA:

- Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Presidencia y
Relaciones Institucionales.
Gobierno de Aragón.

Paseo María Agustín, 38. 50004 Zaragoza
Tel. 976 445 211
E-mail: iam@aragob.es

- Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.
Plaza San Francisco, s/n. 50009 Zaragoza
Tel. 976 761 000
E-mail: elosegui@posta.unizar.es

DESEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN: Los Sitios talleres gráficos.

DEPÓSITO LEGAL: Z-1508-99

ISSN: 1575-3379

CONSEJO ASESOR

JOSÉ ÁNGEL BIEL RIVERA

Vicepresidente y Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales del Gobierno de Aragón.
Presidente del Consejo Rector del Instituto Aragonés de la Mujer.

FERNANDO GARCÍA VICENTE

Justicia de Aragón.

BENJAMÍN BLASCO SEGURA

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

ALFONSO ARROYO DE LAS HERAS

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

VEGA ESTELLA IZQUIERDO

Letrada. Directora de Gestión y Documentación Parlamentaria. Cortes de Aragón.

CONCEPCIÓN DANCAUSA

Directora del Instituto de la Mujer. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

RAFAEL SANTACRUZ BLASCO

Director General de Servicios Jurídicos.
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales. Gobierno de Aragón.

CARLOS CARNICER DÍEZ

Decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

ANTONIO COARASA GASÓS

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Huesca.

JOSÉ VICENTE MONTÓN ZURIAGA

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel.

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Consejero de Estado. Ex-presidente del Tribunal Constitucional.

DOLORES DE LA FUENTE VÁZQUEZ

Directora General de Formación Profesional y Promoción Educativa.
Ministerio de Educación y Cultura. Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad Pompeu Fabra.

ELISA SIERRA

Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho.
Universidad Pública de Navarra.

CARMEN ORTIZ LALLANA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho.
Universidad de La Rioja. Magistrada Suplente del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla.

ROBERT ALEXY

Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional. Christian-Albrechts Universität. Kiel.

ALFONSO RUIZ MIGUEL

Catedrático de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid.

DOLORES SERRAT MORÉ

Decana Facultad de Medicina. Profesora Titular de Medicina Legal. Universidad de Zaragoza.
Médica Forense. Psiquiatra.

TERESA PÉREZ DEL RÍO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Cádiz.

FERNANDO REY MARTÍNEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid.

PALOMA DURÁN Y LALAGUNA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Jaime I de Castellón.
Subdirectora General de Programas del Instituto de la Mujer. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

AMPARO BALLESTER PASTOR

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Valencia. Magistrada Suplente del Tribunal de lo Social.

MARÍA ÁNGELES BARRERE UNZUETA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad País Vasco-Donostia.

BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO

Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Ciencias Políticas. Universidad Complutense.

MARÍA PILAR DE LUIS CARNICER

Profesora Titular de Organización de Empresa. Centro Politécnico Superior. Universidad de Zaragoza.

LUIS NAVARRO ELOLA

Profesor Titular de Organización de Empresa. Centro Politécnico Superior. Universidad de Zaragoza.

CARMEN SÁEZ LARA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho.
Universidad Carlos III de Madrid. Letrada del Tribunal Constitucional.

ASUNCIÓN VENTURA

Profesora Titular de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Jaime I de Castellón.

CRISTINA SAN ROMÁN GIL

Técnica Jurídica. Gobierno de Aragón.

ROGELIO ALTISENT

Médico de Familia. Centro de Salud Actur. Profesor Asociado de Medicina de Familia.
Facultad de Medicina. Universidad de Zaragoza.

AURORA LÁZARO

Médica Pediatra. Hospital Clínico Universitario Lozano Blesa.
Profesora Asociada de Pediatría. Facultad de Medicina. Universidad de Zaragoza.

MARÍA JOSÉ COLL TELLECHEA

Especialista en Psicología Jurídica.

JOSÉ MARÍA CIVEIRA

Médico Psiquiatra. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

ANA CARMEN MARCUCELLO

Médica Ginecóloga. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

AEQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Editorial

ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

1

AEQUALITAS aceptará para su publicación todos aquellos artículos que sean inéditos y versen sobre el tema central de la revista.

El Consejo de Redacción atenderá cualquier sugerencia o consulta previa, para evitar reiteraciones en las posibles colaboraciones (Tel. 976 761 433. Departamento de Derecho Público).

2

Los originales serán remitidos a la directora de la revista:

Profesora María Elósegui
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza.
50006 Zaragoza (España).

Los trabajos no excederán de diez hojas DIN A4, de 30 líneas de texto.

Se enviarán en soporte de papel y en diskette de ordenador de 3,5" (PC o Macintosh), trabajados en WORD o similar, o bien por e-mail (elosegui@posta.unizar.es), indicando a qué sección de la revista van destinados, teniendo en cuenta que las citas se incluirán a pie de página, según el siguiente modelo:

AUTOR o AUTORA del LIBRO, N. *Título*, lugar de edición, editorial, año, página. AUTOR o AUTORA. REVISTA, N. "Título del artículo de la revista", *Revista*, n.º, vol. (año), pp. 1-31.

3

Se indicará el autor, lugar de trabajo, dirección, teléfonos y, en su caso, el e-mail.

No se devolverán los originales y no se mantendrá correspondencia sobre las colaboraciones que no se hayan encargado, sin que ello sea obstáculo para que se envíen artículos por libre iniciativa.

4

La selección se hará según criterios científicos, solicitando la lectura de los artículos a dos de los miembros del Consejo de Redacción. También y en su caso se solicitará la lectura a miembros del Consejo Asesor u otras personas especialistas cuando se estime oportuno y, en consecuencia, podrán ser aceptados para su publicación.

5

AEQUALITAS no se hace responsable de las opiniones de las autoras y autores de los artículos publicados, ni de posibles variaciones en las programaciones anunciadas.



Como anunciamos en el anterior número de *AEQUALITAS*, este ejemplar de la revista está mayoritariamente dedicado a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Con ella la legislación española ha pretendido transplantar a nuestro ordenamiento jurídico dos Directivas del Derecho Comunitario; la Directiva del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y la Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio.

De esta manera España trata de ajustar su legislación a una normativa comunitaria de obligado cumplimiento para todos los países miembros de la Unión Europea. La Ley representa un pequeño paso hacia la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. En las colaboraciones del presente número quedan patentes algunas de las virtudes, así como otros de los defectos y lagunas de la mencionada Ley.

La exposición de motivos parece anunciar muchos más objetivos de los que la propia Ley cubre. Se destaca con acierto que esta Ley está dirigida tanto al hombre como a la mujer que trabaja, ya que son ambos también los que deben conciliar trabajo y familia y no sólo las segundas. Los permisos para excedencia y cuidado de hijos e hijas, y familiares son de paternidad y maternidad. La Ley pretende “facilitar que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos e hijas desde el momento del nacimiento o su incorporación a la familia”. Sin embargo, la realidad social demuestra que raramente los padres hacen uso de ese derecho. De ahí la oportunidad de la disposición adicional cuarta; “El Gobierno, en el marco de sus competencias, y de acuerdo con los agentes sociales, impulsará campañas de sensibilización pública al objeto de conseguir que los hombres asuman una parte igual de las responsabilidades familiares, y de manera especial se acojan, en mayor medida, a las nuevas posibilidades que esta Ley ofrece para compartir el permiso parental”.

Pero queda pendiente la discusión sobre el titular del derecho a la baja materna, que de momento es un derecho sólo de la madre y transferible al padre. Así como la titularidad de las trabajadoras no acogidas al régimen de la seguridad social, que no pueden disfrutar de ese derecho, ni por tanto transferirlo al cónyuge; y la carencia de esa titularidad en madres no trabajadoras, que imposibilita igualmente que el padre trabajador pueda optar a la baja paterna por nacimiento de hijo o hija.

Por último, querría apuntar que en los próximos números de *AEQUALITAS* trataremos problemas jurídicos derivados de las agresiones sexuales en el ámbito doméstico, y de nuevas cuestiones relacionadas con la Ley de Extranjería, así como la situación de la mujer en matrimonios o progenitores sometidos a distintos estatutos personales.

María Elósegui Itxaso

Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza.
Directora de la Revista *AEQUALITAS*

La incorporación de la mujer al mercado de trabajo ha motivado un profundo cambio social. Sin embargo, la redistribución de las responsabilidades económicas no ha ido acompañada de una redistribución semejante en las responsabilidades familiares. Esa nueva situación hace necesario reconsiderar el papel de hombres y mujeres en el desarrollo socioeconómico.

Esto exige una nueva forma de cooperación entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida personal, familiar y profesional.

Reconsiderar el papel de las mujeres en la economía y hacer posible que sean compatibles las tareas familiares y profesionales, mediante la colaboración de hombres y mujeres, beneficia al desarrollo de Aragón como Comunidad Autónoma.

La necesidad de conciliar vida profesional, familiar y personal es fundamental y positiva para ambos contribuyendo al bienestar personal y a la calidad de vida, al equilibrio familiar y a la creación de empleo mediante la promoción de la igualdad de oportunidades en el mercado laboral.

Por ello, el Instituto Aragonés de la Mujer, Organismo de Igualdad de la Comunidad Autónoma de Aragón, ha puesto en marcha una Campaña sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y personal, con el objetivo de sensibilizar a la sociedad aragonesa sobre la necesidad de promover un cambio de actitud y avanzar en la armonización del reparto de responsabilidades.

Una de las actuaciones en las que se desarrolla esta Campaña es el presente número de *AEQUALITAS*, casi monográfico, en el que se desarrollan distintos aspectos y puntos de vista sobre la Ley de Conciliación recientemente aprobada en nuestro país.

Ana de Salas Giménez de Azcárate

Directora General del Instituto Aragonés de la Mujer. Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales. Gobierno de Aragón.
Subdirectora de la Revista *AEQUALITAS*

**Jurisprudencia
norteamericana reciente
sobre la *affirmative action*
basada en el género**

FERNANDO REY MARTÍNEZ
Profesor Titular de Derecho Constitucional.
Universidad de Valladolid



I. INTRODUCCIÓN: ALGUNAS DIFICULTADES INTERPRETATIVAS EN TORNO A LA AFFIRMATIVE ACTION

Como ha sido observado con inteligencia, el debate sobre la admisibilidad de las acciones positivas en favor de ciertas minorías sociales en desventaja se muestra en perspectiva comparada con un “interesante movimiento cíclico y, por decir así, desfasado”, en la medida en que surgidas en los Estados Unidos en los años sesenta para intentar remediar el gravísimo problema de la discriminación racial, hacen su entrada triunfal en Europa en los años ochenta, justo cuando se hallan en pleno proceso de crisis y retroceso en su país de origen. Actualmente, la *affirmative action* se enmarca en el nivel federal estadounidense en cinco textos normativos: las previsiones constitucionales en materia de igualdad, el título VII de la *Civil Rights Act* de 1964, la sección 1.981 de la *Civil Rights Act* de 1.866, la *Executive Order* 11.246 y la *Civil Rights Act* de 1991; por cierto, un marco normativo poco sistemático y que induce a no pocas dudas en su interpretación.

Desde el punto de vista político, un importante sector de la opinión pública norteamericana, liderada por el partido republicano, es radicalmente contrario a las políticas de acción positiva y está obteniendo algunas sonoras victorias políticas, como la famosa Proposición 209 del Estado de California, que tiene un valor paradigmático.

Por su parte, la evolución de la jurisprudencia es un buen ejemplo de lo que podría caracterizarse como un asedio conceptual a la figura de las acciones positivas: cada vez, como es lógico, se ha ido mostrando menos tolerante hacia tratos jurídicos distintos y peores a las mujeres por razón de su sexo, pero, paralelamente, también menos abierta a tratos distintos y mejores en favor de las

mujeres que les permitieran equilibrar determinadas desventajas fácticas. Es decir, a menudo la sospecha judicial sobre las discriminaciones positivas no las distingue suficientemente de las acciones positivas, soslayando que se trata de figuras cualitativamente distintas. La tendencia hacia la exigencia judicial de un trato *idéntico* entre mujeres y hombres (como también entre negros y blancos, etc.) es inequívoca. Sin embargo, ésta no me parece, la mejor forma de entender la cláusula de igual protección. *Identidad* no es *igualdad* y justamente en esta diferencia descansa el principal argumento contra una interpretación cada vez más restrictiva de las acciones positivas. Tratar jurídicamente de modo idéntico lo que de hecho es diverso no contribuye a lograr la igualdad, sino precisamente a consolidar o santificar un *statu quo* desigualitario.

Otra gran fuente de problemas interpretativos, típica de la concepción norteamericana de la *affirmative action*, es la conexión que se establece entre el derecho antidiscriminatorio racial con el del *género sexual*. Aunque con elementos comunes, la discriminación hacia minorías raciales y hacia las mujeres es bien distinta, a pesar de lo cual existe también, como intentaré demostrar, una preocupante tendencia jurisprudencial hacia la identidad de soluciones (fundamentalmente, la exigencia de un muy severo *strict scrutiny test*).

El presente estudio describirá sumariamente la más reciente evolución de la *affirmative action* en Estados Unidos, identificando, de entre los numerosos posibles, un escenario particularmente expresivo: el de las dudas que existen en la actualidad sobre cuál es el criterio apropiado que las y los jueces deben emplear al examinar las acciones positivas en favor de la igualdad de oportunidades de las mujeres y la tendencia hacia un estándar judicial menos deferente hacia la autoridad pública que establece la diferencia jurídica de trato.



II. A LA BÚSQUEDA DE UN CRITERIO JUDICIAL PARA EXAMINAR LAS ACCIONES POSITIVAS

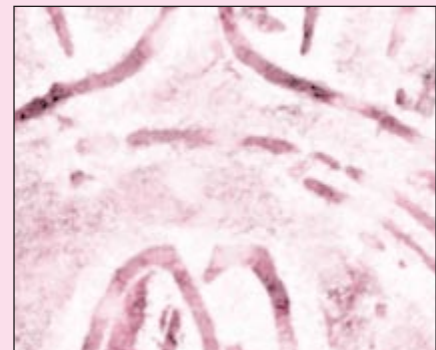
La decisión del Tribunal Supremo (en adelante, TS) en *United States v. Virginia* (1996), que, en medio de una gran controversia pública, abrió las puertas del prestigioso Instituto Militar de Virginia (IMV) a las mujeres, ha planteado un interesante debate sobre cuál debe ser el criterio o estándar de examen judicial a aplicar, bajo la cláusula de igual protección de la decimocuarta Enmienda, a los programas y normas que otorgan un trato jurídico diferente en razón del sexo. La confusión asociada con la doctrina *Virginia* se exagera en el contexto de las acciones positivas en favor de la igualdad de oportunidades de las mujeres, materia que el TS nunca ha examinado bajo la cláusula constitucional de igualdad. Pero procedamos con orden, describiendo los términos del problema antes de intentar resolverlo.

En los Estados Unidos, las demandas que reclaman la igual protección que la Constitución ordena pueden ser resueltas judicialmente según grados diferentes de examen dependiendo de cuál sea el criterio en atención al cual se dispensa un trato jurídico diferente. El nivel de examen más severo es el *strict scrutiny test* (escrutinio estricto), que se aplica por las y los jueces a clasificaciones basadas en la raza (CBR) y en el origen nacional. Para “sobrevivir” a la aplicación de este criterio judicial, la norma o la medida debe adaptarse (“entallarse”) estrechamente (*narrowly tailored*) al cumplimiento de un interés público primordial, un interés que el Estado está obligado a proteger (*compelling governmental interest*). El nivel más bajo de escrutinio judicial (y de deferencia, por tanto, hacia el que establece la diferencia) es el análisis de razonabilidad (*rational basis test*), que se aplica a todas las clasificaciones no sospechosas (en las que no se diferencia jurídicamente de trato en atención a los “criterios sospechosos”: raza, sexo, origen nacional, etc.) y requiere só-

lo que la norma o la medida se encuentre razonablemente referida a la consecución de cualquier interés público. Esta aproximación tradicional ha sido la aplicada por los tribunales a la regulación social y económica desde los años treinta. Las diferencias jurídicas de trato en atención al sexo fueron examinadas bajo este criterio de razonabilidad (*rational basis standard*) hasta la Sentencia del TS *Reed v. Reed*, de 1971. Desde *Craig v. Boren* (1976), el TS ha acuñado un nivel de escrutinio intermedio como el estándar judicial de análisis propio de las diferencias jurídicas de trato basadas en el sexo. Este criterio requiere que las diferencias por sexo guarden una relación substancial (*substantial relationship*) con importantes objetivos públicos. Es, por tanto, un criterio más exigente que el de razonabilidad, pero menos que el escrutinio estricto.

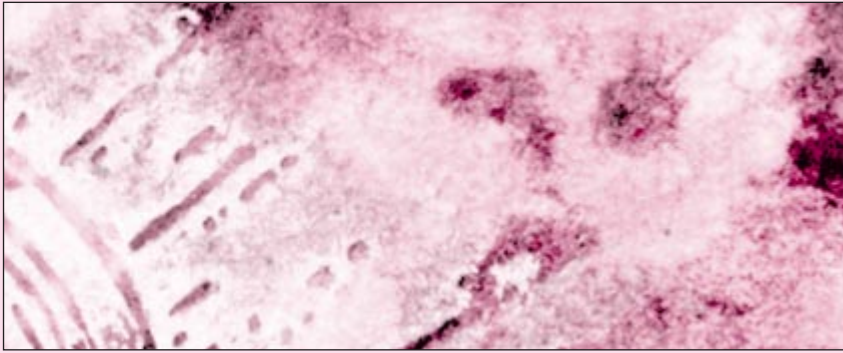
Sin embargo, las recientes decisiones del TS en *Mississippi University for Women v. Hogan* (1982)¹, *J.E.B. v. Alabama ex. rel. T.B.* (1994)² y *United States v. Virginia* (1996) han transformado el criterio intermedio en uno más exigente, aunque todavía sin llegar al escrutinio estricto. Recuérdese que todo esto tiene su importancia porque cuanto menos exigente sea el criterio judicial utilizado, más fácil será justificar los planes de acción positiva y viceversa.

Hay que tener en cuenta, por lo demás, que el problema de las acciones positivas se ha debatido en los Estados Unidos casi exclusivamente en torno a la raza, pero no al sexo. De hecho, el TS nunca ha analizado un programa de acción positiva basado en el género bajo la cláusula constitucional de igual protección³ y los más recientes y relevantes pronunciamientos sobre casos de *affirmative action*, *City of Richmond v. J.A. Croson Co.* (1989) y *Adarand Constructors, Inc. v. Peña* (1995), se refieren a programas basados en la raza y no en el género. Sin embargo, debido a que *Croson*⁴ y *Adarand*⁵ son casos muy significativos respecto de los programas de *affirmative action* en razón de la raza, han ejercido una gran



1

Esta STS invalidó una ley estatal que excluía a los varones del acceso a la Escuela de Enfermería de una Universidad para mujeres. La opinión mayoritaria de la Juez *O'Connor* comienza advirtiendo que el hecho de que la política de la Universidad discriminara a los hombres y no a las mujeres no salvaba la constitucionalidad de la ley. Y establece un nuevo estándar de revisión más exigente que el escrutinio intermedio para las diferencias de trato basadas en el sexo: “Nuestras decisiones también establecen que la parte que busca sostener una ley que clasifica a los individuos sobre la base del género debe asumir la carga de probar una *exceedingly persuasive justification* (justificación sumamente convincente) para la clasificación”. El TS explicó que una carga así sólo podría cumplirse si “demuestra al menos que la clasificación sirve a importantes objetivos públicos y que la medida desigualatoria empleada está substancialmente dirigida a la consecución de tales objetivos”. Aunque todavía parece que aplica el escrutinio intermedio, *Hogan* comienza la progresión del TS hacia un más exigente nivel de escrutinio añadiendo el concepto de “justificación sumamente convincente” al análisis tradicional avanzado en *Craig v. Boren*. El TS exige, por ejemplo, que el examen judicial se aplique “sin nociones fijadas acerca de los roles y capacidades de hombres y mujeres”. Los tribunales deben determinar si el objetivo de la diferencia jurídica de trato “refleja nociones arcaicas o estereotipadas”, de modo que el Estado no debe “excluir o ‘proteger’ a miembros de un sexo porque se presume que sufren una discapacidad inherente o sean innatamente inferiores”. Aplicando esta revisión del escrutinio intermedio, el TS encontró inválida la política de admisión de la Universidad. De hecho, el TS encontró que las mujeres tenían un número extraordinariamente alto de títulos de enfermería (en 1.970, el 98,6% de la Nación y el 94% en esa Universidad) y, por tanto, más que compensarlas de la discriminación contra las mujeres, la política tendía “a perpetuar la estereotipada opinión de la enfermería como un trabajo exclusivamente femenino”. El TS también observó que el Estado no había probado que la diferencia jurídica de trato basada en el sexo estuviera substancial y directamente dirigida a su objetivo, es decir, no había establecido la “justificación sumamente persuasiva” necesaria para sostener su legitimidad jurídica.



2

El TS halló que la discriminación de género intencional en la selección de jurados era inconstitucional, de un modo muy semejante a lo que ocurre con la discriminación racial (hubiera sido muy fácil para el TS emplear la lógica de las clasificaciones raciales, incluso aplicar directamente el escrutinio estricto; de hecho, *Blackmun* hizo varias referencias a la semejanza entre los tratos jurídicos diferentes a negros y a mujeres -“ciertamente, con respecto al jurado, afro-americanos y mujeres comparten una historia de total exclusión”... “la discriminación en la selección del jurado, ya se base en la raza o en el sexo, daña a los litigantes, a la comunidad a los jurados que son erróneamente excluidos de su participación en el proceso judicial”-, pero el TS hizo notar varias diferencias entre unos y otros: “Mientras que las actitudes de prejuicio hacia las mujeres en este país no han sido idénticas que las sostenidas hacia las minorías raciales, las semejanzas entre las minorías raciales y las mujeres, en algunos contextos, embargan tales diferencias”). Trazando paralelismos entre las clasificaciones jurídicas basadas en la raza y las basadas en el sexo, el TS aportaba una base firme para plantear el criterio a ser aplicado a estas últimas en el futuro. Y, por supuesto, utilizó el lenguaje *Hogan*, exigiendo el criterio de la “justificación sumamente convincente”.

3

El análisis de *Johnson v. Transportation Agency* (1.987), referido a un programa así, fue analizado respecto del Título VII de la CRA. En esta Sentencia, el TS sostuvo la constitucionalidad de un plan de acción positiva voluntariamente adoptado por una empresa para incrementar la representación de mujeres en trabajos en los que han estado tradicionalmente infrarrepresentadas. Eligiendo entre siete empleados altamente cualificados para promocionar a uno, la empresa, siguiendo su plan, seleccionó a la mujer (frente a un compañero varón que obtuvo dos puntos más que ella en la entrevista de selección); había 238 varones en la categoría del puesto que se ofrecía y ninguna mujer. El TS afirmó que un empleador necesita sólo demostrar un “desequilibrio manifiesto” que refleje infrarrepresentación femenina en “categorías de trabajo tradicionalmente segregadas” para justificar su plan de acción positiva.

4

En 1989, una mayoría del TS en *Crosby* afirmó que un programa estatal o local de acción positiva basada en la raza debe someterse a un escrutinio estricto. El TS juzgó este criterio necesario para depurar las clasificaciones raciales basadas sobre “ilegítimas nociones de inferioridad racial” o “ilegítimos prejuicios o estereotipos raciales”. Sin embargo, la Sentencia advirtió que “las diferencias de trato en razón de la raza portan un peligro de daño estigmatizante”. El resultado de *Crosby* fue que si una entidad local quiere implantar un plan de acción positiva en favor de una minoría racial, tendría que demostrar una “anterior discriminación llevada a cabo por la entidad pública implicada” o, al menos, que fuera una participante pasiva en un sistema de exclusión racial practicada por elementos de la industria local. Un ejemplo típico de esta “participación pasiva”: una ciudad que no hubiera adoptado ninguna medida frente al hecho comprobable de que los contratistas blancos excluyeran sistemáticamente a los miembros de minorías a la hora de subcontratar. En un caso así, la ciudad podría actuar para terminar con tal exclusión discriminatoria.

5

En *Adarand*, revocando *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC* (1.990), el TS extendió el criterio del escrutinio estricto a los programas federales, estatales y locales de acción positiva basados en la raza.

6

JASON M. SKAGGS (“Justifying Gender-Based Affirmative Action under United States v. Virginia’s ‘Exceedingly Persuasive Justification’ Standard”, *California Law Review*, vol. 86, octubre 1.998, pp. 1.169-1.210) advierte de algunas paradojas asociadas a esta cuestión. La aplicación del escrutinio intermedio a los programas de acción positiva en favor de las mujeres implicaría que los programas de acción positiva en favor de las minorías raciales se someterían a un nivel más exigente de examen judicial (es decir, la implantación de los programas de acción positiva en favor de las minorías raciales sería más difícil de justificar que los que favorecieran a las mujeres). En consecuencia, sería más probable que un programa de acción positiva racial fuera invalidado que otro en favor de un colectivo de mujeres, incluso aunque las minorías raciales deban recibir mayor protección frente a la discriminación que las mujeres. El voto discrepante de *Stevens* en *Adarand* llamó la atención sobre esta paradoja; y también hizo notar que “el principal propósito de la cláusula constitucional de igual protección fue el de acabar con la discriminación contra los antiguos esclavos”.

influencia sobre el entendimiento de las acciones positivas basadas en el sexo, lo cual, como ya ha sido indicado, resulta absolutamente discutible.

Por tanto, debido a que el único criterio del TS al examinar programas de acción positiva se refiere a los basados en la raza bajo el escrutinio estricto, no es claro el nivel apropiado de examen de las acciones positivas en favor de las mujeres. La cuestión que el TS ha dejado abierta es si *Crosby* y *Adarand* conducen o no a interpretar que todos los programas de acción positiva deben estar sujetos a un escrutinio estricto⁶. Lo cierto es que la aplicación del escrutinio estricto plantea un problema de difícil resolución: con su entrada en juego, sería más fácil para los poderes públicos discriminar a las mujeres que remediar la discriminación contra ellas. Por este motivo, la doctrina *Virginia* proporciona una posible vía de salida en la medida en que formula un criterio, enunciado en *Mississippi University for Women v. Hogan* (1982) y en *JEB v. Alabama ex rel TB* (1994), que se sitúa entre el escrutinio intermedio y el estricto. Veamos cómo argumenta el Tribunal.

III. UNITED STATES V. VIRGINIA Y EL ESTÁNDAR MÁS EXIGENTE DE LA “JUSTIFICACIÓN SUMAMENTE CONVINCENTE” (EXCEEDINGLY PERSUASIVE JUSTIFICATION)

La decisión del TS resolvió la famosa demanda contra la política de admisiones exclusivamente masculina del Instituto Militar de Virginia (IMV), un centro público de enseñanza superior. La opinión mayoritaria, escrita por la Juez *Ginsburg*, afirmó que dicha política violaba la cláusula constitucional de igualdad y que los remedios propuestos (un programa separado para mujeres en un colegio sólo femenino) eran insuficientes para sanar la violación constitucional. *Ginsburg* comenzó su análisis advirtiendo que el corazón de la doctrina del TS en *Hogan* y en *JEB* era que “quienes buscaran defender una diferencia jurídica de trato en razón del sexo de carácter público” debían demostrar una “justificación sumamente persuasiva”, en los siguientes términos:



1

La Sentencia hace notar, en primer lugar, que el TS no ha igualado a todos los efectos las diferencias de trato basadas en el género con las basadas en la raza o en el origen nacional; en otros términos, no exige para las diferencias de trato en razón del sexo un escrutinio estricto.

2

Sumariza, acto seguido, la doctrina vigente del TS sobre el examen de las diferencias de trato basadas en el género del siguiente modo: “la revisión judicial debe determinar si la justificación es ‘sumamente convincente’. La carga de la prueba recae por entero sobre el Estado. El Estado debe mostrar al menos que la diferencia jurídica de trato sirve a importantes objetivos públicos y que los medios discriminatorios empleados están substancialmente dirigidos a la consecución de tales objetivos”.

3

La justificación debe ser genuina y no descansar sobre generalizaciones muy amplias acerca de los diferentes talentos, capacidades o preferencias de hombres y mujeres.

4

El estándar de revisión más exigente no convierte al sexo en una clasificación prohibida, porque mientras “las diferencias inherentes no son aceptadas como fundamento de las diferencias de trato basadas en la raza o en el origen nacional”, las “diferencias físicas entre hombres y mujeres... permanecen”.

5

Son permisibles las diferencias jurídicas de trato en atención al sexo siguientes: (1^a) las dirigidas a compensar a las mujeres por particulares discapacidades económicas que hayan sufrido, o (2^a) a promover la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, o (3^a) a hacer progresar el desarrollo pleno del talento y capacidades del pueblo norteamericano.

6

Tales diferencias de trato basadas en el sexo no podrían ser utilizadas, sin embargo, para “denigrar a los miembros de cualquiera de los dos sexos o para constreñir de modo artificial una oportunidad individual”.

Aplicados estos criterios generales al caso, el TS concluyó que el representante del Estado de Virginia no había demostrado esa “justificación sumamente convincente” para excluir a las mujeres del IMV. Tal representación había aportado dos justificaciones en defensa de la política de admisión sólo de hombres:

1.^a

La educación exclusiva de uno de los dos sexos aportaba importantes beneficios educativos, lo que contribuía a la diversidad de educación ofrecida por el Estado. *Ginsburg* reconoció que la educación no mixta beneficia a algunos estudiantes y que la diversidad entre instituciones educativas públicas podía servir al bien público, pero finalmente rechazó la justificación porque Virginia no probó que el IMV hubiera establecido o mantenido las oportunidades de diversidad educativa a través de su exclusión de las mujeres. Concluyendo que la justificación de la diversidad era una racionalización, más que una descripción del actual propósito de la clasificación, el TS también advirtió que las oportunidades educativas para las mujeres eran raramente consideradas cuando se fundó el IMV y que el Estado no proporcionaba oportunidades para la educación no mixta a las mujeres.

2.^a

La segunda justificación invocada por Virginia fue que el “método *adversative*⁷ del IMV proporcionaba beneficios educativos que no estaban disponibles, sin modificación, para las mujeres”. El TS rechazó también este argumento, escribiendo que “la noción de que la admisión de mujeres podría degradar la estatura del IMV, destruir el método *adversative* y, con ello, incluso la escuela, es un juicio difícilmente probado, una



7

Que libremente podríamos traducir como “espartano”.

8

Por ejemplo, el Noveno Circuito en *Coral Constr. Co. v. King County* (1.991), examinando una demanda específica contra una empresa de construcción, afirmó que la prueba de discriminación en la industria de la construcción apoyaba un programa de AA favoreciendo a las mujeres en *todas* las empresas que contrataran con el condado. Este criterio sería permisible bajo el EI, pero no bajo el test de la “justificación sumamente convincente”, que requiere una discapacidad económica “particular”: y por tanto, la discriminación existente podría apoyar planes de AA para los contratos de construcción del condado, pero no en relación con todas las empresas que contratan con la ciudad.

9

Lo que no sucedió, por cierto en la capital Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el plus de guardería (STC 128/1.987), pues el Tribunal no tomó en consideración, a mi parecer, para afirmar la validez de la acción positiva un término de comparación específico adecuado (porcentaje de enfermeras y de enfermeros, por ejemplo), sino uno muy general (datos de empleo femenino según la encuesta de población activa).

10

Adjuntada como nota a pié de página número 2 en Wilson.



predicción no muy distinta de otras profecías rutinariamente utilizadas para denegar derechos u oportunidades”.

Un problema que se plantea a la hora de determinar el efecto del criterio de la “justificación sumamente convincente” sobre los programas de *affirmative action* es que ningún tribunal ha analizado todavía ninguno bajo este nuevo estándar. Sin embargo, es posible anticipar cómo podría ser ese análisis. El nuevo criterio afecta a los dos pilares del tradicional análisis de EI:

A

Incide sobre el *interés público* en dos sentidos:

1.º Exigiendo un interés público más “primordial” (*compelling*) para apoyar un plan de acciones positivas en favor de un colectivo de mujeres. Remediar una discriminación social en el ámbito económico relevante, no en el general^B (compensando a las mujeres de “discapacidades económicas específicas” que hayan sufrido o promoviendo una oportunidad de igual empleo) sigue siendo un interés público permisible bajo un programa de acciones positivas en favor de las mujeres, pero la finalidad de dicho ámbito económico debe estar más dirigida a conseguir la finalidad pública perseguida que en el tradicional escrutinio intermedio.

2.º Y llevando al ente público la carga de la prueba de la validez de este interés. La doctrina *Virginia* ordena que el ente público presente persuasivas pruebas para apoyar su propósito. Por el contrario, a diferencia del escrutinio estricto, el ente público no tendría que demostrar su responsabilidad (activa o pasiva) en la discriminación.

B

La “justificación sumamente convincente” haría más difícil satisfacer la requerida relación medios-fines entre

el programa de acción positiva y el aludido interés público. En contraste con el escrutinio intermedio, el ente público probablemente debería considerar los remedios alternativos y los objetivos del programa deberían estar más estrechamente conectados con la proporción de mujeres calificadas. ¿De qué manera?:

1.º Como con el EE, la prueba estadística es la mejor, especialmente la consideración del índice de disparidad respecto del grupo significativo de mujeres capaces y dispuestas para trabajar. Debido a que los programas de acción positiva en favor de las mujeres deben diseñarse para compensar específicas discapacidades económicas, una muestra de una gran disparidad no será suficiente; hay que considerar el grupo estadístico significativo de mujeres^A.

2.º Se requiere menos prueba de discriminación para apoyar un programa de acción positiva bajo el criterio de la justificación sumamente convincente que bajo el escrutinio estricto. Así, la existencia de una discriminación proveniente de particulares podría ser relevante bajo el análisis del escrutinio estricto para justificar una participación pasiva del ente público, aunque tendría que demostrarse la relación, por ejemplo, entre la concesión de los contratos públicos y la discriminación que existe en el sector privado. En contraste, bajo el criterio de la justificación sumamente convincente, no tendría que demostrar el demandado esa relación.

3.º Los tribunales deberían considerar la posible existencia de remedios alternativos para las diferencias jurídicas de trato por sexo como para las diferencias en atención a la raza.

4.º La duración del programa también debería recibir una consideración relevante, debiendo permitirse programas más largos que en el escrutinio estricto, pero menos que en el intermedio.

5.º Se precisa una relación entre los objetivos de un programa y la proporción de mujeres calificadas en ese ámbito (recuérdese que el escrutinio intermedio no exige una relación estrecha en este sentido).

IV. CONCLUSIONES CRÍTICAS

Parece clara la evolución paralela de la progresión del control del acoso sexual junto con la regresión de las políticas de *affirmative action* en Estados Unidos, especialmente en relación con las discriminaciones positivas. El derecho antidiscriminatorio norteamericano sigue sin distinguir suficientemente, en mi opinión, entre las acciones positivas de fomento de la igualdad de oportunidades y las discriminaciones positivas; la doctrina de la *Superior Court of California en Wilson v. State Personnel Board et alii* me parece convincente, como he escrito en otros lugares: las acciones positivas son plenamente conformes con la cláusula constitucional de igualdad, pero las discriminaciones positivas no (al menos, las impuestas por una entidad pública). Tampoco se distingue en toda su profundidad entre la discriminación racial y la sexual; la tradición en los Estados Unidos ha sido siempre leer esta última a la luz de la primera. El peligro de contaminación es evidente.

Parece difícil no compartir la opinión del Juez de Distrito *Myron Thompson*¹⁰: “Las palabras ‘affirmative action’ tienen en los últimos tiempos una monolítica connotación negativa. Esto es desafortunado al menos por dos razones. Primero, muchas acciones positivas han sido eficaces para rectificar una historia larga, que todavía no está superada, de discriminación en este país. Esta razón ataca la connotación negativa sobre la utilidad de la acción positiva. Segundo, existe una amplia variedad de técnicas de acción positiva, con diferentes consecuencias, cada una de las cuales debe ser analizada por sus propios méritos. Obscurecer las diferencias entre los diversos tipos de acción positiva ha hecho difícil decidir cuándo están justificadas”.

Mujer y títulos nobiliarios: una peculiar visión de la discriminación por razón de género

SOFÍA DE SALAS MURILLO

Profesora Ayudante de Facultad de Derecho Civil.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza

EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN NUESTRO PAÍS

Hablar de los títulos nobiliarios –una institución europea del Antiguo Régimen, caracterizado por la división estamental de la sociedad– en los albores del siglo XXI, podría ser considerado por algunas personas como una discusión anacrónica e inútil, o cuanto menos, ajena por completo a la sensibilidad actual tan proclive a la igualdad entre todos los seres humanos. No en vano son muchos los países que no aceptan esta institución; así la Constitución de los Estados Unidos de América dice en su artículo I, sección 9, párrafo 8 que

“Los Estados Unidos de América no concederán ningún título nobiliario”, y por citar países más cercanos a nuestro entorno, en Francia, Italia, Portugal, Irlanda, Dinamarca, Polonia¹, entre otros, no existe reconocimiento oficial de los títulos, aunque de facto en algunos de estos países se sigan utilizando –y mucho– en determinados sectores de la vida social.

A pesar de que la Historia de España ha conocido momentos de esplendor y decadencia de esta figura (quizá más de aquéllos que de éstos), la Constitución Española de 1978 no se pronuncia in genere sobre los títulos nobiliarios, salvo la concreta mención del art. 62.f sobre la concesión regia de *“honores y distinciones*



1

El art. 96 de la Constitución de la República de Polonia, de 1921, vigente en la actualidad, dispone que “La República de Polonia no reconoce privilegios de familia ni de estamento, ni tampoco escudos, títulos nobiliarios ni otros, a excepción de los títulos científicos, oficiales y profesionales”. Por su parte, Finlandia reconoce los títulos ya concedidos, pero suprime la concesión de nuevos títulos a partir de la Ley 971 de 17 de julio de 1995.

2

Vid. Votos particulares de MARINA MARTÍNEZ-PARDO y MARTÍNEZ-CALCERRADA.

3

CERVILLA GARZÓN, *La sucesión en los títulos nobiliarios*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 20.

4

En la primera, ya citada, se juzga la constitucionalidad del requisito de “casar con noble” para adquirir un determinado título nobiliario. Se ha hecho un lugar común aludir a su conocido F.J. 3º “son de la misma índole condicionante (casar con noble) que condicionado (la adquisición misma del título) y tan anacrónico y residual es aquel como éste, pero no siendo inconstitucional el título nobiliario no puede serlo supeditar su adquisición por vía sucesoria al hecho de casar con noble”. En la segunda -STC de 6-7-1995-, aunque ya se había planteado concretamente el tema de la discriminación por razón de sexo, el TC -si se me permite la expresión- “se quita de encima el problema”, eludiendo pronunciarse sobre el fondo del asunto, pues el recurrente (un varón privado de su título, en aplicación de la línea jurisprudencial del TS citada) había utilizado la vía del recurso de amparo, alegando, no la violación de ningún derecho fundamental en concreto, que es lo que a juicio del TC debería haber hecho, sino la incorrecta aplicación del art. 14 CE. Por este motivo formal, queda imprejuzgada la cuestión al apreciarse falta de jurisdicción o competencia del TC.

5

Esta sentencia, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad, determinó que las sentencias del TS dictadas con posterioridad a la misma “restablecieran” el principio de masculinidad. Como podrá adivinarse, esta sentencia provocó numerosas reacciones en la opinión pública española, publicándose artículos en los periódicos con títulos tales como “Regreso al medioevo”, “Una sentencia republicana”, “Vejeciones sexuales en el pueblo”, etc. Amen de estos datos, más bien anecdóticos, ha de constatar que en el seno del TC hubo también algunas opiniones encontradas, que se plasmaron en los votos particulares de los magistrados VIVER PI-SUNYER, VIVES ANTÓN y CRUZ VILLALÓN. La sentencia fue objeto en su momento de los correspondientes comentarios doctrinales, a los que me remito:

CARRETERO SÁNCHEZ, “Títulos nobiliarios. Principio de igualdad y discriminación por sexo. Comentario a la STC 126/1997 de 3 de julio”, *La Ley*, D-124, 1998; GARCÍA TORRES, “Sint ut fuerunt. La sucesión nobiliaria en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 1997”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1998, n.º 52; CLAVERO, “Sexo de derecho, acoso de justicia (Comentario de ‘Jurisprudencia’”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1998; OLLERO, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1999, págs. 87 a 103.

con arreglo a las leyes”. Con todo, la cuestión acerca del significado y contenido actual de los títulos nobiliarios y su régimen de transmisión, ha sido objeto en nuestro país de un animado -acalorado, incluso- debate doctrinal y jurisprudencial. En efecto, uno de los primeros pronunciamientos del, a la sazón, recién creado Tribunal Constitucional (STC de 24-5-1982, BOE de 9-6-1982), versó sobre dicha figura, cuyo contenido jurídico se agota -dijo- en el “derecho a adquirirlo, a usarlo y protegerlo frente a terceros de modo semejante a lo que sucede con el derecho al nombre”. El título no es signo definitorio de ningún status o condición jurídica estamental o privilegiada y de hecho, no afecta al ejercicio de ningún derecho fundamental o libertad pública. Sentada la pervivencia de facto y la admisión por el TC de esta institución, el problema se ha centrado en el régimen jurídico de adquisición y transmisión de dichos títulos, constituido por normas de Derecho histórico, algunas de las cuales se remontan incluso al s. XIII-XIV: la Ley 2 del título XV de la Partida II, y otras posteriores, como las Leyes de Toro, la Novísima Recopilación y la Constitución de 1876, hoy derogada, pero que recoge en su art. 60, y por eso se cita, las inspiraciones del Derecho histórico en la materia. Normas cuya vigencia, en términos generales, ha sido reafirmada en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo (vid. SSTs de 28-11-1981, 25-2-1983, 27-9-1984, 7-7-1986, 27-10-1987, 21-2-1992, 11-11-1997) y por el Derecho positivo (art. 1 de la Ley de 4-5-1948). El problema no estriba tanto en el hecho mismo de la utilización de un Derecho de más de siete siglos de antigüedad, sino en la adecuación de su contenido al respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, protegidos no sólo por la Constitución española, sino por los Convenios internacionales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y señaladamente, por lo que hace a este caso, por la Convención de Nueva York de 18 de diciembre de 1979, ratificada por España el 16 de diciembre de 1983, y

que es vinculante en materia de “eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer”. Y es que, las precitadas normas de Derecho histórico, consideran que el régimen primario de la sucesión es la voluntad del fundador del título; en su defecto, dicha sucesión ha de regirse por tres principios: primogenitura, representación y masculinidad. Es este último, el que ha suscitado, lógicamente, serias dudas acerca de su adecuación al principio de igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo (proclamando en términos generales tanto por los arts. 1 y 14 CE, como por el art. 14 CEDH, y en especial, por la citada Convención de Nueva York).

DOS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES ENCONTRADAS: EL TS Y EL TC

La jurisprudencia española sobre este punto, ha experimentado en las últimas décadas importantes fluctuaciones. El TS, que puede apreciar la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas preconstitucionales a los efectos de su no aplicación, consideró -sin unanimidad interna- en once sentencias recaídas en el periodo 1986-1996, que la preferencia del varón sobre la mujer a los efectos sucesorios en el título nobiliario, infringía el principio de igualdad². Hubo quien, en un alarde de optimismo, entendió que se trataba de una jurisprudencia absolutamente consolidada, sin posibilidad de marcha atrás³.

Sin embargo, el TC, a quien corresponde el monopolio de las declaraciones de inconstitucionalidad, ha entendido lo contrario. Son tres las ocasiones en que ha conocido sobre cuestiones relacionadas con los títulos nobiliarios, aunque ha habido que esperar a la tercera (STC 126/1997, de 23 de julio) para obtener un pronunciamiento concreto sobre la constitucionalidad del principio de masculinidad⁴. En esencia, se parte de que el título es tan sólo un *nomen honoris*, de carácter simbólico, sin contenido material alguno, y por ello, no se halla ninguna razón para que un determinado elemento de esta institución, cual es el régimen de su transmisión *mortis causa*, sea inconstitucional⁵.



Es consciente el TC, de que cuando el valor jurídico “igualdad” entra en juego con relación al género, la exigencia del juicio de mera razonabilidad de la diferencia contenida en la norma a examinar, se transforma en exigencia de un juicio de discriminación en sentido estricto, que determina la necesidad de un examen más intenso dada la sospecha de infracción injustificada del principio de igualdad. Esto es, se parte de una auténtica presunción de discriminación⁶. Sin permanecer por completo ajeno a esta mayor exigencia de rigor en el juicio de razonabilidad de la diferencia por razón de sexo, el TC entiende que en los títulos y dignidades, es un elemento fundamental de juicio, el contexto histórico en el que fueron concedidas. Y es este condicionante histórico –“*sint ut sunt, aut non sint*”– el que pesa en la argumentación del TC, que parte de la base de que si se acepta una institución histórica, han de aceptarse las reglas, también “históricas” de dicha institución. En este sentido, puede ser de interés la opinión vertida por el ministro de un país tan poco sospechoso como Holanda, en 1994, cuando entró en vigor la Ley sobre la Nobleza, que prevé que la sucesión de los títulos nobiliarios se produzca exclusivamente a través de la línea masculina, de modo que si no hubiera descendientes varones, el título quedaría suprimido: “A mi juicio, el Derecho nobiliario debe ser mantenido como instituto histórico, por lo que perdería su base cuando se intentara modificarlo y organizarlo según ideas contemporáneas”⁷. Por otra parte, al carecer de cualquier tipo de contenido material no puede considerarse que haya agravio de ningún tipo para la mujer.

La STC 126/1997 es manifestación del *modus operandi* del TC respecto al art. 14 CE: su jurisprudencia en este punto es más el resultado de una superposición de problemas, que el fruto de la aplicación de un criterio exegético globalizador⁸. Pero es que, en este supuesto, parece difícil prescindir de dos condicionantes de tanto peso como son la ausencia de contenido material y el profundo carácter histórico de los títulos. Es más, cuando

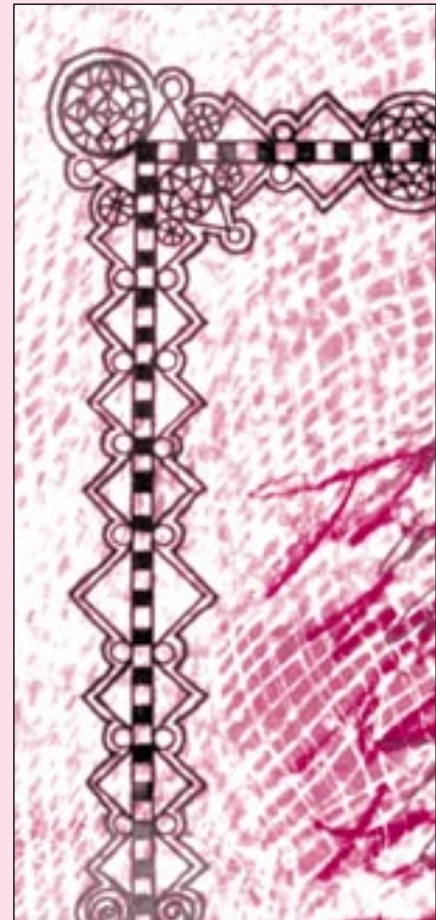
se ha intentado buscar otros contenidos para esta institución, el resultado ha sido negativo. Esto es lo que ha sucedido con la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 28-10-1999 (ref. rec. nº 41127/98 y otros).

¿LA ÚLTIMA OPORTUNIDAD?

Se trata de cuatro mujeres que reclamaban sendos títulos nobiliarios, que, en aplicación de las citadas reglas sucesorias, habían ido a parar a sus hermanos varones pequeños; al no serles favorable la postura adoptada por el TC español, deciden recurrir al TEDH. Dado que en esta instancia, las demandas relativas al principio de igualdad deben proyectarse sobre algún derecho concreto protegido por el CEDH, consideran a estos efectos, que el título nobiliario es una manifestación del derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y que está intrínsecamente relacionado con el derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo Adicional).

El TEDH, que resuelve por acumulación los cuatro recursos en una misma sentencia, prescinde de cuestiones formales no poco importantes, como el hecho de que una de las recurrentes no había agotado las vías internas y tenía todavía un recurso pendiente en España. Asimismo, prescinde del hecho de que ninguna de ellas había alegado en las vías internas violación alguna de los citados derechos, sino que habían basado su recurso, únicamente en el principio de igualdad. Omisión consciente, al estimar innecesario detenerse en estos pormenores dada la claridad del fondo de la cuestión.

El Tribunal analiza en primer lugar, la posibilidad de inclusión de los títulos nobiliarios en el campo de aplicación del art. 8 del CEDH. No se centra tanto en los argumentos del Gobierno español (que entiende que tal consideración de los títulos nobiliarios iría en contra del principio de universalidad e igualdad de estos derechos, pues de ser



6

De hecho, la jurisprudencia del TS que entiende que el principio de masculinidad atenta contra el art. 14, acepta sin problemas el principio de primogenitura, campo en el que hay una menor sensibilidad social y legal. Así, se dice en la STS de 28-4-1989, que tal preferencia se asienta en la propia naturaleza de las cosas, en la realidad jurídico social manifestada en numerosas ocasiones en la vida cotidiana y en el principio “*prior tempore, potior iure*” (F.J. 3º). No convence a todos esta aparente tranquilidad de conciencia respecto a la discriminación de los hermanos pequeños; vid. por todos, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, “La inconstitucionalidad de la preferencia masculina en la sucesión de los títulos nobiliarios”, *Actualidad civil*, 1991-3, págs. 545 y ss.

7

Extraído de las Observaciones del Gobierno del Reino de España ante el TEDH, en el proceso que da lugar a la sentencia de 28-10-1999, a la que más adelante haré referencia.

8

Esta opinión, manifestada con anterioridad a esta sentencia -dos años atrás- por REY MARTÍNEZ, encuentra aquí un claro ejemplo. A su juicio, tal actitud, determina que la jurisprudencia del TC sobre este particular, carezca de una interpretación unitaria, común y permanente, lo que determina ciertas zonas de penumbra e incluso, contradicciones. Vid. REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pág. 37.



así, un grupo de personas tendría, por un puro azar biológico –el nacimiento en determinada familia– un *plus* de dignidad respecto a otras) sino en el análisis de los aducidos por las recurrentes. Alegaban éstas que los títulos son objeto de inscripción en el Registro civil –en virtud del art. 135 del Reglamento del Registro civil– al igual que el nombre y apellidos, de modo que, aquéllos, al igual que éstos, han de ser considerados signos de identificación de la persona y de su pertenencia a un linaje o familia. Las recurrentes conocen la línea jurisprudencial del TEDH que entiende que, si bien lo relativo al nombre y apellido no aparece explícitamente citado en el art. 8 CEDH, entra en su campo de aplicación. Sin embargo, en este caso, el TEDH considera que la mención registral del título, es tan sólo una información complementaria de la identidad de la persona (esto es, no necesaria) y por ello, no asimilable en ningún momento al nombre y apellidos. Escapa, en consecuencia, del campo de aplicación del citado artículo del Convenio.

Decae también el segundo motivo alegado por las recurrentes, que aprecian un valor patrimonial en la tenencia de un título nobiliario, consistente en ciertas ventajas sociales, reconocimiento social, etc., a lo que hay que añadir la costumbre arraigada de que ciertos bienes patrimoniales que permanecen en las familias suelen corresponder, por regla general a quien ostenta el título. Habría entonces, una flagrante violación del principio de igualdad en lo relativo a la propiedad (art. 14 CEDH en relación con el art. 1 del Protocolo). La respuesta del Tribunal es contundente: la CEDH protege derechos patrimoniales concretos y no meras expectativas, como es el caso presente. De hecho las recurrentes no habían alegado ningún derecho patrimonial concreto. A ello hay que añadir, que el título no es *res commercium*, cosa que sí podría serlo una marca comercial que adoptara esa denominación. En ninguno de los cuatro recursos se alega un derecho concreto y existente de este tipo. No es un derecho de propie-

dad en suma y de hecho, –aunque esto no lo diga el TEDH– no constituye un bien integrante de la herencia del decuius: se rige por sus propias leyes de sucesión y no por el Código civil. Y es que, en definitiva, su titular tan sólo ostenta un derecho de uso y disfrute sobre el mismo.

En general, puede decirse que la sentencia es rotunda en sus planteamientos, quizá porque los integrantes del Tribunal intuían la “relativa” o más bien “poca” fe que las recurrentes tenían en sus propios planteamientos. El recurso a la calificación de los títulos como una manifestación de la vida privada y de la propiedad es endeble en su base. Otra cosa es que se esté de acuerdo o no con el auténtico fondo de la cuestión: el principio de igualdad, que en esta instancia no ha podido ser analizado de forma autónoma, y que, si bien no afecta al principio de masculinidad de los títulos nobiliarios de raigambre histórica, sí que podría hacer “tambalearse” dicha preferencia en los títulos concedidos con posterioridad a la promulgación de la Constitución Española. Pero esta es otra cuestión que no se ha planteado –ni parece previsible que se plantee–, ante este Tribunal.

Y es que, el condicionante histórico –uno de los dos aludidos anteriormente– pierde gran parte de su fuerza argumentativa en el caso de los títulos creados tras 1978. No parece de recibo el régimen impuesto *ex novo* en cada uno de estos nuevos títulos establezca esta preferencia del varón, porque los nuevos títulos no tienen por qué plegarse al Derecho histórico, sino que se sujetan al actual. Esta idea quedaría aún más reforzada –aunque sea tan sólo un argumento secundario– por el hecho de que no es en la actualidad ningún inconveniente para que una mujer reciba el título, la pérdida del apellido familiar al que suele ir unido el título nobiliario, pues la reciente reforma del Código civil permitiría que los padres y madres (en este caso la hija mayor que heredara el título) transmitiera como primer apellido a sus hijos e hijas, el suyo propio.

BIBLIOGRAFÍA

CARRETERO SÁNCHEZ, “Títulos nobiliarios. Principio de igualdad y discriminación por sexo. Comentario a la STC 126/1997 de 3 de julio”, *La Ley*, D-124, 1998.

CERVILLA GARZÓN, *La sucesión en los títulos nobiliarios*, Tecnos, Madrid, 1993.

CLAVERO, “Sexo de derecho, acoso de justicia (Comentario de ‘Jurisprudencia’”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1998.

GARCÍA TORRES, “Sint ut fuerunt. La sucesión nobiliaria en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 1997”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1998, n.º 52.

MARTÍNEZ CALCERRADA, *El machismo en el Derecho*, Comares, Granada, 1996.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, “La inconstitucionalidad de la preferencia masculina en la sucesión de los títulos nobiliarios”, *Actualidad civil*, 1991-3.

OLLERO, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1999.

REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.



**La situación
de riesgo
por embarazo
y su adecuación
al derecho comunitario**

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA
Juez del Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra



La Ley 39/99, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, ha introducido, para subsanar el más ostensible defecto de trasposición de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre –en adelante, la Directiva–, cometido en el artículo 26 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo denominada, de acuerdo con el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, «riesgo durante el embarazo», y que, en su caso, genera una prestación de seguridad social, regulada en los artículos 134 y 135, hasta ahora vacíos de contenido, de la Ley General de la Seguridad Social. Finalidad subsanatoria del defecto traspositivo que, como ha manifestado nuestra doctrina más autorizada, resulta incumplida en varios aspectos, y que, a efectos de su estudio, reconduciremos a los tres siguientes:

I LA COMPLEJA ACUMULACIÓN DE REQUISITOS PARA ALCANZAR LA DISPENSA DE TRABAJO

Reconoce el artículo 5 de la Directiva la dispensa de trabajo como última solución para evitar riesgos durante el embarazo o la lactancia de una trabajadora, después de resultar imposibles o inexigibles otras medidas menos drásticas: «si los resultados de la evaluación –regulada en el artículo 4– ... revelan un riesgo para la seguridad o la salud, así como alguna repercusión en el embarazo o la lactancia de una trabajadora», primero «la empresa tomará las medidas necesarias para evitar, mediante una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de la trabajadora afectada, que esta trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo», segundo, «si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la empresa tomará las medidas nece-

sarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada», y, tercero, «si dicho cambio de puesto no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud».

Pues bien, el artículo 26 LPRL, en su redacción originaria, exigía, para el cambio de puesto de trabajo, que «la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, y así lo certifique la o el médico que en régimen de la Seguridad Social aplicable asista facultativamente a la trabajadora». Su comparación con la norma comunitaria reflejaba dos disparidades. De un lado, la imposibilidad o inexigibilidad que, en el artículo 5 de la Directiva, aparecen vinculadas a las necesidades organizativas de la empresa, en la norma española se vinculan a la salud de la trabajadora o del feto, lo que es redundante, dado que, en la previa evaluación de riesgos específicos, el factor salud debió haberse contemplado. Y de otro lado, se introduce, en la norma española, un certificado médico que, en el artículo 5 de la Directiva, no aparece en ningún sitio, ya que, no lo olvidemos, la trabajadora no está enferma, sino en situación de riesgo durante su embarazo, parto reciente o lactancia. En su nueva redacción, el artículo 26 LPRL introduce otra exigencia más para el cambio de puesto de trabajo, añadiendo más complejidad, y que, por la redacción en cascada, supone una dificultad adicional para acceder a la dispensa de trabajo. Se exige, ahora, que el certificado médico se haya emitido por «los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, con el informe

LA LEY 39/99, DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS HA INTRODUCIDO, UNA NUEVA CAUSA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DENOMINADA, «RIESGO DURANTE EL EMBARAZO».

médico del Servicio Nacional de la Salud que asista facultativamente a la trabajadora». Dicho más llanamente, donde antes se exigía un certificado médico, ahora se exigen dos, eso sí se clarifica quienes deben emitirlos. Aquí surge, además, otro aspecto crítico, al no ser claro si la Mutua actúa como aseguradora de riesgos profesionales o como servicio de prevención ajeno a la empresa. Quizás esto último.

Haciendo comparación con la norma comunitaria, parece huir la española, cada vez más, de su espíritu, mediante una compleja acumulación de requisitos para alcanzar la dispensa de trabajo, que, en el desarrollo reglamentario, se pueden ver incrementados con nuevas exigencias: un informe médico del facultativo/a del Servicio Nacional de la Salud, un certificado de la entidad aseguradora de la prestación de incapacidad temporal, la declaración de la empresa de ausencia de puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora, un informe al respecto de la Inspección de Trabajo y otro informe del servicio de prevención o de la Mutua.

Más conforme con la norma comunitaria sería, a nuestro juicio, conceder la prestación con la sola declaración de la empresa, sin perjuicio, naturalmente, de que, si su decisión



no fuese procedente, la entidad gestora le repercutiera la prestación y la trabajadora las eventuales diferencias con el salario dejado de percibir. La decisión de la empresa, como todas las referidas a salud laboral, contaría con el asesoramiento de los servicios de prevención, cuyo personal sanitario, entre otras funciones, «estudiará y valorará, especialmente, los riesgos que puedan afectar a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente (¿y la situación de lactancia?)... y propondrá las medidas preventivas adecuadas», de acuerdo con el artículo 37.3.g) del Real Decreto 39/97, de 17 de enero, Reglamento de los Servicios de Prevención.

No se trata solamente, y conviene precisar, de la asunción por la trabajadora de más o menos cargas burocráticas, sino de algo mucho más

trascendente, ya que, aún estando conforme con la dispensa de trabajo, no es previsible que, al no liberarse de la retribución mientras no se reúnan todas las exigencias legales y reglamentarias, la empresa dispense entre tanto a la trabajadora de prestar servicios con riesgo laboral. A ésta le cabe, de todos modos, la posibilidad de acudir a lo dispuesto para el riesgo grave e inminente –art. 21 LPRL–. Igualmente, le cabe la posibilidad de acudir, en una actuación situada al límite de la legalidad, a viejas técnicas menos conflictivas: las bajas de complacencia o con dolencias de cobertura. Quizás el estar a cargo de la empresa los quince primeros días de incapacidad temporal por contingencias comunes, determine a ésta a facilitar los trámites para acceder a las prestaciones de riesgo durante el embarazo, y evitar esas bajas.



II LA AUSENCIA DE REFERENCIAS AL RIESGO DURANTE LA LACTANCIA

Hemos visto como, de modo expreso, en el artículo 5 de la Directiva se contempla, a los efectos de la dispensa de trabajo, no sólo el embarazo, sino también la lactancia de la trabajadora. Pues bien, regulada la dispensa de trabajo en el número 3 del artículo 26 LPRL, su número 4, donde se alude a la situación de lactancia, aplica a ésta «lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo». No, en consecuencia, la regulación de la dispensa de trabajo. Dicho sea de paso, la lactancia parece ser la eterna olvidada –véase su preterición en el artículo 37.3.g) del Reglamento de los Servicios de Prevención–.

III LA NATURALEZA DE LAS PRESTACIONES POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y SU CUANTÍA

De acuerdo con el número 1 del artículo 135 LGSS, dicha prestación «se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de enfermedad común». Llama la atención, en una contingencia cuyo hecho causante no se comprende si no es con referencia a un trabajo determinado, su calificación de común. Sin resultar un incumplimiento frontal de la Directiva, se cohonesto mal con su finalidad, que es, justamente, la prevención de riesgos de naturaleza laboral –sustráese laboral–.

Algunas dudas surgen, asimismo, en cuanto a la cuantía que, según el número 3 del artículo 135 LGSS, «consistirá en un subsidio equivalente al 75 por 100 de la base reguladora correspondiente» que será «(la) establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes». Tales dudas se fundamentan en las siguientes argumentaciones:

**a**

Las diferencias de redacción que, en el artículo 11 de la Directiva, se aprecian entre su punto 1, aplicable a los supuestos de dispensa de trabajo, y su punto 2, aplicable al supuesto de permiso de maternidad. Dígase de entrada que no son decisivas, debido a la coetilla «con arreglo a las legislaciones y/o a las prácticas nacionales» –inciso final del punto 1–.

■ En los supuestos de dispensa de trabajo «deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo», esto es, los mismos que si se trabajara, «incluido», y esta palabra es un dato esencial, «el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada» –punto 1–, sin habilitar expresamente, y este silencio es otro dato esencial, a las legislaciones nacionales para establecer un posible límite máximo –el punto 3, donde se establece dicha habilitación, se remite exclusivamente a la letra b) del punto 2, pero no al punto 1–.

■ En el supuesto de permiso de maternidad, aunque también se garantizan «los derechos inherentes al contrato de trabajo» –letra a) del apartado 2–, se matiza que sólo los «distintos» a «el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada» –letra b) del punto 2–, derechos estos últimos que se pueden reconocer «dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales», si bien «equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivo de salud» –punto 3–.

b

La normativa antidiscriminatoria, aplicada al embarazo, lleva a considerar ilícitas aquellas consecuencias jurídicas que no se producirían si, en una situación dada, se cambia el sexo del sujeto –es el test, conocido como «but for», utilizado en la Sen-

tencia de 8.11.1990, Caso Dekker, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y en sus secuelas posteriores, la de 5.5.1994, Caso Habermann-Beltermann, la de 14.7.1994, Caso Webb, la de 13.2.1996, Caso Gillespie, o la de 30.4.1998, Caso Thibault–. Aplicado el test a los supuestos de dispensa de trabajo de la Directiva, la solución aparenta ser evidente: si no hubiese estado embarazada, la mujer hubiera percibido el salario íntegro. De donde, la interpretación ofrecida del artículo 11, punto 1, de la Directiva, se compadece con la normativa antidiscriminatoria que, en cuestiones de remuneración, es el artículo 119, actual 141, del Tratado de la Comunidad Económica Europea, y la Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero. No niego que, en las argumentaciones recién expuestas, existen importantes flancos a la crítica, y, desde luego, no son, en ningún momento, expresión de verdades apodícticas. Pero no deja de fascinarme la combinación de la normativa protectora de la maternidad con la normativa sobre tutela antidiscriminatoria. En todo caso, sólo pretendo sembrar algunas dudas sobre la interpretación más correcta de la expresión «el beneficio de una prestación adecuada», utilizada en el artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre. La única correcta será, a través de la correspondiente cuestión prejudicial, la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Quedan por subsanar otros muchos defectos, acaso no tan ostensibles, pero no menos importantes, cuyo elenco abordé en “Unas anotaciones críticas sobre la adecuación del artículo 26 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, a la Directiva 92/85, de 19 de octubre, del Consejo de Ministros de la Unión Europea. La Ley. Número 4153. 1996. Sobre esta norma, más ampliamente, véase mi trabajo “La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia”.

Actualidad Laboral. Número 38. 1998.

Sobre algunos de esos defectos traspositivos, véase Teresa Pérez Del Río, “La Ley 39/99 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: Temas de Debate”. Pendiente de publicación en Temas Laborales. En sentido parecido, María Amparo Ballester Pastor, “La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2000. Páginas 43 a 49. También es de interés Juan Gorelli Hernández, “La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”. Relaciones Laborales. Número 24. 1999. Páginas 29-31 y 50-51. En este sentido, Juan Gorelli Hernández. Obra citada. Página 51. Datos del desarrollo reglamentario en fase de proyecto tomados de Teresa Pérez Del Río. Obra citada. Páginas 26 y 27.

SE INTRODUCE, EN LA NORMA ESPAÑOLA, UN CERTIFICADO MÉDICO QUE, EN EL ARTÍCULO 5 DE LA DIRECTIVA, NO APARECE EN NINGÚN SITIO, YA QUE, NO LO OLVIDAMOS, LA TRABAJADORA NO ESTÁ ENFERMA, SINO EN SITUACIÓN DE RIESGO DURANTE SU EMBARAZO, PARTO RECIENTE O LACTANCIA.

EN EL ARTÍCULO 5 DE LA DIRECTIVA SE CONTEMPLA, A LOS EFECTOS DE LA DISPENSA DE TRABAJO, NO SÓLO EL EMBARAZO, SINO TAMBIÉN LA LACTANCIA DE LA TRABAJADORA.

Lista no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo (mencionada en el apartado 1 del artículo 4)

A. AGENTES

1

Agentes físicos, cuando se considere que puedan implicar lesiones fetales y/o provocar un desprendimiento de la placenta, en particular:

- a** Choques, vibraciones o movimientos;
- b** Manutención manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular dorsolumbares;
- c** Ruido;
- d** Radiaciones ionizantes¹;
- e** Radiaciones no ionizantes;
- f** Frío y calor extremos;
- g** Movimientos y posturas, desplazamientos (tanto en el interior como en el exterior del establecimiento), fatiga mental y física y otras cargas físicas

vinculadas a la actividad de la trabajadora a que se refiere el artículo 2.

2

Agentes biológicos.

Agentes biológicos de los grupos de riesgo 2, 3 y 4, en el sentido de los números 2, 3 y 4 de la letra d) del artículo 2 de la Directiva 90/679/CEE², en la medida en que se sepa que dichos agentes o las medidas terapéuticas que necesariamente traen consigo ponen en peligro la salud de las mujeres embarazadas y del niño aún no nacido, y siempre que no figuren todavía en el anexo II.

3

Agentes químicos.

Los siguientes agentes químicos, en la medida en que se sepa que ponen en peligro la salud de las mujeres embarazadas y del niño aun no nacido y siempre que no figuren todavía en el anexo II:

- a** Las sustancias etiquetadas R 40, R 45, R 46 y R 47 por la Directiva

67/548/CEE³, en la medida en que no figuren todavía en el anexo II;

- b** Los agentes químicos que figuran en el anexo I de la Directiva 90/394/CEE⁴;
- c** Mercurio y derivados;
- d** Medicamentos antimitóticos;
- e** Monóxido de carbono;
- f** Agentes químicos peligrosos de penetración cutánea formal

B. PROCEDIMIENTOS

- Procedimientos industriales que figuran en el anexo I de la Directiva 90/394/CEE.

C. CONDICIONES DE TRABAJO

- Trabajos de minería subterráneos.

Lista no exhaustiva de los agentes y condiciones de trabajo (mencionada en el artículo 6)

A. TRABAJADORAS EMBARAZADAS A QUE SE REFIERE LA LETRA A) DEL ARTÍCULO 2

1

Agentes.

a

Agentes físicos.

- Trabajos en atmósferas de sobre-presión elevada, por ejemplo en locales a presión, submarinismo.

b

Agentes biológicos.

- Toxoplasma.
- Virus de la rubéola,

salvo si existen pruebas de que la trabajadora embarazada está suficientemente protegida contra estos agentes por su estado de inmunización.

c

Agentes químicos.

- Plomo y derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano.

2

Condiciones de trabajo.

- Trabajos de minería subterráneos.

B. TRABAJADORA EN PERÍODO DE LACTANCIA A QUE SE REFIERE LA LETRA C) DEL ARTÍCULO 2

1

Agentes.

a

Agentes químicos.

- Plomo y sus derivados, en la medida en que estos antes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano.

2

Condiciones de trabajo.

- Trabajos de minería subterráneos.

1

Véase la Directiva 80/836/Euratom (DO n.º L246 de 17.9.1980, p.1.)

2

DO n.º L 374 de 31.12.1990, p.1.

3

DO n.º L 196 de 16.8.1967, p.1; Directiva modificada en último lugar por la Directiva 90/517/CEE (DO n.º L 287 de 19.10.1990, p.37.).

4

DO n.º L 196 de 26.7.1990, p.1.



Los derechos de conciliación en la Ley 39/99: Interrupción o reducción de la actividad laboral para atender responsabilidades familiares

TERESA PÉREZ DEL RÍO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social. Universidad de Cádiz



1. LOS OBJETIVOS DE UNA LEY DE CONCILIACIÓN DE RESPONSABILIDADES FAMILIARES Y PROFESIONALES Y LA LEY 39/99

Es evidente que la posición de la mujer en el mercado de trabajo ha variado mucho en la última década y ello puede ser demostrado estadísticamente. Esta afirmación es sin embargo compatible con el hecho, asimismo demostrable estadísticamente, de que la situación dista mucho de ser igualitaria: persiste en el mercado de trabajo una situación de discriminación grave de la mujer, que determina una situación social asimismo discriminatoria¹. La diferencia más notable respecto de hace una década es que actualmente este hecho se percibe por los poderes sociales –o al menos así se manifiesta formalmente– como un problema –más o menos– importante, al que hay que enfrentarse, estableciendo para su eliminación políticas sociales públicas. Uno de los instrumentos de lucha contra la discriminación –no el único ni siquiera el más importante– es el Derecho, y específicamente, en el ámbito del mercado de trabajo, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Resulta evidente que respecto del tema de la discriminación por razón de sexo, en el ordenamiento jurídico laboral español se ha producido una evolución importante a lo largo de la última década y que este cambio ha sido influido notablemente por nuestro ingreso en la Unión Europea, ámbito en el que desde 1957 pero sobre todo desde la década de los 70 más concretamente, a partir de 1975 han sido adoptadas un conjunto de normas en materia de igualdad de trato y prohibición de discriminación por razón de sexo que debían ser traspuestas a nuestro ordenamiento jurídico.

Una de las causas que más ha contribuido a configurar una situación discriminatoria de la mujer en el mercado de trabajo es el reparto de los “roles sociales”. Al hombre le ha sido asignada tradicionalmente la función de producción mientras que a la mujer se

le ha obligado a asumir la función de reproducción. Ello significa que el mundo del trabajo productivo se ha considerado un mundo “extraño” para las mujeres y se ha conducido a que la elaboración de las normas laborales se haya realizado tomando en consideración un modelo de trabajador masculino, carente de problemas relacionados con la maternidad y con las responsabilidades familiares; por tanto, dedicado con exclusividad a “su” trabajo. Por el contrario, la asignación del rol reproductivo en exclusiva a las mujeres, ha creado en quien emplea un prejuicio de que la mano de obra femenina es más cara y menos productiva precisamente debido a la necesidad que las mujeres tienen de compatibilizar su trabajo y las responsabilidades familiares asignadas.

Si en realidad se asume como objetivo del ordenamiento jurídico la consecución de la igualdad de oportunidades y la eliminación de la discriminación por razón de sexo en el empleo y el trabajo, se debe tener en cuenta que el camino para conseguirlo no es precisamente facilitar a las mujeres la compatibilización de responsabilidades familiares y profesionales porque ello en definitiva produciría indudables efectos “boomerang”. La única vía con efectividad real es la ruptura con la asignación de roles; al igual que las mujeres se han integrado en el mundo de la producción, los hombres deben asumir sus responsabilidades familiares y para ello se hace absolutamente necesaria la adopción de medidas legales que tengan como objetivo impulsar el reparto de las mismas.

En el ámbito comunitario, la prohibición de discriminación por razón de sexo en el empleo, constituye, según la doctrina del TJCEE, un derecho fundamental que debe ser garantizado en todos los estados Miembros². Todos los organismos comunitarios (Comisión, Parlamento, Consejo e incluso Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) han puesto de manifiesto que la vía más eficiente de garantizar este derecho es impulsar el reparto de las responsabilidades familiares.

1

Los datos más relevantes que a grandes rasgos demuestran esta afirmación serían los siguientes: una tasa de actividad del 38% (la más alta de la historia de España), que en parte ha repercutido en un incremento del nivel de empleo (29,4%) pero también en una tasa de desempleo muy superior a la masculina (22,9% frente al 10,9%), junto con un índice de atipicidad superior, en concreto de temporalidad masculina y un índice muy superior de trabajo a tiempo parcial que se estima en el 75% (“Panorama sociolaboral de la mujer en España”, n.º 6, octubre 1996); finalmente los mismos informes ponen de manifiesto la existencia de una diferencial salarial de la mujer de 76,5%. CES: “Panorama sociolaboral de la mujer en España”, n.º 18, octubre 1999.

2

VV.AA. (Coord. Cruz Villalón): “La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral”, Aranzadi, Madrid, 1997. Desde el punto de vista normativo, vid. art. 141 CE (Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), especialmente párrafo 4.º.



Todos los programas comunitarios de acción para la igualdad de oportunidades han venido asumiendo como objetivo “Favorecer e impulsar la conciliación de trabajo y vida familiar de hombres y mujeres”. El último de éstos, el cuarto programa, vigente hasta el año 2000⁸ recoge asimismo este objetivo (Punto nº 3).

Ha sido adoptada la Recomendación 92/241/CEE del Consejo sobre el cuidado de niños y niñas; la Directiva 92/85 sobre protección de la maternidad, cuyos objetivos son varios, entre ellos, primordial, la protección de las trabajadoras frente a la discriminación por esta causa y, finalmente, después de varios intentos fallidos, la Directiva 96/34/CEE que incorpora el acuerdo marco sobre permiso parental y por razones familiares, celebrado entre la UNICEF y la CES, en el que se reconocen derechos individuales a los trabajadores para facilitar la conciliación de responsabilidades familiares y profesionales, sobre el principio de “no trasferibilidad” de los mismos.

De lo expuesto hasta el momento se puede deducir que una Ley de conciliación debería enmarcarse en una política antidiscriminatoria de carácter global, y los objetivos a perseguir deberían ser: de un lado, y primordialmente, la eliminación de la causa real de la situación de discriminación que se pretende erradicar, es decir, debería impulsar e incentivar el reparto por igual entre hombres y mujeres de las responsabilidades familiares; de otro, debería permitir la adecuación del ordenamiento jurídico a las exigencias comunitarias en la materia, mediante una transposición completa de las Directivas adoptadas en este ámbito (como señalamos, la D/92/85/CEE sobre protección de la maternidad y la D/96/34/CEE sobre permisos y licencias parentales). Al tiempo, se deberían también adoptar medidas complementarias mediante las cuales los poderes públicos asumieran parte de los costes sociales que dichas responsabilidades significan, es decir, la ley debería acompañarse de una inversión

suficiente en medios y servicios públicos de cuidado.

Según se puede deducir de su Exposición de Motivos, la Ley 39/99 asume como objetivos la transposición completa a la legislación española de la normativa comunitaria (D/92/85/CEE y 96/34/CEE); y se añade: “superando los niveles mínimos de protección previstos en ella”.

Como veremos, ese objetivo no se consigue. Se puede constatar que aún quedan temas relativamente importantes en que la transposición de dichas normas no ha sido completa y, por tanto, respecto de los cuales permanece la situación de incumplimiento que había caracterizado el ordenamiento español hasta la adopción de la Ley.

En segundo lugar, la Ley no se propone impulsar el reparto de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres; expresamente reconoce que tiene por objetivo “facilitar que los hombres puedan ser coparticipes del cuidado de los hijos” y, aunque la exposición de motivos no lo dice, de los restantes miembros de la familia necesitados de dichos cuidados, sobre todo mayores, enfermos y minusválidos. Es decir, la ley facilita un más equitativo reparto de los roles sociales en materia de responsabilidades familiares, pero no lo impulsa ni lo incentiva.

Ello no significa en absoluto garantizar la igualdad de oportunidades en el empleo porque la Ley puede ocasionar indeseables efectos “boomerang” en este aspecto; si, como se ha señalado, la no contratación de mujeres por quienes emplean, viene justificada por éstos en los mayores costes tanto económicos como organizativos que supone el reconocimiento por la normativa hasta el momento vigente de derechos de protección específicos. Tales efectos “boomerang” habrían sido evitados si el incremento de los derechos relacionados con la conciliación se hubiera reconocido a los hombres sin



“trasferibilidad” como sugiere la D/96/34/CEE.

Un reciente informe realizado para la Comisión Europea por la Red de Expertos de la UE y dirigido por Francesca Bettio y Sacha Prechal denominado “Cuidado en Europa” (**Care in Europe**), pone de manifiesto que España constituye uno de los países europeos donde se mantiene un mayor porcentaje de atención informal de las personas dependientes en el seno de la familia; es el país donde menos servicios sociales existen para la atención institucional y/o domiciliaria de esas personas y cuyo sistema de protección social es menos sensible a la protección de la familia. Este hecho ha sido reconocido de forma expresa por el Consejo Económico y Social que señala que la política familiar en España se caracteriza especialmente por su inexistencia. Este hecho produce efectos indudables sobre el índice de natalidad español, que como se ha puesto reiteradamente de manifiesto, es el más bajo del mundo y, de forma notable, sobre la situación de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo.



2. MEDIDAS ADOPTADAS EN MATERIA DE INTERRUCCIÓN O REDUCCIÓN DE LA ACTIVIDAD LABORAL PARA ATENDER RESPONSABILIDADES FAMILIARES

La regulación vigente hasta la actualidad en esta materia, vienen caracterizada por importantes disfunciones que han complicado su aplicación de manera extraordinaria. La causa de las mismas es sin duda el hecho de que, todo lo referente a derechos de conciliación, en sus orígenes y de forma coherente con la distribución de roles sociales, se asigna a aquel de los padres a quien se atribuyen las responsabilidades familiares, es decir, a la madre. Como señala Lousada Arochena⁴, si la mujer trabajaba en la casa, los hombres no necesitaban derechos de conciliación, y en el supuesto excepcional del trabajo femenino extradoméstico, la normativa no pretendía otorgar a los hombres derechos para conciliar con su trabajo (rol asignado) unas responsabilidades que no le correspondían, sino facilitar a la mujer la posibilidad de ejercer las responsabilidades que “por naturaleza” le correspondían.

Cuando comienza a apreciarse la ruptura del tradicional modelo de asignación de roles, nuestro ordenamiento jurídico, con retraso respecto de los restantes europeos, empieza de forma tímida a reconocer a los padres ciertos derechos de conciliación. Sin modificar la perspectiva de origen de la norma; es decir, sin cambiar su titularidad originaria asignada a la madre, comienza a permitir que los padres disfruten de derechos (una parte de la suspensión por maternidad, el permiso de lactancia).

Esta técnica normativa no se adecua a la política y la normativa comunitaria en la materia, que establece una figura única (denominada “permisos parentales”), de titularidad indistinta con varias modalidades de ejercicio. Por el contrario, el ordenamiento español prevé diversas instituciones y derechos con objetivos similares, pero asignando muchas veces a las mujeres su titu-

laridad directa y permitiendo su cesión parcial y, en todo caso, trasluciendo la conciencia de que, aunque la titularidad sea compartida, serán las mujeres las que la ejerciten.

Esta perspectiva y esta técnica normativa, plantea importantes disfuncionalidades que sólo en parte han sido solucionadas por la Ley 39/99, ya que el objetivo de la norma no significa un cambio respecto de la tendencia anterior, no tiene por finalidad incentivar y promocionar el reparto de responsabilidades familiares, sino tan solo permitirlo, si bien en un nivel de intensidad superior al anteriormente reconocido.

Las modificaciones introducidas ponen de manifiesto la escasa importancia que tradicionalmente se ha otorgado a esta materia por la normativa española, que como señala Ballester Pastor⁵, contrasta con la enorme potencialidad de una buena regulación respecto de la conciliación de responsabilidades familiares y profesionales; además, a la crítica en óptica de suficiencia desde el objetivo de la norma, ha de añadirse la realizabilidad desde el punto de vista del cumplimiento de las obligaciones comunitarias al respecto.

1

Permisos y licencias retribuidos (Art. 37.3 ET).

Por lo que se refiere a los permisos y licencias reconocidos en el Art. 37.3 la reforma incrementa el número de las causas que originan el derecho a licencia remunerada, en el sentido de establecer que “la enfermedad grave u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad” dará derecho a disfrutar de dos días de permiso; cuando el trabajador/a por ese motivo necesite realizar un desplazamiento, el periodo será de cuatro días.

La ampliación causal tiene cierta razón de ser, ya que así se evita una práctica, no infrecuente en los convenios colectivos, que reconocían derecho al permiso remunerado sólo en caso de hospitalización, entendiéndose que sólo en este caso se puede entender la enfermedad de suficiente gravedad⁶.

³ Aprobado por Decisión de Consejo de Trabajo y Asuntos Sociales el 22.12.1995. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Serie Documentos nº 20, 1996.

⁴ “Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidas por la Ley 39/99 de 5 de noviembre” (en publicación), págs. 2 y ss.

⁵ Op. cit. págs. 62 y ss.

⁶ Ballester Pastor-Pons, Carmen: “Maternidad y responsabilidades familiares”, en VV.AA. (Coord. Pérez del Río): “La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva”, Instituto de la Mujer, Madrid, 1997, pág. 205.



La reforma aporta además una objetivación del derecho mismo al reconocerse su disfrute por el mero hecho de la hospitalización y, por tanto, sin tener en ese caso que justificar la gravedad de la alteración de la salud.

De todas formas, lo limitado de la reforma se manifiesta en la ausencia de reconocimiento del derecho a la ausencia, retribuida o no, cuando la enfermedad no sea grave pero afecte a familiares con dificultades de valerse por sí mismos (niños, niñas, personas ancianas o minusválidas). Esto supone un incumplimiento cierto de lo establecido al respecto por la D/96/34/CEE en la que se habla de la necesidad de reconocer permisos “por enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia del trabajador” (Cláusula 3.1 del Acuerdo). La ausencia de previsión legal a este respecto, puede suponer para la trabajadora la pérdida de derechos laborales (como pluses de asiduidad o asistencia) e incluso del propio trabajo por la vía del despido objetivo (Art. 52.d, ET).

La solución de este problema, además, no parece encontrarse vía negociación colectiva, ya que son raros los convenios que hacen alguna referencia a esta materia y, por el contrario, son frecuentes los que la realizan de forma insuficientemente adecuada.

2

Reducción por lactancia (Art. 37.4).

Respecto a la modificación introducida en el Art. 37.4 referente al permiso de lactancia, cabría en primer lugar preguntarse sí, dado los cambios producidos tanto en lo referente a jornada y horarios como en las infraestructuras de habitación de las personas trabajadoras, la institución cumple con los objetivos que perseguía en el momento de su creación.

La lactancia, tal como se encuentra regulada, no sirve al objetivo que su denominación plantea. En primer lugar, no sirve para facilitar la alimentación de los hijos e hijas menores, por tanto, actualmente, no debería

denominarse así; su significado actual es el de una mera reducción horaria que, además, dada la rigidez de su distribución y duración diaria, no permite su utilización como instrumento de conciliación de obligaciones familiares y profesionales.

En segundo lugar, su regulación imprecisa ha planteado problemas que, como veremos, no han sido solucionados en su totalidad por la reforma introducida mediante la Ley 39/99.

Por todo ello, parece muy aceptable la propuesta sindical de sustituir este derecho por otro más eficaz desde la óptica de la conciliación, con posibilidades de servir de instrumento de incentivación del reparto de las responsabilidades familiares y que responda mejor a las exigencias de la Directiva 96/34/CEE: el reconocimiento de un crédito de horas, de cuantía igual a la que supone el derecho a disminuir la jornada en media hora diaria durante el periodo que transcurre desde la incorporación tras la suspensión por maternidad y hasta que el niño tuviera la edad de nueve meses, de titularidad reconocida en partes iguales a padres y madres y sin posibilidad de transferencias de uno al otro.

Como señalaba más arriba, la reforma introducida por la Ley 39/99 en tema de lactancia, tiene por objetivo aclarar la regulación de la determinación del momento de disfrute del derecho en los términos en que había sido interpretado por los tribunales; en concreto, se añade un nuevo párrafo 6 en el que se señala que la concreción horaria del momento de disfrute del permiso de lactancia –como el de guarda legal–, corresponde al trabajador/a, quien deberá preavisar con una antelación mínima de quince días.

Esta afirmación, sin embargo, se contradice con lo señalado respecto de las garantías procesales del derecho; en primer lugar no se trata de un derecho absoluto, ya que se reconoce la posibilidad de que la empresa no se conforme a la decisión adoptada por la trabajadora, caso en que las discrepancias serán resueltas por la jurisdic-

ción competente a través de un procedimiento especial, preferente y sumario, que finaliza en sentencia firme sin posibilidad de recurso, cuya regulación constituye otra reforma (introducidas esta vez en el Art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral). Sorprendentemente, según este precepto, el legitimado para comenzar el procedimiento no es quien emplea que se ve perjudicado por la decisión de la trabajadora, sino la trabajadora a la que se reconoce el supuesto derecho de concretar la banda horaria en la que desea ejercer su derecho. No se faculta al trabajador/a para el ejercicio del derecho contra la voluntad del empleador/a hasta que el conflicto se solucione y además, no se concretan las posibles razones que justifiquen una oposición empresarial a la decisión de la trabajadora, carencia que, como es sabido, ha originado un importante nivel de conflictividad⁷.

Para cubrir esta última laguna debería acudir a la Cláusula 2.3.e) y f) del Acuerdo marco sobre permiso parental D/96/34 que señala que “los Estados miembros y/o los interlocutores sociales podrán... definir las circunstancias en las que el empresario... estará autorizado para posponer la concesión del permiso parental por motivos justificables, relacionados con el funcionamiento de la empresa, por ejemplo, si el trabajo es de tipo estacional, si no se puede encontrar un sustituto durante el periodo de preaviso, si una proporción significativa de la mano de obra solicita al tiempo un permiso parental, si una función determinada es de importancia estratégica”, realizándose una especial mención a las “necesidades de funcionamiento y organización de las pequeñas empresas”.

Otra de las carencias que se apreciaban en la regulación anterior que no han sido resueltas por la Ley 39/99 tiene relación con lo señalado anteriormente respecto de la titularidad del derecho de lactancia. El Art. 37.4 admite la posibilidad de transferencia del derecho al padre, pero sigue estableciendo la titularidad directa de la madre, lo cual significa que, en au-



sencia de esta (por ejemplo por muerte en el parto) o si la madre no trabaja, el padre no puede disfrutar del derecho.

De otro lado, resulta paradójico que cuando el derecho se transfiere al padre, se exija que madre y padre trabajen, pero no se exige el requisito cuando el derecho se ejercita por la madre.

En definitiva, la reforma introducida por la Ley 39/99, no soluciona todos los problemas que planteaba la regulación previa del permiso de lactancia y, además, por las diversas razones expuestas, puede entenderse que existe discordancia evidente entre esta y lo dispuesto en la D/96/34/CEE, que exige la igualdad en la asignación y en el disfrute de todo tipo de permisos parentales.

3

Reducción por guarda legal y para cuidado de familiares (art. 37.5).

Resulta de mayor trascendencia la modificación introducida en el Art. 37.5 ET referente a la reducción por guarda legal.

En primer lugar, se amplía el derecho anteriormente reconocido sólo para el cuidado de niños y niñas menores de seis años y personas disminuidas físicas o psíquicas “que no desempeñen una actividad retribuida”, a los supuestos de cuidado directo de familiares (en la línea de la modificación introducida en materia de excedencia que analizaremos más tarde).

El precepto gana así en seguridad jurídica ya que la referencia realizada por el precepto, en su anterior redacción, a “otra” actividad retribuida, hizo pensar que el requisito de no desempeñar dicha actividad se predicaba de quien trabaja, no de la persona menor o disminuida necesitada de cuidado; la aclaración era por tanto necesaria ya que, entendida en aquella forma, y sin razón alguna, se privaba del derecho a las personas pluriempleadas.

Sin embargo, la Ley 39/99 no extiende este derecho al funcionariado, se supone que en el entendimiento de que no es necesario, ya que para este existía la posibilidad de reducción de jornada para cuidado de personas ancianas

desde que se modificó el Art. 30.f de la Ley 30/84 por medio del Art. 50 de la Ley 66/97. Sin embargo, es evidente que el término “familiares” tiene un mayor alcance, ya que el familiar enfermo que precise cuidados, no tiene en todo caso que ser anciano, lo que significa que el derecho se reconoce actualmente con mayor amplitud a los trabajadores y trabajadoras que a los funcionarios y funcionarias, sin razón alguna que lo justifique.

Otra de las innovaciones introducidas por la reforma, que comparte con la realizada en tema de lactancia, es el reconocimiento a quien trabaja del derecho a elegir el momento más adecuado a sus necesidades para disfrutar de la reducción, por lo que la crítica realizada en esa sede se hace aquí perfectamente aplicable.

Establece también la posibilidad de disfrute simultáneo o alternativo de este derecho por parte de varias personas beneficiarias con respecto al mismo sujeto causante, con la única limitación de la posibilidad de restricción empresarial cuando dichas personas beneficiarias trabajen en la misma empresa y resulte necesario por razones organizativas justificativas.

Sin embargo las carencias e insuficiencias son todavía notables. No se produce una necesaria flexibilización de la excesiva rigidez de los parámetros temporales de la reducción establecidos en la norma (entre la mitad y un tercio de “la jornada”, se debe entender de la jornada del trabajador o trabajadora no de la ordinaria o habitual en la empresa por analogía con lo establecido en tema de lactancia).

No se realiza referencia alguna al derecho de los trabajadores y trabajadoras a retornar a su jornada habitual cuando lo estimen conveniente.

De otra parte, no se incluye una referencia explícita a las situaciones de hecho, extremo que proponían los sindicatos. De todos modos, a este respecto, la ausencia de referencia al cónyuge entre los familiares que generan derecho a la reducción se podría entender, como proponen Ballester Pastor⁸ y Lousada Arochena⁹, como expresión de la

7 Al respecto y por todos Escudero Rodríguez, “La aplicación de la D/92/85/CEE en España”, en VV.AA. (coord. Cruz Villalón): “La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral”, Aranzadi, Madrid, 1997, pág. 287.

8 “La Ley 39/99...”, cit. Pág. 59.

9 Op. Cit., pág. 10.



voluntad normativa de integrar en un concepto amplio de familiares a los sujetos generadores del derecho, integrado en primer lugar por quienes componen el núcleo familiar básico, sea este de hecho o de derecho, y, en segundo lugar, por los familiares consanguíneos y los afines.

Un olvido importante de la norma es la regulación de los efectos de la reducción de jornada sobre la protección social. La reducción de jornada para cuidado de familiares no se ha equiparado expresamente con la reducción de jornada por guarda legal, a efectos de la posibilidad de suscribir un convenio especial.

En definitiva, la modificación introducida por la Ley 39/99 en materia de permisos retribuidos, establece una regulación que parece adaptarse solo parcialmente a las exigencias comunitarias, y que sigue siendo manifiestamente mejorable, tanto desde el punto de vista técnico jurídico, como también para perseguir el objetivo de facilitar la conciliación de responsabilidades familiares y profesionales y el reparto de las responsabilidades familiares.

4

Excedencia para cuidado de familiares (Art. 46.3).

Por lo que se refiere a la excedencia, la modificación legal implica la introducción de una nueva causa de excedencia forzosa: la causalizada por las necesidades de cuidado de familiares hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad, no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen una actividad retribuida.

El derecho expresamente se reconoce de forma “individual a los trabajadores, hombres o mujeres”, y su disfrute simultáneo se encuentra limitado por las mismas razones organizativas, a justificar por quien emplea, cuando el mismo sujeto causante generase el derecho para dos personas trabajadoras de la misma empresa, caso en el cual ambas deben ponerse de acuerdo para ejercitarlo.

La asignación individual del derecho posibilita también su disfrute sucesivo, lo que permite que se aplique el tratamiento privilegiado de la excedencia forzosa, primero a un miembro de la pareja, y luego al otro, como ocurre tras la reforma también con la excedencia para cuidado de hijos e hijas, ya que la norma establece que dicho tratamiento privilegiado se producirá “durante el primer año”, se entiende que se disfrute del derecho por parte de cada una de las personas trabajadoras a las que el derecho se atribuye.

La modificación introducida en el Art. 37.5 respecto de la reducción de la jornada y la realizada en el Art. 46.3 respecto de la excedencia para cuidado de familiares son idénticas, de tal manera que el mismo supuesto de hecho, genera una opción para quien trabaja: bien la reducción de jornada, o bien la excedencia; la diferencia está en que la primera es retribuida –parcialmente– y la segunda no.

La legislación se ha ocupado de limitar la acumulación de sucesivas excedencias, sea para cuidado de hijos e hijas o lo sea para cuidado de familiares, señalando al respecto que: “cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo periodo de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando”.

La duración del periodo de excedencia familiar es de un año con los efectos de excedencia forzosa en lo referente a reserva de puesto de trabajo, pero también respecto a la antigüedad y a la formación profesional reconocidos en el párrafo 5 del precepto, que resulta aplicable a todos los supuestos de excedencia regulados en el Art. 46.3.

El precepto modificado hace referencia explícita a la posibilidad de existencia de ampliaciones vía negociación colectiva. Resulta sorprendente que sea este el único caso en el que se realice esta referencia explícita ya que, evidentemente, por esa vía, todos los derechos reconocidos son mejorables en cuanto a sus efectos laborales, no así respecto de los que

se refieren a la Seguridad Social, que, por cierto, constituye una de las carencias más notables de la reforma que estamos analizando.

La reforma, sorprendentemente, se olvida de ampliar a este supuesto el periodo de disfrute del derecho reconocido como de cotización efectiva, como hace en el caso de la excedencia para cuidado de hijos e hijas¹⁰, para que este periodo no suponga una ruptura de la carrera de seguro del trabajador/a.

Respecto de la excedencia para el cuidado de hijos e hijas, se extiende el hecho causante del derecho a los supuestos de acogimiento tanto permanente como de adopción; por tanto, no al acogimiento simple. También se modifica el **dies a quo** del cómputo del periodo de tres años en este caso, que será desde la resolución judicial o administrativa. La norma deberá ser interpretada, en consonancia, conforme a lo establecido en el Art. 48.4.3^a respecto de la suspensión por maternidad/paternidad, en el sentido de que es la elección de la persona trabajadora la que determina cual de esas dos fechas será contabilizada como de comienzo de la excedencia.

Quedan sin solucionar, por tanto, una serie de problemas interpretativos.

En definitiva, la reforma introducida en materia de excedencia familiar debe contemplarse positivamente, como una medida de compatibilización necesaria, pero parcial y necesitada de una reforma de mayor alcance para colmar las lagunas apreciadas y aclarar conceptos indeterminados.

En mi opinión, se habría mejorado notablemente la regulación si hubieran aceptado las propuestas sindicales que a este respecto solicitaban que se ampliase la duración del periodo de excedencia para cuidado de familiares hasta tres años como en el caso del cuidado de hijos e hijas, y la consideración como de cotización efectiva de todo el periodo de duración de la excedencia.



EL CONTENIDO DE LA REFORMA EN MATERIA DE SUSPENSIÓN POR MATERNIDAD RESULTA INSUFICIENTE POR DIVERSOS MOTIVOS, PERO, PRINCIPALMENTE, PORQUE MANTIENE LA PERSPECTIVA DE LA NORMATIVA ANTERIOR PORQUE ATRIBUYE LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE SUSPENSIÓN A LA MADRE, AUNQUE SE INCREMENTEN LAS POSIBILIDADES DE SU DISFRUTE PARCIAL POR EL PADRE.

5

Suspensión por maternidad (Art. 48.4 ET).

La doctrina laboralista ha puesto reiteradamente de manifiesto las numerosas incoherencias, e incluso la dudosa constitucionalidad, de algunas de las previsiones establecidas en la normativa anteriormente vigente en esta materia¹¹. La norma comunitaria de referencia para determinar la corrección de la regulación española es la D/92/85/CEE.

El contenido de la reforma en materia de suspensión por maternidad resulta insuficiente por diversos motivos, pero, principalmente, porque mantiene la perspectiva de la normativa anterior porque atribuye la titularidad del derecho de suspensión a la madre, aunque se incrementen las posibilidades de su disfrute parcial por el padre.

En resumen, las modificaciones introducidas son:

1

Establecimiento del derecho del padre a disfrutar el total de semanas restantes de suspensión en caso de fallecimiento de la madre.

2

Flexibilización de la forma de disfrute del derecho a suspensión.

3

Ampliación del periodo de descanso en caso de parto múltiple.

4

Ampliación y adecuación del periodo de suspensión en caso de acogimiento preadoptivo y de adopción, con especial referencia a los supuestos de adopción internacional.

En caso de fallecimiento de la madre, se reconoce el derecho del padre a disfrutar de todo el periodo de suspensión restante y no solo, como señalaba la regulación anterior, del periodo restante de las seis semanas obligatorias tras el parto, regulación que resultaba incomprensible ya que si, como es evidente, el objetivo del periodo de suspensión, a partir de la sexta y hasta la decimosexta semana, era el cuidado

del hijo o hija, dicha finalidad se frustra con esa regulación.

De todas formas, la regulación continúa siendo incompleta, ya que se echa en falta el tratamiento de situaciones más frecuentes que el fallecimiento de la madre, como el fallecimiento del hijo o hija en el parto o inmediatamente después. Aunque la mortalidad infantil haya disminuido de forma notable, se mantiene en tasas superiores a las de fallecimiento de la madre, a consecuencia del incremento de partos prematuros y de embarazos múltiples provocados por las técnicas de reproducción asistida. Comparto la opinión expresada por Ballester Pastor¹², de que en ese caso sería necesaria que la norma garantizara el derecho al disfrute de, al menos, las seis semanas obligatorias post parto.

En segundo lugar, la norma permite una mayor flexibilidad en el disfrute del periodo de suspensión, del que, no se olvide, sigue siendo exclusiva titular la madre. Se permite que diez de las semanas sean distribuidas entre la madre y el padre con total flexibilidad, es decir que se compartan mediante un disfrute simultáneo o sucesivo, a tiempo completo o a tiempo parcial; pero siempre por decisión de la madre, así como que la madre transfiera las diez semanas en su totalidad al padre—como es sabido, anteriormente la posibilidad se reducía a cuatro—.

El alcance real de la reforma no parece que vaya a ser espectacular. Facilitar el disfrute por el padre no es igual a incentivar o promover el reparto de responsabilidades del cuidado de los hijos e hijas, y no parece previsible que esta flexibilización produzca per se un incremento de los supuestos en que el padre solicite total o parcialmente el disfrute del permiso.

Se trata más bien de corregir efectos indeseables de la normativa anterior, que, sin embargo, puede producir importantes problemas aplicativos e insuficiencias normativas.

En primer lugar, sigue vigente la exigencia de que la opción de la madre a favor de que el padre disfrute de un

10

A efectos de todas las prestaciones (Art. 16 del RD 356/1991) incluidas las de desempleo. Ver al respecto Lousada Arochena, “Permiso parental y Seguridad Social”, *REDT (Civitas)*, nº 83 (1997), págs. 388 y ss. Cuya opinión comparto.

11

Por todos GORELLI HERNÁNDEZ: “La protección por maternidad”, Tirant Monografías, Valencia, 1977, págs. 32 a 99 y Escudero Rodríguez, op. cit., págs. 257 y ss.

12

“La Ley 39/99...”, cit., pág. 38.



periodo determinado de suspensión, se realice al iniciarse el periodo de descanso, y su efectividad sigue condicionada al hecho de que la incorporación de la madre al trabajo, no suponga un riesgo para su salud. La rigidez del primero de estos requisitos no parece justificada, sobre todo cuando la efectividad de la opción viene determinada por el segundo, desconocido a **priori**. La del segundo, tampoco tiene mucha explicación: si entendemos que el objetivo de las últimas diez semanas del periodo de suspensión es proveer el cuidado del hijo o hija, y ese objetivo no puede cumplirlo una madre enferma, parece más razonable que, en sentido contrario al de la solución normativa, en caso de enfermedad de la madre, sea el padre quien pase a situación de suspensión por paternidad y la madre a la de incapacidad temporal por enfermedad.

La posibilidad de disfrute simultáneo del derecho de suspensión por el mismo sujeto causante, no soluciona totalmente el grave problema que se plantea cuando el estado de salud de la madre le impide hacerse cargo del cuidado del hijo o hija¹⁵.

La posibilidad del disfrute de la suspensión a tiempo parcial, tiene sin duda un carácter positivo, tanto desde la óptica de la profesionalidad de la madre, como del reparto de responsabilidades familiares; pero se condiciona al acuerdo con la empresa, lo que no sucede –al menos formalmente– con otros derechos de conciliación reconocidos en la Ley.

La reforma plantea problemas de regulación de sus efectos en materia de Seguridad Social que deben ser abordados reglamentariamente; sin embargo, ha sido presentado el proyecto de Real Decreto 39/99 y en él, sorprendentemente, no se realiza referencia alguna a los efectos sociales del disfrute del periodo de suspensión a tiempo parcial.

Resulta además llamativo que el derecho a disfrutar el periodo de suspensión a tiempo parcial no se amplíe a los funcionarios y funcionarias; el Art. 20

de la Ley 39/99 que modifica el Art. 30.3 de la Ley 30/1984, que en lo demás reproduce el contenido de la modificación introducida en el Art. 48.4, ET, omite el párrafo en que este derecho se reconoce. No se puede ignorar que el funcional, constituye un sector de empleo altamente feminizado.

Un problema que no ha sido contemplado siquiera es el conflictivo tema de la coincidencia del periodo de suspensión y las vacaciones que, como es sabido, ha dado lugar a jurisprudencia contradictoria y que debería haber sido solucionado de acuerdo con lo establecido en el Art. 6.2 del Convenio nº 132 OIT como aboga la mejor doctrina¹⁶.

En relación con el parto, la adopción o el acogimiento múltiple, el incremento de dos semanas del periodo de descanso por cada hijo o hija a partir del segundo –este incluido– debe valorarse positivamente. No obstante, se ha perdido la oportunidad de introducir una medida incentivadora del reparto de responsabilidades familiares, que hubiera podido consistir en asignar la titularidad de las semanas complementarias al padre, sin posibilidad de transferencia a la madre.

Aunque en un primer momento la regulación planteaba problemas respecto del subsidio por parto múltiple regulado en el RD 3158/1966, el tema ha sido clarificado por el Art. 3 del RDL 1/2000¹⁷.

En materia de filiación no biológica se realiza una reforma en profundidad que merece una valoración positiva. Se establece una duración del periodo de suspensión única, es decir sin diferenciaciones en función de la edad de la o del menor adoptado, siempre que sea inferior a seis años¹⁸ y unificada respecto de la establecida para la filiación biológica –16 semanas–.

Además se posibilita el acceso a la suspensión en el caso de mayores de esa edad “cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o que por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades



des de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes”.

De otra parte, se permite la anticipación del comienzo del disfrute del periodo de suspensión en cuatro semanas cuando la adopción sea internacional y requiera del desplazamiento previo del padre y de la madre al país de origen del adoptado, equiparándose al tiempo a las españolas el valor de las resoluciones extranjeras en materia de adopción y acogimiento a efectos de la aplicación de lo establecido en la Ley Disposición Adicional 5ª).

La aproximación de la regulación en materia de filiación biológica y adoptiva era exigible pero no es completa ya que respecto de la segunda, se reconoce la posibilidad de que la forma de disfrute del derecho se establezca de común acuerdo por los interesados, padre y madre adoptivos, y podrá ser simultánea o sucesiva siempre en periodos ininterrumpidos, pero no se hace referencia a que pueda ser disfrutada a tiempo completo o a tiempo parcial.

Finalmente, se hace necesario señalar que no se han intentado siquiera mitigar los efectos que produce la excesiva atipicidad del trabajo femenino respecto de la protección social por maternidad. Es un dato comprobable que la protección de la maternidad, no funciona de manera efectiva para un buen número de mujeres por la dificultad de acumular los periodos de carencia necesarios para tener derecho a la prestación.



3. GARANTÍA DE INDEMNIDAD FRENTE A LAS REPRESALIAS DISCRIMINATORIAS POR UTILIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

Respecto a la garantía de indemnidad de las personas trabajadoras que ejerciten los derechos de conciliación reconocidos en la Ley, ha de tenerse en consideración lo señalado en la Cláusula 2.4 del Acuerdo Marco sobre permiso parental D/96/34/CEE que señala: “Con el fin de garantizar que los trabajadores puedan ejercer su derecho a permiso parental, los Estados miembros y/o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido por haber presentado la solicitud o disfrutar de un permiso parental, conforme a la legislación, los convenios colectivos y los usos nacionales”.

Dicha garantía, para el ordenamiento español, se contiene en la modificación introducida por la Ley 39/99 en los preceptos estatutarios referentes al despido objetivo (Art. 53.4.b) y al disciplinario (Art. 55.5.b)¹³.

Sin embargo, tres carencias se aprecian claramente en su redacción. En primer lugar no se garantiza frente a las represalias adoptadas por quien emplea en caso de ejercicio injustificado de los derechos (como ocurre por ejemplo en el supuesto contemplado por el Art. 21.4 de la LPRL) de tal manera que ante una negativa empresarial, el trabajador

y la trabajadora deben obedecer y después reclamar judicialmente.

En segundo lugar, no protege frente a cualquier represalia posible, que no tiene que ser necesaria y exclusivamente el despido objetivo o el disciplinario, sino que puede adoptar la forma de una decisión de movilidad funcional o geográfica o una modificación de condiciones de trabajo. En este caso, la protección debería solicitarse a través del procedimiento de tutela antidiscriminatoria con los problemas de demostración de indicios que supone a efectos de inversión de la carga de la prueba.

En tercer lugar, la especial protección que ofrece la modificación introducida en los Arts. 53.4 y 55.5, ET referente a la calificación de la nulidad del despido no hace referencia al despido causalizado por el disfrute de los permisos establecidos en el Art. 37.3 –mientras sí que se hace referencia expresa a los contemplados en los nº 4 y 5 del mismo precepto–, cuando especialmente los recogidos en las letras d) (enfermedad, accidente grave, hospitalización de parientes) y f) (para la realización de exámenes prenatales y preparación al parto) tiene directa relación con este tema.

En lo referente al despido objetivo del Art. 52. D), debe entenderse incluidas en el término “licencias” –cuyo disfrute no puede configurar causa de despido objetivo por absentismo– las reconocidas en el Art. 37.3 y señaladas en el párrafo anterior.

En resumen, la reforma introducida por la Ley 39/99 en materia de protección frente a la discriminación causalidad en el ejercicio de derechos de conciliación reconocidos en la propia ley ha sido, una vez más, tardía (han tenido que transcurrir cinco años desde que finalizara el periodo de transposición indicado en la D/92/85/CEE), y aunque merece una valoración positiva, sigue siendo insuficiente como hemos demostrado –o intentado demostrar–, poniendo de manifiesto un sentido de compromiso que se puede traducir en contradicciones difíciles de comprender que mermen su efectividad.

13

RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)”, *RL*, nº 18 (1999), pág. 4.

14

Ver al respecto ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., pág. 273 y ss., y GORELLI HERNÁNDEZ, Op. cit., págs. 93 y ss.

15

Precepto, incomprensible en un primer momento, fue objeto de corrección de errores publicada en BOE 20.1.2000.

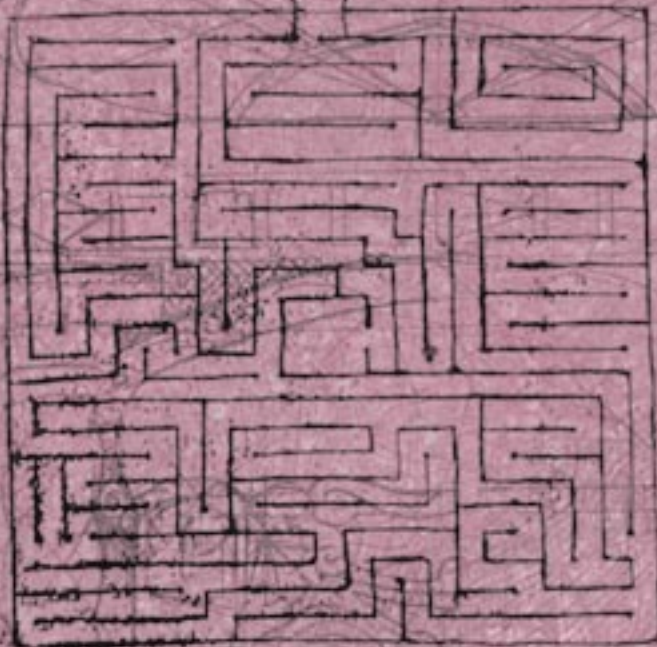
16

La normativa anterior diferenciaba en función de que el menor tuviera nueve meses o fuera mayor de esa edad pero menor de cinco años.

17

Que establece la nulidad del despido de los trabajadores/as “que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del Art. 37 de esta Ley o estén disfrutando de ellos... salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados... con el ejercicio del derecho a los permisos... señalados”.

Conciliación de la vida familiar y laboral



[Faint, illegible text, possibly a signature or a short paragraph.]

JOSEFA GALINDO SÁNCHEZ
Inspectora de Trabajo y Seguridad Social
de Cádiz



D E R E C H O E S P A Ñ O L



Tradicionalmente y aún en la actualidad es sobradamente conocido que la mujer asume el desarrollo de las tareas domésticas, la función reproductora y de cuidados de hijos e hijas, personas ancianas y familiares enfermos. La asunción de tales funciones por la mujer supone claramente un serio obstáculo para su participación en el trabajo en igualdad de condiciones y cuando la consigue (su inserción en el mundo laboral) se ve sometida a jornadas agotadoras (al tener que compatibilizar su vida profesional y familiar), pues a su jornada laboral ha de unir su trabajo doméstico que le impide disponer de tiempo libre, en cuanto que el cúmulo de tareas que está obligada a desempeñar para responder a las reglas de la organización social vigente absorbe su tiempo vital disponible.

Todas estas actividades domésticas y familiares no se encuentran además ni socialmente reconocidas ni mucho menos remuneradas. El trabajo doméstico, que no aparece como un valor expresado monetariamente en el mercado, permanece oculto en tanto trabajo. A tal efecto podemos afirmar que “las mujeres subvencionan la economía debido a la enorme cantidad de trabajo no remunerado que llevan a cabo”.

De otra parte, las responsabilidades domésticas niegan a la mujer, en muchas ocasiones, disfrutar de tiempo libre durante el descanso laboral. El tiempo libre es aquel que pertenece a cada persona y que ésta, sin restricción, puede utilizar para sí misma o para su propia realización personal. La preocupación por asegurar a las personas trabajadoras el goce de tiempo libre, durante el que “pueden desarrollarse de acuerdo con sus gustos personales, sus facultades físicas, morales o intelectuales”, ya se reflejó en la Recomendación nº 21 que la OIT emitió en 1924.

La dificultad de conciliación de las tareas y responsabilidades familiares con el trabajo tiene un efecto muy perjudicial para la mujer con obligaciones familiares respecto a sus posi-

bilidades de acceso, mantenimiento y promoción en el trabajo: actualmente la mujer se encuentra en una situación de evidente desventaja, lo que reclama la incorporación de medidas de acción positiva en favor de las mujeres (y no medidas neutras que tienden a ofrecer ventajas de conciliación de la vida familiar y laboral de forma genérica en favor de cualquier persona trabajadora, con independencia de cual sea su sexo).

Esta situación desventajosa que actualmente ocupa la mujer ha sido reconocida por nuestro Tribunal Constitucional (St. 128/1987 de 16-7):

... “la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo o el mantenimiento del que ya tiene.

Este Tribunal no puede ignorar que, pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultado de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia y, particularmente, el cuidado de los hijos... Ello se manifiesta en el dato de la extremadamente baja participación de la mujer casada en la actividad laboral, en comparación con otras categorías sociales. Si la tasa de actividad de la población femenina es ya muy baja en comparación con la masculina, tal diferencia se extrema si se compara la tasa de actividad de las mujeres casadas (el 20,9%) con la correspondiente de hombres casados (el 70,92%).”

Al mismo tiempo, la dificultad de la conciliación de las obligaciones familiares con el trabajo puede provocar una desatención o insuficiente atención a la familia y a las personas que necesitan cuidados en el seno de la familia: menores, personas enfermas y ancianas. La indiferencia sistemática sobre la compatibilidad entre

familia y trabajo implica una falta de consideración hacia la familia (cuando ésta es la base de toda sociedad).

Por tanto esta materia tiene una indudable trascendencia en el ámbito de las relaciones laborales, pero desborda este ámbito: se trata de pasar de una mera política laboral y de protección social a una política familiar. De ello es consciente el Acuerdo Marco Europeo sobre el Permiso Parental (Directiva 96/34/CEE) cuando establece:

“La política familiar debe contemplarse en el contexto de los cambios demográficos, los efectos del envejecimiento de la población, el acercamiento entre generaciones y la promoción de la participación de las mujeres en la vida activa” (Consideración general nº 7).

En este contexto, se publica recientemente en nuestro país la Ley 39/1999 de 5 de Noviembre “para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, cuyo título es excesivamente ambicioso dada la limitación de su objeto, pues de hecho no aborda el conjunto de los problemas que plantea esa conciliación: sólo tiene por objeto introducir una serie de modificaciones puntuales en la legislación laboral, funcional y de la Seguridad Social. Para facilitar esa conciliación sería necesario además otras medidas (de muy diversa índole: promover servicios de atención a menores, personas enfermas y mayores, campañas de sensibilización a los hombres para que asuman las tareas domésticas y familiares, cursos de formación dirigidos a la población masculina sobre labores domésticas, establecimiento de algún tipo de prestaciones económicas o deducciones fiscales para compensar la pérdida de ingresos derivada de los permisos o reducción de jornada por cuidados de familiares...).

La complejidad de la materia requiere de actuaciones en ámbitos más variados y diversos a lo estrictamente laboral. Esta línea se mani-



fiesta en el Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de esta Ley recientemente publicada:

“Complemento necesario para que la conciliación de la vida laboral y familiar pueda efectivamente producirse es promover la creación de servicios de atención a las personas, tal como se recoge expresamente en las orientaciones de empleo incluidas en el cuarto pilar sobre Igualdad de Oportunidades. Los nuevos yacimientos de empleo que surgen de las nuevas demandas de cuidados profesionales a las personas –niños, enfermos, mayores etc...– deben recibir el impulso de las políticas de empleo y de fomento de la Igualdad de Oportunidades. En esta línea, el Consejo echa en falta una referencia concreta a cómo se van a insertar las medidas legislativas propuestas en una política más amplia que aborde el conjunto del problema”. Dictamen 4/99 de 28 de Abril.

FUNDAMENTO JURÍDICO

El nacimiento de esta Ley tiene su razón de ser en la necesidad de completar la transposición al Ordenamiento jurídico español de las Directrices marcadas por la normativa comunitaria, especialmente las recogidas en las siguientes Directivas:

1

Directiva del Consejo 92/85/CEE de 19 de Octubre de 1992 “relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la Seguridad y Salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia” que, si bien, fue objeto de transposición por el Art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995 de 8-11) tal recepción a nuestro Ordenamiento jurídico fue incompleta e insuficiente en determinados aspectos, algunos de ellos abordados ahora por la nueva Ley.

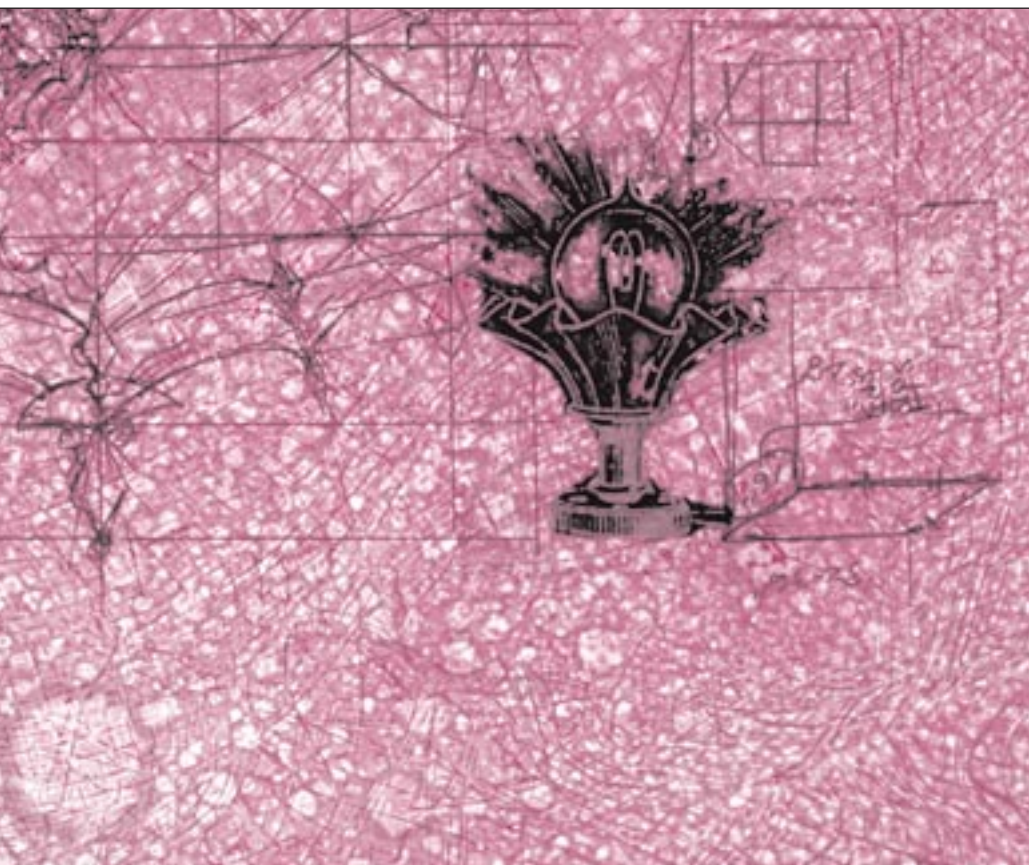
2

Directiva del Consejo 96/34/CEE de 3 de Junio de 1996 que incorpora el Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental.

De la relevancia de esta materia también se hace eco a nivel internacional la OIT mediante el Convenio 156 (1981) sobre las personas trabajadoras con responsabilidades familiares, que va más allá del objetivo de crear una igualdad efectiva y de trato entre trabajadores y trabajadoras, para lo que el Convenio prevé la adopción de medidas tendentes a permitir el trabajo de las personas con responsabilidades familiares y postula que en la determinación de las condiciones de empleo y de la protección social se tengan en cuenta sus especiales necesidades. Esas posibles medidas se describen con más detalles en la Recomendación 165 (OIT) sobre el mismo tema.

Finalmente, la nueva Ley encuentra igualmente su fundamento último en nuestra Norma Constitucional, al desarrollar los principios de igualdad ante la ley y no discriminación (Art. 14 C.E.), así como los de protección social, económica y jurídica de la familia (Art. 39 C.E.), y practicar lo que ordena el Art. 9.2 de la C.E., o sea, que los poderes públicos promuevan las condiciones para que la libertad e igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remuevan los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y faciliten la participación de toda la ciudadanía en la vida política, económica, cultural y social.

LA COMPLEJIDAD DE LA MATERIA REQUIERE DE ACTUACIONES EN ÁMBITOS MÁS VARIADOS Y DIVERSOS A LO ESTRICTAMENTE LABORAL.





ÁMBITO DE APLICACIÓN

Uno de los aspectos más llamativos de la nueva Ley se refiere a la delimitación subjetiva en cuanto a la no separación material entre empleo público y empleo privado, procediéndose a reformar en paralelo y con contenido similar, cuando no idéntico, la legislación relativa al régimen de los funcionarios y funcionarias públicos. Se trata de un caso más del progresivo acercamiento de la regulación de los contenidos de las respectivas relaciones de empleo, que ya se destacó en materia de prevención de riesgos laborales, y que ahora se manifiesta en el supuesto de la conciliación de la vida familiar y laboral.

No obstante, conviene advertir que el mimetismo en esta materia no puede ser pleno, por lo que la traslación de lo laboral a lo funcional se verifica sólo en parte (Así por ejemplo, las reformas en materia de protección frente al despido en caso de embarazo no trascienden al ámbito del funcionariado por ser distinto y evidentemente superior el régimen garantista funcional en esta materia).

Por otro lado, la temática de la conciliación excede del ámbito propio del trabajador o trabajadora asalariada o por cuenta ajena. En nuestro país, donde hay más de un 30% de personas trabajadoras autónomas, cuya autonomía en la ejecución de la prestación laboral no se traduce ni mucho menos en un mayor tiempo disponible para las tareas familiares, esta materia también se torna relevante para las mismas. Por ello, ha de tener favorable acogida que la nueva Ley (Art.16) abra la posibilidad de aplicar a las personas trabajadoras por cuenta propia la nueva prestación por riesgo de embarazo, si bien ello se hace depender de los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente (Disp. Adic. 8ª LGSS).

Finalmente, se ha de indicar que si bien las nuevas medidas para permitir la conciliación entre lo familiar y lo profesional se presentan formalmente en la Ley como neutras, de hecho el ámbito subjetivo de aplicación de tales medidas van a ser preferente o prevalentemente las mujeres y ello por diversos motivos:

- Desde un punto de vista social o cultural, en muchas ocasiones, se continúa considerando a la mujer la titular de las obligaciones domésticas y familiares, desempeñando el rol de asunción del grueso de responsabilidades familiares, particularmente en situaciones de dedicación más intensa: cuidados de menores con minusvalías, de personas ancianas, de familiares enfermos..., situación que puede generar un efecto boomerang, es decir, puede fomentar el mantenimiento de una situación de mera incorporación parcial y en cierta forma precaria de la mujer a la actividad profesional asalariada: en definitiva, buscándose bienintencionadamente determinados efectos con ciertas reformas legislativas los resultados en la práctica pueden llegar a ser muy distintos.
- Pero hay también otros elementos (económicos) derivados de la actual estructura del mercado de trabajo que presionan en el sentido de que la mujer sea quien interrumpa su trabajo. El diferencial retributivo entre género (el nivel salarial de la mujer se sitúa en el 73% con respecto al del hombre) hace que el ingreso familiar cuantitativamente más fuerte provenga del hombre en la inmensa mayoría de los casos, por lo que por elementales razones de mantenimiento del nivel de consumo familiar, se optará por “sacrificar” el salario más reducido, es decir, el de la mujer, siendo ésta la que solicitará, en caso de ser necesario en el núcleo familiar, las diversas modalidades de interrupción de la actividad laboral.

TEXTOS NORMATIVOS MODIFICADOS

La norma en estudio trata de materias que no surgen “ex novo”; por el contrario, desde la aprobación de la Constitución española, nuestra legislación laboral y de la Seguridad Social ha dado pasos muy importantes para tratar de lograr la conciliación de la vida familiar con el empleo, en especial por medio de sucesivas reformas legales relativas al desarrollo del contrato de trabajo, sin que en ello la negociación colectiva haya jugado un papel relevante. Así, en nuestro Ordenamiento jurídico, con anterioridad a la Ley 39/1999, ya existían diversas figuras jurídicas relativas a la reducción o interrupción de la actividad laboral por razones familiares, entre ellas las siguientes:

- Suspensión del contrato por maternidad (Art. 48 ET), que tiene larga tradición, ampliándose a 16 semanas este permiso a raíz de la Ley 3/1989 de 3 de Marzo. Tal suspensión tiene su respectiva prestación a cargo de la Seguridad Social, que a partir de la Ley 42/1994 se separa de la contingencia de incapacidad temporal.
- Excedencia por cuidado de hijos (Art. 46.3 ET).
- Permisos parentales, tanto de lactancia (Art.37.4 ET), como reducción de jornada por guarda legal (Art. 37.5 ET).
- Permiso retribuido por enfermedad grave de familiar (Art.37.3 ET)...

Con ello queremos poner de manifiesto que las directrices comunitarias (especialmente las previstas en la Directiva 96/34/CEE), aparentemente no obligaban a cambios radicales en nuestro Ordenamiento. Sin embargo, lo que sí exigían tales normas de la UE es un cambio de enfoque en el que la problemática de la conciliación de la vida laboral y familiar se aborde desde una perspectiva más amplia y compleja: se trata de pasar de una mera política laboral a una política familiar.

SE TRATA DE PASAR DE UNA MERA POLÍTICA LABORAL A UNA POLÍTICA FAMILIAR.



De otra parte, La Directiva y el Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental destacan el papel no sólo de los poderes públicos sino también de los sindicatos y de las organizaciones empresariales para lograr la conciliación. No obstante, en este aspecto, el contenido de la Ley supone una regulación general y autosuficiente, marginando en cierta forma al convenio colectivo incluso en materia en que la propia Directiva lo prevee.

En definitiva, la nueva norma procede a reformar otras disposiciones anteriores, afectando a varios aspectos que ya tenían carta de naturaleza en nuestro Ordenamiento jurídico, acometiéndose tal reforma en bloque y con voluntad unitaria, regulando una materia que hasta el momento presente se encontraba desperdigada a lo largo de una pluralidad de disposiciones. Puede considerarse un acierto la elección de este método de modificar diversos textos legislativos, y no de establecer un tratamiento legal separado y singular de esta materia. Así la reforma afecta a las siguientes disposiciones legales:

- Diversos preceptos del Estatuto de los Trabajadores, que en este ámbito ya había experimentado múltiples retoques.
- El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, incorporando nuevas medidas de protección social.
- La Ley de Procedimiento Laboral, siguiendo la línea legislativa de los últimos años en los que las nuevas pautas de derecho sustantivo viene acompañadas de las necesarias adaptaciones de la legislación procesal, a objeto de garantizar su efectividad práctica.
- La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, incorporando mayores niveles de protección de la trabajadora embarazada, por exigencias superiores previstas en la Directiva 92/85/CEE.
- La nueva Ley afecta finalmente al Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos asimilándolo en lo posible al empleo privado.

CONTENIDO DE LA REFORMA

1 Interrupciones de la actividad laboral.

Uno de los objetivos fundamentales de la nueva Ley, siguiendo las pautas de la Directiva ya citada sobre el permiso parental, es permitir una mayor dedicación a la familia facilitando al empleado el cese temporal en su actividad laboral, total o parcial.

Ello se articula a través de distintas figuras jurídicas que se ven afectadas por la reforma: permisos retribuidos, reducciones de jornada de trabajo, suspensiones de la actividad laboral con reserva de puesto de trabajo, excedencias...

Las principales novedades en tales materias podrían resumirse de la siguiente forma:

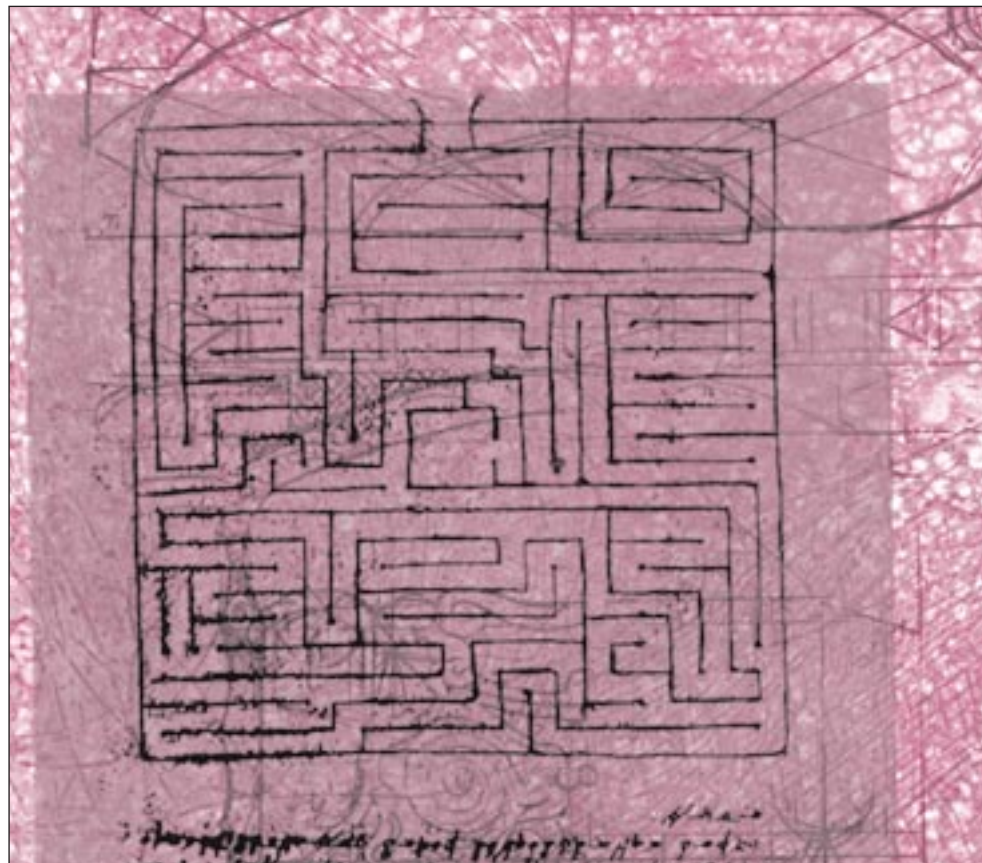
A Causas justificativas de las interrupciones:

Se amplía en ámbito de supuestos que (subjetivamente) justifican tales

interrupciones, incluyéndose situaciones cada vez más habituales, muchas de ellas conectadas con el propio envejecimiento de la población así como supuestos de necesidades de atención derivadas de incapacidades.

Así, especialmente destacable es la ampliación del ámbito de los familiares, distintos de los hijos e hijas, que dan derecho a las interrupciones de la actividad laboral, y que anteriormente no se encontraba recogida en nuestra legislación, incorporándose los siguientes supuestos:

- Derecho a permisos retribuidos por accidente u hospitalización de parientes, junto a los ya existentes por nacimiento de hijo o hija o fallecimiento y enfermedad grave de pariente (Art. 37.3 ET).
- Reducciones de jornada para quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar que por diversas razones (edad, accidente o enfermedad) no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida, supuesto que se adiciona al previsto hasta ahora de



reducir la jornada para la guarda legal de menor de 6 años o minusválido (Art. 37.5 ET).

- Se establece un nuevo supuesto de excedencia de duración no superior a un año para el cuidado de los familiares referidos en el apartado anterior (Art. 46.3 ET).
- Se incluye el acogimiento de menores (tanto preadoptivo como permanente) como causa justificativa de la suspensión o excedencia por cuidado de hijos e hijas, con un régimen del todo uniforme con el nacimiento y adopción (Arts. 45.1 d), 46.3 y 48.4 ET), se realizan determinadas puntualizaciones para el caso de adopciones internacionales y se amplía la edad de adoptado a 6 años (hasta ahora era de 5 años) para dar derecho a tales supuestos suspensivos de la relación laboral.

B Duración de las ausencias:

Este aspecto afecta fundamentalmente a la duración del permiso por

maternidad (aunque como veremos este permiso sólo en parte sigue siendo permiso por maternidad pues también es un permiso de paternidad), siendo necesario destacar las siguientes novedades:

- Se amplía la duración del permiso para partos múltiples (incluyéndose los supuestos de adopción y acogimiento múltiples): con anterioridad a la reforma la duración del permiso era de 18 semanas con independencia del número de hijos e hijas, ahora se añaden 2 semanas más por cada hijo o hija, es decir, 18 semanas cuando sean 2, 20 cuando sean 3...
- En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de todas las semanas que queden por disfrutar, no sólo de las seis obligatorias posteriores al parto.
- El periodo de descanso se podrá disfrutar tanto en régimen de jornada completa como a tiempo parcial, con lo cual si bien en cómputo global el tiempo de interrupción de la actividad profesional no varía en cantidad, sí en distribución con lo que sí que se puede extender el número de días o semanas total de descanso: por ejemplo, en lugar de ausencia total del trabajo durante 16 semanas, ausencia del 50% de jornada durante 32 semanas, naturalmente, siendo posible también fases de descanso total y a tiempo parcial. En todo caso la novedad se condiciona al acuerdo previo entre empresa y trabajador/a afectada, y se remite para su concreción a los términos que reglamentariamente se determinen (aunque nada impide e incluso sería aconsejable que tal concreción se articule a través de la negociación colectiva).
- Si el padre y la madre trabajan, podrá el padre disfrutar (a opción de la madre trabajadora) de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, salvo que la incorporación de la madre al trabajo suponga un riesgo para su salud. Este permiso por paternidad ya no

hace falta que se limite a las 4 semanas últimas de suspensión, pues respetadas las seis semanas obligatorias en favor de la madre, el resto pueden ser disfrutadas por el padre (Art. 48.4 ET). Se añade ahora al párrafo un nuevo inciso: “bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre” que permite suscitar dudas sobre si el goce por el padre del permiso “por paternidad” sigue excluyendo el goce por la madre del permiso por “maternidad” como venía establecido en la redacción anterior. La legislación no soluciona este problema y parece querer mantener la no acumulación del derecho al descanso, a diferencia de la excedencia por cuidados de familiares (Art. 46.3 ET) o la reducción de jornada (Art. 37.4 y 5 ET).

C Carácter individual de los derechos a interrupciones de la actividad laboral:

Uno de los rasgos más significativos de la nueva regulación obedece a la configuración que hace la Directiva 96/34/CEE del permiso parental como un derecho individual y no transferible de quienes trabajan, hombres o mujeres. Con ello se trata de propiciar un mejor reparto entre los sexos de las tareas familiares.

La individualización significa tanto el acceso del varón al derecho como a la posibilidad de goce compartido, pudiendo hacerse uso del mismo por el trabajador y la trabajadora de forma separada y acumulativamente (de forma sucesiva o simultánea): Así se ha configurado tanto en la reducción de jornada como en la excedencia (Art. 37.4 y 5 y Art 46.3 ET), no así como hemos visto en el supuesto de suspensión por maternidad (seguramente en este caso porque, a diferencia de aquéllos, tal configuración afectaría a la prestación económica de la Seguridad Social a la que la suspensión da lugar).

El carácter de derecho individual afecta a su forma de ejercicio, que es directa y no se somete en principio a



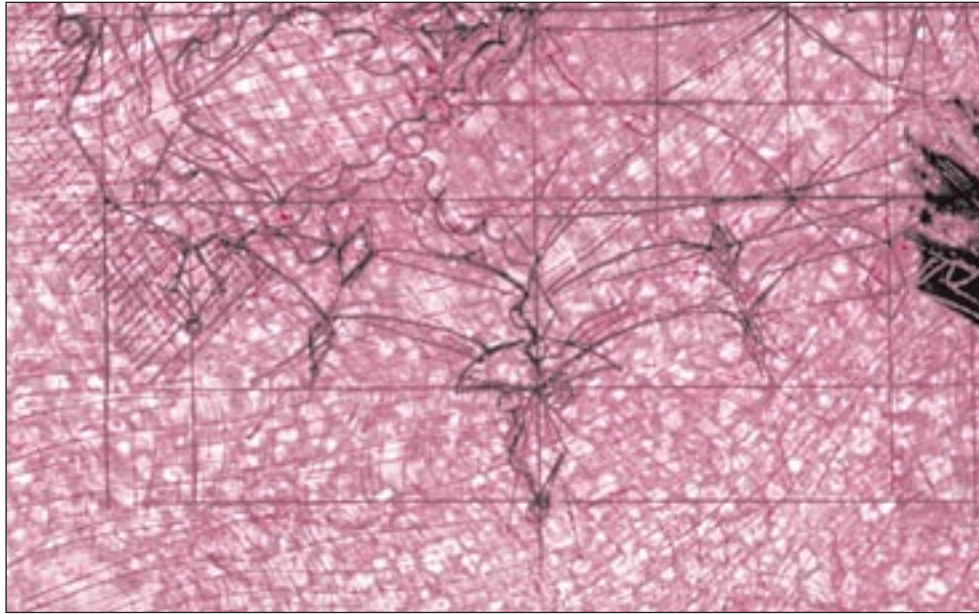


licencia o concesión de la empresa. En esta misma línea, se incorpora un nuevo apartado al Art. 37 (el 6) para tratar de resolver viejos contenciosos: me refiero a la concreción horaria y a la determinación del momento del disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de la jornada por motivos familiares, que corresponderá al trabajador/a dentro de su jornada ordinaria, debiendo preavisar su reincorporación a su jornada ordinaria con quince días de antelación. En todo caso, las discrepancias surgidas sobre estas cuestiones serán resueltas por la jurisdicción ordinaria a través del procedimiento establecido en el art. 138 Bis de la LPL.

Si bien, por muy acelerado que sea el proceso laboral en la tramitación de estas discrepancias hubiera sido más acertado el fomento de fórmulas alternativas (medios de solución extrajudicial de conflictos, incluso en el seno de la empresa), a fin de lograr una mayor flexibilidad y eficacia práctica.

La preocupación de la legislación por no causar a la empresa excesivas molestias o cargas en relación con los permisos parentales ha llevado a limitar el ejercicio simultáneo del derecho a reducir la jornada como a disfrutar de la excedencia, cuando dos o más personas trabajadoras de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, pudiendo la empresa limitar el ejercicio simultáneo (no el sucesivo) por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

EL CARÁCTER DE DERECHO INDIVIDUAL AFECTA A SU FORMA DE EJERCICIO, QUE ES DIRECTA Y NO SE SOMETE EN PRINCIPIO A LICENCIA O CONCESIÓN DE LA EMPRESA.



2

Protección frente al despido.

La medida incorporada consiste en suprimir la posibilidad de declarar un despido como improcedente en los supuestos siguientes:

- Personas trabajadoras durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento de menores de 6 años.
- Personas trabajadoras que hayan solicitado o estén disfrutando el permiso de lactancia o la reducción de jornada por motivos familiares así como trabajadoras o trabajadores que hayan solicitado la excedencia prevista en el Art. 46.3.
- Trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión.

Es decir, en caso de que el despido sea ilícito, se ha de declarar como nulo, lo que conduce a la obligada readmisión de la persona trabajadora, sin opción alternativa (ni para quien emplea ni para quien trabaja) por la extinción indemnizada.

Se trata de una medida que procede a trasponer las garantías al respecto previstas en las Directivas comunitarias 96/34 y especialmente las previstas en la 92/85 para el caso de embarazo, siendo éste un aspecto más de esta Directiva (del año 85) que aún se encontraba

sin la expresa transposición a nuestro Ordenamiento jurídico.

La forma en que se ha introducido esta medida (en la que sólo cabe declarar la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados) supone, a mi juicio un mayor nivel de protección respecto de los despidos nulos por violación de los derechos fundamentales o libertades públicas, desde un punto de vista procesal: en la nulidad por lesión de los derechos fundamentales, el trabajador/a ha de aportar pruebas indiciarias de que la conducta empresarial es lesiva de los derechos fundamentales, por lo que la decisión judicial debe basarse en la presencia o no de tales conductas ilícitas. En el caso que aquí analizamos, no es preciso aportar elemento indiciario alguno bastando con el dato objetivo de la coincidencia en el tiempo de la decisión extintiva con el ejercicio de algunos de los derechos por parte del trabajador/a para que la empresa haya de demostrar que el despido era procedente (y no sólo que su decisión fue ajena a un entorpecimiento en el ejercicio de tales derechos).

Por último, no se alcanza a comprender la exclusión de este régimen durante el tiempo de disfrute de la excedencia prevista en el art. 46.3 ET, incluyéndose sin embargo el periodo de solicitud previo al disfrute.


3

Riesgo durante el embarazo.

La nueva legislación modifica también el Art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley de 8-Noviembre de 1995), en la que se transpone la Directiva 92/85, sobre seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en periodo de lactancia. En efecto, la indicada Ley obligaba (y obliga) al empresario en los supuestos de incompatibilidad entre el puesto de trabajo de la mujer con su situación de embarazo o lactancia (por suponer un riesgo para su salud o para el feto o recién nacido o nacida), a la adaptación provisional de las condiciones de trabajo o en su defecto a un cambio de puesto de trabajo.

Sin embargo, desde los inicios de la Ley de Prevención, ya se había advertido de una importante laguna legal, pues faltaba por contemplar una última hipótesis sí contemplada en la Directiva, es decir, para el caso de que no fuera posible destinar a la trabajadora a otro puesto de trabajo no peligroso, prevé la indicada Directiva que “la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud”, y reconoce el

derecho de la trabajadora al mantenimiento de la remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada, equivalente como mínimo a lo que la trabajadora recibiría en caso de interrupción de sus actividades por motivo de salud (Art. 11.2b) y 3).

La falta de regulación específica de esa hipótesis en el Art. 26 de la LPRL suponía un incumplimiento de la Directiva (que le valió al Estado español la incoación por parte de la Comisión europea de expediente por infracción. Informe de 15/3/1999) y que planteaba además el problema de si la cobertura económica de la situación correspondía al empresario o si podía desplazarse a la entidad gestora como un supuesto de incapacidad temporal por enfermedad común (lo que a su vez es contrario al espíritu de las normas comunitarias que tratan de desligar totalmente el embarazo de la enfermedad).

Para solucionar tal vacío legal, la reforma incorpora un nuevo ap.3 al Art. 26 LPRL, de forma que si el cambio no fuera técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo (nuevo supuesto de suspensión contemplado en el Art.45.1.d) del ET) durante el periodo necesario para la protección de su seguridad o de salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

Como elemento instrumental al reconocimiento de la situación de suspensión de la relación laboral, se crea una nueva contingencia de Seguridad Social por medio de la que la trabajadora afectada por la suspensión “por riesgo durante el embarazo” percibirá una prestación económica específica que se configura en un nuevo Capítulo IV Ter (Arts. 134 y 135) de la LGSS.

Tal prestación económica se concederá en los mismos términos y condiciones que la prestación de

Incapacidad Temporal derivada de enfermedad común, si bien con las siguientes diferencias:

- Su duración, que la mantendrá lógicamente hasta que se mantenga la situación de riesgo o pase la trabajadora a la situación de baja por maternidad.
- A diferencia de la prestación por IT derivada de enfermedad común, que se inicia a partir del decimosexto día de baja, la prestación por riesgo durante el embarazo se percibe desde el primer día en que se inicie la suspensión: medida acertada a fin de evitar un perjuicio a la trabajadora que se encuentre en esa situación, liberando, a su vez a la empresa de ello.
- Su cuantía consistirá durante todo el periodo en el 75% de la base reguladora correspondiente, sin que se aplique minoración alguna durante los primeros días como ocurre con la IT por enfermedad común.
- El pago de la prestación corresponde a la Entidad Gestora, sin que se desplace en régimen de pago delegado a quien emplea así como la gestión se le asigna en todo caso al INSS, equiparándose en estos aspectos a la prestación por maternidad.

Por lo demás, la Ley de Conciliación establece, al igual que en la suspensión por maternidad, la medida de fomento de empleo que da lugar al tratamiento de cotización “coste cero” (regla de incentivo indirecto) para aquellos contratos de interinidad que vengan a sustituir las vacantes que ocasione este nuevo supuesto de suspensión de riesgo durante el embarazo (Art. 18 de la nueva Ley 39/99). Por lo demás, se mantiene la obligación de cotizar (coste directo) por parte de la empresa durante las situaciones de maternidad y riesgo durante el embarazo, aunque ello suponga causas de suspensión de la relación laboral.



Por último, aunque esta nueva figura suspensiva ha de tener favorable acogida, se detectan las siguientes deficiencias en su regulación:

- No incluye la nueva figura de suspensión la situación de riesgo para la trabajadora en periodo de lactancia: como manifestó el Dictamen del Consejo Económico y Social (y ello no ha sido tenido en cuenta por la versión definitiva de la Ley), si de lo que se trata es de atender a un más preciso cumplimiento de la Directiva 92/85/CEE pues, junto al embarazo, la lactancia también es considerada situación de riesgo con iguales efectos por la indicada norma comunitaria.
- La ley no establece con claridad y precisión a quién corresponde declarar la situación de suspensión por riesgos durante el embarazo (cuando las posibilidades además son múltiples: servicios médicos de la Seguridad Social, declaración unilateral del empresario, mutuo acuerdo con la trabajadora o con los representantes legales de los trabajadores...) cuestión que habrá de resolverse, bien vía reglamentaria, bien vía convencional.

ESTAMOS ANTE UNA REGULACIÓN SUMAMENTE INTERESANTE Y COMPLEJA QUE SUPONE UN IMPORTANTE AVANCE EN LA NECESIDAD DE CONCILIACIÓN DEL TRABAJO Y LA FAMILIA COMO UNA CONDICIÓN VINCULADA DE FORMA INEQUÍVOCA A LA NUEVA REALIDAD SOCIAL, PERO CUYO TÍTULO ES EXCESIVAMENTE AMBICIOSO Y VA MUCHO MÁS ALLÁ QUE LO QUE REALMENTE SUPONE SU CONCRETO CONTENIDO.

CONCLUSIONES

En definitiva, estamos ante una regulación sumamente interesante y compleja que supone un importante avance en la necesidad de conciliación del trabajo y la familia como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social, pero cuyo título es excesivamente ambicioso y va mucho más allá (lo que puede ser equívoco) que lo que realmente supone su concreto contenido. Y ello, por diversas razones que podrían resumirse de la siguiente manera:

- La norma afecta exclusivamente a la legislación laboral y de Seguridad Social, cuando la complejidad de la materia requiere de actuaciones en ámbitos más variados y diversos que se integren en una más amplia política familiar.
- La reforma afectará a los costes (no tanto económicos como organizativos y de gestión de personal) de la empresa; ello unido a que el ámbito subjetivo de aplicación de la nueva norma será mayoritariamente la mujer, puede ocasionar el denominado efecto boomerang.
- Dentro del contenido de la nueva Ley, se han de destacar como deficiencias más relevantes en la figura de la suspensión por maternidad el que se hubiere regulado (como ocurre con otros permisos e interrupciones) como un derecho individual, separado e intransferible tanto del padre como de la madre.

Igualmente, podría haberse aprovechado la ocasión para clarificar el ejercicio del derecho a las vacaciones anuales y el derecho a la suspensión por maternidad cuando ambos coinciden.

De otra parte, y como ya se ha analizado, en la nueva figura suspensiva por riesgo durante el embarazo falta por incluir el supuesto de riesgo durante el periodo de lactancia

(teniéndose aquí en cuenta fundamentalmente la salud del recién nacido).

En conclusión, estamos ante una materia sumamente compleja que afecta a diversas políticas, que exige un tratamiento global e integral de todos los aspectos, carencias y necesidades que sean preciso cubrir. Todo ello unido a una mayor concienciación social y de los poderes públicos facilitará el camino hacia una sociedad más avanzada, justa, libre e igualitaria, en la que se verán beneficiados todos sus componentes:

- Se beneficiará la propia unidad familiar a través de un reparto más equitativo de las tareas que de la misma se derivan y se logrará una mayor y mejor atención a los miembros que necesitan de ayuda.
- La mujer, sin duda, alcanzará una mayor y más completa realización humana y vital, al permitírsele ejercer plenamente sus capacidades, tanto en el esfera laboral como en su vida privada y familiar.
- Pero también de tales cambios se beneficiarán los hombres, lográndose un modelo masculino más completo y realizado, al permitírseles su participación en las tareas del hogar y la familia. Como se ha afirmado (Tribe) “el derecho antidiscriminatorio no sólo beneficia a la mujer (que se ve liberada de antiguos roles sociales que la ligaban al hogar y a la familia) sino también al hombre (que se ve también liberado de esos mismos antiguos roles que lo vinculaban al trabajo extra doméstico de un modo tal que se le impedía la vida familiar”.
- Considero que son los hijos e hijas, los menores, los que más beneficiados van a salir en esta evolución, reclamando desde aquí el derecho de los hijos e hijas a ser atendidos, educados y cuidados no sólo por sus madres sino también por sus padres.



Hombres y Mujeres a partes iguales: conciliemos la vida personal, familiar y laboral

- Un modelo de vida donde hombres y mujeres se relacionan como iguales es beneficioso para toda la sociedad.
 - El reparto de responsabilidades entre hombres y mujeres conduce a la igualdad de oportunidades a la hora de acceder al empleo y desarrollar la vida laboral. Compartir responsabilidades de manera solidaria con el hombre significa aumentar las posibilidades de que la mujer pueda desarrollar su profesión.
 - Todos los miembros de la familia necesitan tiempo para trabajar, descansar, aumentar su formación, comunicarse en un medio distinto al del trabajo, cuidar de los demás o divertirse.
 - La misma importancia tiene el tiempo dedicado al trabajo remunerado que al trabajo doméstico no remunerado, así como a la formación y al ocio. Hay que compartir el trabajo equitativamente entre hombres y mujeres.
 - Las nuevas formas de uso y disfrute del tiempo permiten armonizar las responsabilidades personales, familiares y laborales entre hombres y mujeres. Es necesario avanzar en este reparto.
 - Los hombres tienen la misma responsabilidad que las mujeres en el cuidado de las hijas e hijos, desde las primeras etapas de la vida. También son corresponsables en el cuidado de las personas dependientes en la familia. Es necesario incentivar el disfrute de permisos y licencias.
 - Hay que romper barreras. Hay que cambiar actitudes.
 - Pactar es necesario. Ello supone llegar a acuerdos en la toma de decisiones, la asunción de roles y el reparto del trabajo doméstico entre todas las personas de la familia.
- LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL ES POSITIVA Y CONTRIBUYE:**
- Al bienestar personal y a la calidad de vida.
 - Al mantenimiento y equilibrio familiar.
 - A la creación de empleo mediante la promoción de la igualdad de oportunidades en el mercado laboral.

**La naturaleza
del Permiso parental
remunerado a la luz de la
doctrina jurisprudencial
de la Sala de lo Social
del Tribunal Superior
de Justicia del País Vasco
y de la reciente Ley 39/1999
de 5 de noviembre, para
promover la conciliación de
la vida familiar y laboral
de las personas trabajadoras**

MYRIAM ENRÍQUEZ DOMÍNGUEZ
Abogada



D E R E C H O

A U T O N O M Í A S



I. PREÁMBULO

Si hemos de atenernos a la literalidad del título que acompaña a la recientemente aprobada Ley 39/1999 de 5 de noviembre parecería que la misma ha venido a culminar una progresiva reforma de la legislación laboral en la línea de favorecer con medidas de protección cada vez más avanzadas las necesidades familiares socialmente más relevantes cuáles son el cuidado de hijos e hijas –con independencia de su carácter de biológicos o adoptados– y el cuidado de familiares más directos con enfermedades graves o personas ancianas.

La evidencia de que ha sido –y sigue siendo– la mujer, la que en las familias aporta casi en exclusiva su esfuerzo a estas necesidades, sacrificando incluso con ello su propio desarrollo profesional, que es tanto como decir personal, ha llevado a las organizaciones sociales con una mayor sensibilidad en estas cuestiones a reivindicar la construcción de un marco jurídico que permita a las personas intercambiar dentro de una misma familia el desempeño de las funciones anteriormente señaladas, con objeto de favorecer el acceso del sexo masculino a los paréntesis profesionales que el desempeño de estas actividades exigen, y a permitir que tal desempeño sea una cuestión de elección, y no de obligación.

II. LA REGULACIÓN ACTUAL DEL PERMISO PARENTAL REMUNERADO

La recientemente aprobada Ley 39/1999 de 5 de noviembre ofrece múltiples aspectos merecedores de atención, pero interesa aquí centrarse en una cuestión muy concreta cuál es el denominado por la misma Ley “Permiso por maternidad y paternidad”.

Entre la opinión pública se ha extendido erróneamente la especie de que uno de los cambios más novedosos y avanzados que ofrece la nueva Ley para la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras es el de que permite a los progenito-

res –padre y madre– disfrutar indistintamente de las últimas diez semanas de las dieciséis que constituyen el permiso por maternidad. La nueva Ley parece que aporta incluso la novedad importantísima de que madre y padre pueden llegar a disfrutar de este permiso de manera simultánea si así lo decidieran.

En este sentido la redacción de la norma legal en sus artículos 5º –en lo referente a personas trabajadoras– y 20º –por lo que se refiere a las funcionarias y funcionarios públicos– establece que “En el supuesto de parto, la suspensión –del contrato de trabajo– tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida... El período de suspensión se disfrutará a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de la seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que el padre y la madre trabajen, ésta, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar porque el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud”.

Sin embargo hay que decir que el tenor literal del artículo que nos ocupa no ha variado sustancialmente respecto del anterior marco jurídico. Es más, reproduce de modo idéntico el anterior régimen legal con alguna novedad referida a la cantidad de tiempo de que puede disfrutar el padre –pasa de cuatro a diez semanas– y al hecho de que el disfrute de este permiso se puede simultanear por ambos progenitores –reduciéndose en este caso el tiempo total de disfrute en idéntica proporción–.

La identidad de tratamiento entre el anterior régimen legal y la reforma del año 99 en lo que se refiere al permiso parental remunerado es lo que constituye precisamente el “quid” del problema que aquí nos ocupa.

En ambos casos se presenta el permiso parental como un derecho de la madre al que ésta puede renunciar bajo ciertas condiciones cediendo una buena parte del mismo al padre.

Una articulación del permiso como la que describimos no es banal, como ya veremos, en la aplicación concreta de la Ley.

Por otra parte, la letra del artículo reformado debe ponerse en relación con la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, Exposición de Motivos que orienta respecto a la interpretación que debe darse al tenor literal del mismo. Concretamente cuando dice que:

■ “La Constitución Española recoge en su artículo 14 el derecho a la igualdad ante la Ley y el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición”.

Continúa la Exposición de Motivos señalando que “En el artículo 39.1, el texto constitucional establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en el artículo 9.2 atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural o social”.

Por otra parte, la Exposición de Motivos de la Ley no da lugar a dudas cuando expresa que se 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”.



Todo ello además en un marco internacional tendente a favorecer y fomentar una armonización de responsabilidades familiares entre hombres y mujeres.

En el mismo sentido, la Directiva del Consejo 96/34/CE, de 3 de junio, “relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres”.

Termina la Exposición de Motivos haciendo alarde de la innovación importante que supone esta Ley al facilitar a los hombres “el acceso al cuidado del hijo desde el momento de su nacimiento o de su incorporación a la familia, al conceder 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”.

Afirmación esta última que ha de entenderse a la luz de lo que la propia Ley expresa cuando en la misma Exposición de Motivos se señala que la Ley “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 al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres”.

III. LA DENEGACIÓN DEL PERMISO POR PATERNIDAD: PADRES EXCLUIDOS

El repaso del artículo referente a los permisos por maternidad y paternidad y su puesta en relación con la Exposición de motivos tiene una importancia crucial si se examina –como en definitiva interesa– bajo el prisma de la aplicación concreta de la Ley y su efectividad en los supuestos de la vida cotidiana.

De facto resulta difícil pensar que con una tan completa, coherente y seria asunción de un compromiso en favor del cambio social se pueda realmente crear una norma de aplicación restrictiva. Sin embargo esto es lo que realmente ocurre en la aplicación concreta del artículo que nos interesa.

Contra lo que pudiera parecer, vista la declaración de intenciones de la Exposición de Motivos de la Ley, en la aplicación de este artículo se viene realizando por la Administración del Estado respecto de sus propios trabajadores una interpretación restrictiva del derecho de los mismos (los padres, que no las madres) al disfrute del permiso por paternidad.

De esta manera, tanto con el anterior marco jurídico como al amparo de la nueva Ley, cuando un funcionario –o empleado laboral de la

Administración– en activo cuya mujer trabaja como abogada –o Procuradora, o, en todo caso, fuera de la cobertura de un régimen de protección público– solicita el disfrute del permiso por paternidad la Administración deniega al padre tal derecho con el argumento de que “Una interpretación literal de las citadas normas exige que la madre se encuentre incluida en el ámbito de aplicación del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o en el de la Ley 30/1984 citada, aún cuando atendiendo a la finalidad de la norma se extienda este derecho a los trabajadores autónomos afiliados a la Seguridad Social”.

Así, la Administración viene realizando una interpretación restrictiva considerando que se produce una transferencia del derecho de la mujer al hombre, y entendiéndose que supuesto que la madre no se halla afiliada a un régimen que reconozca el derecho a un permiso remunerado por maternidad, no puede transmitir al padre ese derecho a través de su opción.

La ambigua redacción del artículo –como vemos– propicia interpretaciones que pueden llegar a ser contradictorias con lo expresado en la Exposición de motivos de la propia Ley.



IV. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La interpretación mantenida por la Administración –incluso contra la intencionalidad evidente de la nueva Ley, que no parece permitir interpretaciones restrictivas en relación con la misma– ha recibido una acogida desigual ante las diferentes jurisdicciones dónde se ha visto recurrida –notoriamente Juzgados de los Social y Contencioso-administrativos–. Y decimos desigual porque hay Tribunales en los que el criterio retractor ha sido aceptado de plano y sin embargo otros dónde se ha enmendado a la Administración y su argumento.

Entre estos últimos queremos llamar la atención de la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que ha tenido ocasión de resolver en varias ocasiones sobre la cuestión que nos ocupa y que ha consolidado un criterio jurisprudencial –incluso en el marco jurídico anterior– según el cual la restricción establecida por la Administración no puede admitirse.

Las resoluciones que vamos a ver, con todo y a pesar de reconocerse en una línea que no es unánime, tienen especial interés por el desarrollo exhaustivo y de impecable lógica jurídica de sus considerandos que traen además criterios del Tribunal Supremo notoriamente referidos a la cuestión.

En efecto, en la Sentencia de 9 de febrero de 1999, Núm. 360/1999 y la posterior de 16 de noviembre del mismo año, la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco han mantenido frente al argumento de la Administración del Estado, que la recta interpretación del precepto relacionado con el permiso por maternidad, “no conlleva el que se requiera que ambos padres deban estar vinculados por contrato de trabajo...”.

Entrando ya directamente a desmenuzar los Fundamentos de Derecho de la Sala al establecer el derecho del padre a obtener el permiso por paternidad con independencia de la situación de la madre, señalaremos que

tras establecerse por el ponente el marco jurídico que va a servir de base para la formación de la resolución, se abordan los siguientes aspectos:

1 En primer lugar la Sentencia establece que la normativa de las Leyes de Aplicación (Estatuto de los Trabajadores o Ley para la Reforma de la Función Pública), se debe aplicar al contrato de trabajo –o relación estatutaria– del interesado en ejercitar tal derecho y su empleador. Así, continúa, “La entidad gestora deberá o no declarar como protegida tal situación y conceder o denegar la prestación económica instada en base al citado Capítulo IV bis de la Ley General citada” –Ley General de la Seguridad Social–.

Esto es, lo primero que se debe analizar para determinar si al demandante le corresponde el permiso por paternidad es qué relación hay entre quien solicita y quien emplea. Evidentemente debe tratarse de una situación de contrato de trabajo o estatutaria.

2 En segundo lugar, y en relación con lo anterior, entiende la Sala que las condiciones del derecho al permiso por paternidad se regulan en un conjunto de normas de la Ley General de la Seguridad Social y del Estatuto de los Trabajadores, que se completan entre

ellas de modo que en el artículo 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social, intitulado “situaciones protegidas”, se fijan las mismas y su duración, considerando como tales la maternidad, la adopción y el acogimiento previo, estableciéndose su duración de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, al que alude el citado artículo 133 bis. Así pues, la referencia a la norma estatutaria se realiza en el marco de la duración de la situación de permiso, y sólo en él, ya que el establecimiento de los requisitos exigidos para acceder a la prestación se realiza en el artículo 133 ter de la misma Ley General de la Seguridad Social, intitulada beneficiarios, según entiende la Sala en la Sentencia que nos ocupa.

Interesa aquí determinar si el solicitante cumple o no los requisitos que la Ley determina para ser beneficiario de la prestación (alta o asimilado y tiempo de carencia).

3 Según el anterior razonamiento, no debe exigirse que padre y madre deban estar vinculados por contrato de trabajo, como pretende la Administración. Argumento que corrobora el hecho de que la Disposición Adicional Undécima bis de la misma Ley General de la Seguridad Social, fija la aplicabilidad de dicha normativa del régimen general a los regímenes especiales en los mismos términos y condiciones que los previstos para los trabajadores del Régimen General en el Capítulo IV bis del Título II de tal Ley. De esta manera la normativa se extiende a otros colectivos con regímenes diferentes al General de la Seguridad Social, como el Especial de Trabajadores Autónomos o incluso, por qué no, profesiones liberales encuadradas en Mutualidades profesionales, siendo contradictoria con esta expresa vocación de universalización de la ley la pretensión de la Administración de condicionar el derecho de un beneficiario a que su cónyuge esté incluido en un régimen concreto de la Seguridad Social.

DE FACTO RESULTA DIFÍCIL PENSAR QUE CON UNA TAN COMPLETA, COHERENTE Y SERIA ASUNCIÓN DE UN COMPROMISO EN FAVOR DEL CAMBIO SOCIAL SE PUEDA REALMENTE CREAR UNA NORMA DE APLICACIÓN RESTRICTIVA.



4

Por último, y ya que de interpretación se trata, al exigir la Administración un requisito adicional no establecido expresamente por la Ley, se detiene la Sentencia a considerar un, a nuestro entender, valioso argumento que muestra una sensibilidad muy acorde con las exigencias sociales del momento. Argumento que además anticipa de manera muy clara la voluntad que luego la legislación expresa en la Ley de Conciliación Laboral y Familiar, al menos en la Exposición de Motivos de dicha Ley y que hemos tenido oportunidad de ver más arriba. La Sentencia dice que “...no se alcanza a saber la razón que justificase la interpretación señalada en la resolución combatida de imponer tal adicional requisito, mientras que la postulada supone una interpretación más cercana a principios

imperantes en la actualidad, tales como el de la participación del padre en la atención de integral del hijo, integración de la mujer en el mundo laboral, la asunción compartida de las cargas familiares, en definitiva la no discriminación por razón de sexo (artículo 14 de la Constitución) y es una vía más de protección social de la familia que se ha de asegurar por los poderes públicos, según se fija como principio rector de la política social y económica en el artículo 39 de la misma, principios que han de ser considerados también al determinar el sentido y el contenido de la norma jurídica... (artículos 9.1 y 53.1 y 53.3 de la Constitución y 3.1 del Código Civil)”.

Por su parte este Tribunal ha tenido oportunidad de consolidar una doctrina jurisprudencial como pone de manifiesto la Sentencia de la misma Sala de 16 de noviembre de 1999 que, ante la denegación por parte del INSS a un trabajador del Servicio Vasco de Salud del permiso por paternidad con el argumento de que “la opción de descanso laboral y cobro de la prestación en favor del padre es un derecho derivado en todo caso del reconocimiento de la prestación por maternidad no siendo esta última reconocida por estar su esposa afiliada a la Mutuality General de la Abogacía”, resuelve en el mismo sentido de la anterior aportando, si cabe, argumentos de contundente evidencia:

1

Así, señala en primer lugar que “desde la perspectiva de la regulación de la prestación económica, únicamente se exige reunir los requisitos de alta o situación asimilada y período carencial, remitiendo, en cuanto a la situación protegida, a los períodos de descanso a los que se tenga derecho, por razón de parto, acogimiento o adopción, conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora del contrato de trabajo o de la relación que mantienen los funcionarios públicos”. De esta manera, la Sentencia concluye que lo que hay

que dilucidar es si el demandante es titular de derecho a uno de esos períodos, al no cuestionarse por la Administración que cumple con esos requisitos específicos –porque se ha probado que los cumple– y concurrir en él la circunstancia de ser trabajador por cuenta ajena.

Señalando la Sentencia que la exigencia de que se trate de un trabajador por cuenta ajena o un funcionario, se cumplimenta con que uno de los progenitores se encuentre en tal situación. Y ello porque el artículo 48.4 del E.T. únicamente exige que ambos progenitores trabajen sin detallar cómo deban hacerlo.

2

Por otra parte y a juicio de la Sala, no hay duda de que la finalidad de la norma es la de “facilitar el cuidado directo del hijo por alguno de sus progenitores. Precisamente en casos como el de autos es donde mejor se aprecia esa necesidad, dado que la situación de la madre, trabajadora pero carente de protección económica por maternidad, dificulta que ésta pueda estar al cuidado de su hijo recién nacido, en tanto que ello le ocasiona un perjuicio económico relevante y puede dar lugar, si el padre estuviera en situación similar, a que el hijo quedara sin el cuidado directo de ambos”.

Tan contundente argumento no precisa comentario alguno, por lo que nos limitaremos a traer a esta relación la Sentencia de 7-10-1992 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón donde señala al resolver sobre la misma cuestión respecto del derecho que pretende un trabajador por cuenta ajena casado con afiliada al Régimen Especial de Autónomos que “...el hecho de que no pueda entrar en juego respecto de sí la suspensión del contrato o relación alguna no es óbice para que esta consecuencia se produzca respecto de su marido mediante el ejercicio de la oportuna opción para las cuatro últimas semanas, siempre que concurren las condiciones en éste para el disfrute de la prestación y de la

EN DEFINITIVA EN TODAS LAS SENTENCIAS A QUE SE HA HECHO REFERENCIA APARECE UNA CONCEPCIÓN DE LAS NECESIDADES LABORALES Y FAMILIARES MUY CERCANA A LA SITUACIÓN REAL QUE VIVEN LAS PERSONAS DEL ÁMBITO SOCIAL Y CULTURAL OCCIDENTAL.

UN ÁMBITO EN EL QUE CADA VEZ MÁS LOS PADRES RECLAMAN SU DERECHO, A PESAR DE SU CONDICIÓN DE HOMBRES, A CUIDAR DE SUS HIJOS E HIJAS A TIEMPO COMPLETO...



habilidad de la esposa para reintegrarse a su ocupación autónoma. Y si ello no ofrece dudas en el supuesto de excedencia para el cuidado de hijos... menos la debe ofrecer el que se ventila, si, además, como ya se ha dicho queremos preservar el derecho de la mujer y de los hijos dentro de los valores constitucionales respetando la dignidad de la primera y la adecuada atención de los segundos”.

En definitiva en todas las Sentencias a que se ha hecho referencia aparece una concepción de las necesidades laborales y familiares muy cercana a la situación real que viven las personas del ámbito social y cultural occidental. Un ámbito en el que cada vez más los padres reclaman su derecho, a pesar de su condición de hombres, a cuidar de sus hijos e hijas a tiempo completo, exigiendo también en nombre de su descendencia el derecho de ésta a ser cuidada por uno de sus progenitores durante los primeros meses de su vida, sin que ello signifique necesariamente una merma en los ingresos familiares ni la renuncia de la madre a su trabajo.

Lo cierto es que cuando ambos progenitores trabajen, esta claro que la doctrina jurisprudencial que hemos tenido ocasión de exponer aquí considera que cualquiera de los dos puede disfrutar del permiso parental remunerado, siempre con la limitación de que ello no llegue a afectar a la salud de la madre.

Por ello sorprende de modo especial que sea precisamente la Administración, qué en su condición de tal está obligada a realizar una interpretación extensiva de la ley invocada –porque ella más que nadie debe ser ejemplo para los demás estamentos sociales y laborales–, la que más cicatera se muestre a la hora de abordar los permisos parentales remunerados, denegando por sistema ese derecho a los padres de niños y niñas cuya madre trabaja aunque lo haga fuera de los regímenes de protección estatales como la Seguridad Social o Muface.

V. EL MARCO LEGISLATIVO COMUNITARIO

En la base de estas diferentes interpretaciones de la Ley se encuentra la discrepancia en cuanto a la consideración del “permiso por paternidad” como un derecho individual del padre y la madre –criterio coincidente con una visión más progresista y menos sexista del papel de hombres y mujeres en la contribución al cuidado del hijo o hija–, o, por el contrario, como un derecho de la madre que ésta puede o no ceder al padre para que lo disfrute en su lugar.

Esta discusión, que tenía un sentido en el pasado al no estar objetivamente establecida la naturaleza del permiso parental, ha quedado a nuestro juicio zanjada a partir de la adopción por el Consejo de la Unión Europea de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

En el Punto 1 de la Cláusula 2 de esta Directiva, intitulada “Permiso Parental”, se establece que “...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 ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años...”.

Así pues, del tenor literal del precepto se desprende de modo indubitado que el derecho al permiso parental debe ser concebido en cualquier caso

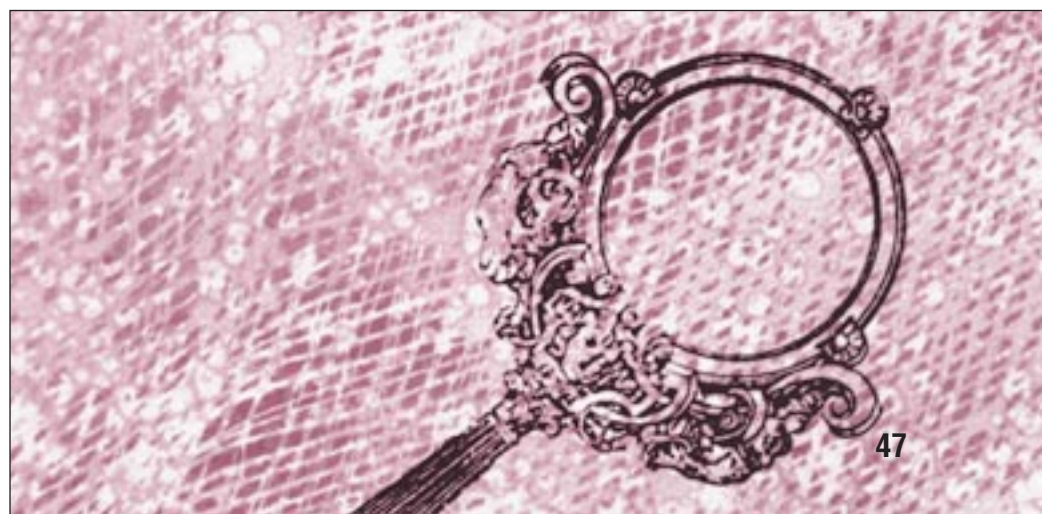
como un derecho individual y propio de la persona trabajadora, y si la legislación española no ha hecho suyo este mandato comunitario y no lo ha plasmado en la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la Ley incumple una Directiva Comunitaria, lo que la convierte en una norma vulnerable que necesariamente debe modificarse, al menos en este punto.

Si ello no llega a realizarse, nos veremos abocados a una sucesión de pleitos como única solución para tratar de restablecer situaciones individuales jurídicamente protegidas por la Directiva comunitaria.

VI. CONSECUENCIAS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL DERECHO: EL “PLUS” DE NO DISCRIMINACIÓN

Para finalizar, querríamos ir más allá en nuestra reflexión y abrir la puerta a una posibilidad todavía más sugerente que dejaremos como una cuestión abierta: Supuesto que no hay duda de que una mujer que trabaje y dé a luz puede disfrutar de su permiso por maternidad independientemente de que la condición de trabajador o no concurra en el padre ¿Acaso esta Directiva y el espíritu de la nueva Ley manifestado en su Exposición de Motivos no permitirían interpretar que al margen de la condición de trabajadora o no de la madre, el padre tendría igual derecho a un permiso parental remunerado?

Aquí dejamos esta cuestión para la reflexión general.





ACTUACIÓN DEL JUSTICIA DE ARAGÓN ANTE SITUACIONES DISCRIMINATORIAS

Posibilidad de participar en un curso formativo con derecho a disfrutar de las interrupciones necesarias durante el periodo de lactancia.

El Justicia de Aragón actúa ante un escrito de queja que plantea la situación producida en el caso de una madre que se encuentra en período de lactancia de su hijo de pocos meses, y que es llamada para participar en un curso formativo, realizado en el marco del Plan de Formación e Inserción Profesional del Gobierno de Aragón pero que, como no puede disponer de las horas de lactancia que precisa, se encuentra imposibilitada para asistir al mismo. Cuando la interesada acude a explicar su situación e informarse sobre lo que puede hacer, se le indica el carácter no obligatorio del curso y, puesto que le es imposible compaginar el mismo con la lactancia del bebé (ya que el cursillo es de dos meses de duración, mañanas y tardes, de Martes a Sábado), la trabajadora desempleada decide rechazar el curso.

A la interesada no se le imponen sanciones por no asistir al curso; pero tampoco puede obtener una solución satisfactoria, toda vez que, se trata de un curso que a ella le interesa hacer, y no puede realizarlo por no poder compatibilizar su circunstancia personal de madre lactante con la asistencia continuada e intensiva al curso, en el que no está previsto que pueda ausentarse las horas necesarias para amamantar al hijo.

Ante situaciones de trabajadoras desempleadas con hijos lactantes, los Tribunales de Justicia han tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia en sentencia de 18 de febrero de 1995 ha manifestado que "no puede ignorarse que la situación de la actora, con un hijo que no alcanzaba los tres meses de edad en la fecha de inicio del curso, habría generado en el ámbito laboral un doble derecho, al margen de la excedencia forzosa: el derecho a una reducción de la jornada de trabajo de hasta la mitad, y el derecho a una hora de ausencia del trabajo con posibilidad de dividirla en dos fracciones y con opción a sustituir tales ausencias por una reducción de la jornada normal en media hora. Y aunque la normativa de desempleo no contiene previsiones análogas, es evidente que el carácter tuitivo para la salud del hijo que late en el origen de tales permisos, obliga a aplicarlos a los casos de asistencia obligatoria a un curso de formación, con la diferencia que deriva del sujeto que exige la presencia".

En el caso ahora planteado ante el Justicia, es verdad que la trabajadora no es sancionada por rechazar el curso que se le ofrece; pero también es cierto que no tiene la posibilidad de asistir a un curso que le interesa, debido a que no puede compatibilizar los horarios de asistencia al mismo, con la atención a su hijo lactante.

Ante la queja planteada, el Justicia de Aragón solicita informe al

Departamento de Economía, Hacienda y Función Pública de la Diputación General de Aragón quien indica que en la normativa reguladora de la organización y funcionamiento de los planes formativos no está contemplada la posibilidad de disfrutar de permiso de lactancia con carácter general en los cursos formativos, ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, sí que se consideran soluciones individuales para casos concretos, atendiendo a la variedad de cursos tanto en especialidades formativas como en número de horas y lugares de impartición teniendo en cuenta siempre que se precisa la asistencia del alumnado al menos en el 80% del total de horas del curso .

El Justicia de Aragón entiende que aunque en la normativa reguladora de los cursos formativos para desempleados no se contemple con carácter general el permiso de lactancia, su otorgamiento no pueda descartarse siempre que sea posible. Incluso, ha de favorecerse ya que el propio interés del fomento de la actividad formativa para aumentar la preparación y las consiguientes posibilidades de conseguir empleo a los trabajadores/as desempleados/as, justifica que se intente abrir el mayor número de cauces para facilitar e incentivar la asistencia a estos cursos, eliminando los obstáculos que puedan impedir la participación en los mismos, máxime en sectores de población más desfavorecidos en el mercado laboral, como es el colectivo femenino.

En definitiva, el Justicia considera que debe favorecerse la asistencia

de trabajadoras desempleadas con hijos lactantes a cursos formativos que se organicen, otorgando a las interesadas la posibilidad de realizar las interrupciones que sean necesarias para la lactancia del hijo. Si ello no fuera posible mediante el empleo de ese margen del 20% del total de horas de curso en el que estaría permitida la inasistencia, habrán de buscarse fórmulas alternativas para cubrir el resto del tiempo que exceda de ese porcentaje y sea necesario ausentarse, a fin de garantizar que la alumna realice una actividad suficiente para su formación. Todo ello sin perjuicio de que, excepcionalmente, la propia naturaleza del curso sea de todo punto incompatible con estas interrupciones, y resulte totalmente imposible realizar las mismas, situación esta última que debe ser contemplada como algo absolutamente excepcional, siendo la regla general la posibilidad de realizar las interrupciones necesarias para la lactancia del hijo y asistir al curso formativo.

Por todo ello, el Justicia de Aragón formuló la siguiente SUGERENCIA al Excmo. Sr. Consejero del Departamento de Economía, Hacienda y Función Pública de la D.G.A. en la materia analizada:

Que en el ejercicio por parte de la Diputación General de Aragón de las competencias en materia de organización y funcionamiento de Cursos en los planes de Formación e Inserción Profesional de Aragón se contemple la posibilidad de que aquellas trabajadoras desempleadas que tengan hijos/as lactantes puedan compatibilizar la asistencia a los cursos para los que hayan sido seleccionadas con el disfrute de las interrupciones necesarias para llevar a efecto la lactancia, en los términos expresados en la presente resolución; garantizando siempre el ofrecimiento a la trabajadora de tal posibilidad, sin perjuicio de alguna situación excepcional en la que ello no sea posible por la propia naturaleza de los cursos.

Breves

FERNANDO GARCÍA VICENTE
Justicia de Aragón

ANA TRICIO GALÁN

Secretaria General del Instituto Aragonés de la Mujer.

Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales. Gobierno de Aragón

JURISPRUDENCIA

Declaración de despido nulo por la no renovación de contrato de una mujer que se encuentra en situación de descanso por maternidad.

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sentencia número 198/2000.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, confirma la sentencia del Juzgado de lo Social número 6 de Zaragoza que declara nulo el despido de una mujer que ha prestado servicios a la Diputación General de Aragón en virtud de contrato laboral temporal cuando éste no es renovado por encontrarse la actora en situación de descanso maternal.

La Diputación General de Aragón aduce, entre otros motivos, que una vez que finalizara legalmente su contrato temporal, la actora no habría de ostentar derecho alguno frente a ninguna Administración Pública, por lo que únicamente podría ostentar una expectativa de derecho a ser contratada que, por no haberse formalizado, daría lugar en todo caso a una hipotética indemnización en virtud de responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos.

El Tribunal lo desestima ya que consta la decidida voluntad administrativa de concertar un nuevo contrato de trabajo con la demandada, sin solución de continuidad con el anterior, así como la decisión en contrario, constante la relación laboral, por motivos claramente discriminatorios por razón del sexo que ni siquiera se discuten en el recurso. Se satisfacen así, en primer lugar, las exigencias conceptuales del despido, que envuelve la idea de una resolución del contrato por la unilateral voluntad e iniciativa del empresario (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1996). Pero es que, además, en relación con los motivos determinantes del cese de la actora ha de traerse a colación la doctrina del Tribunal Constitucional, por ejemplo en la sentencia 173/1994, de 7 de junio, cuando 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 comprende estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca, tal sucede con el embarazo (Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1984 y 166/1998)".

Síndrome ansioso depresivo constitutivo de accidente de trabajo (por acoso sexual de superior inmediato).

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia 24 de enero de 2000.

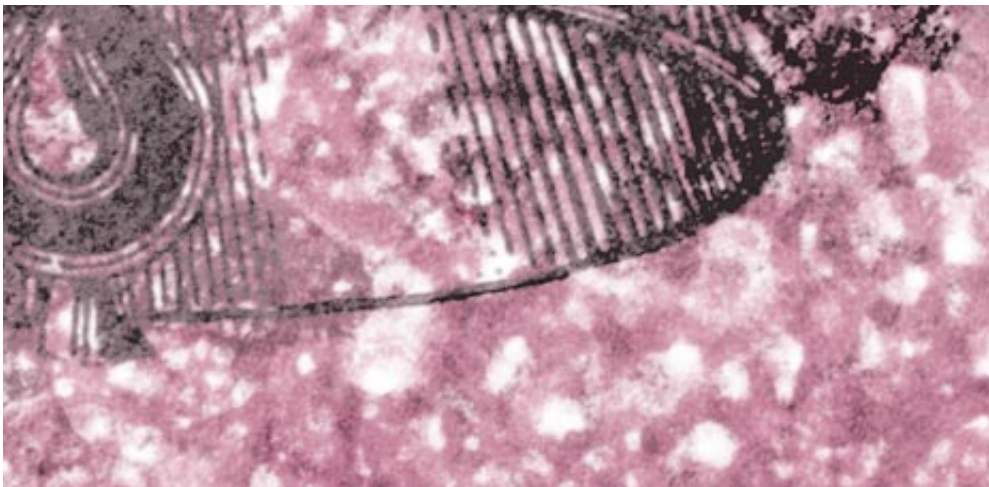
La sentencia declara que el proceso de incapacidad temporal que sufre la actora es derivado de la contingencia de accidente de trabajo fundamentando que para la destrucción de la presunción de laboralidad de enfermedad de trabajo surgida en el tiempo y lugar de trabajo, se exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal, la Sala considera que el síndrome ansioso depresivo que sufre la actora devienen como consecuencia del trabajo, y es constitutivo de accidente de trabajo, **ya que resulta claro y evidente que existe un nexo causal entre la situación laboral y la enfermedad que padece al haber sido objeto, por parte de su jefe inmediato, de distintos acosos sexuales que determinaron la condena de aquél por vulneración de la prohibición de discriminación sexual y otros derechos fundamentales.**

Denegar a una funcionaria interina de larga duración la posibilidad de solicitar las excedencias para el cuidado de los hijos produce una efectiva y real discriminación respecto de la permanencia en el mercado de trabajo.

Tribunal Constitucional 2ª Sala 240/1999, de 20 de Diciembre.

La denegación de la solicitud de la excedencia voluntaria para cuidado de hijo/a, sobre la única base del carácter temporal y provisional de la relación funcional y de la necesidad y urgencia de la prestación del servicio, propia de la configuración legal de la vinculación de los funcionarios interinos, resulta en extremo formalista y la restricción del derecho a la excedencia resulta claramente desproporcionada. En este caso no concurre la causa que podía justificar la negación de la titularidad de un derecho relacionado con un bien dotado de relieve constitucional, ni la diferencia de trato entre los dos tipos de personal al servicio de la Administración.

No existe justificación objetiva y razonable para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el del cuidado de los hijos/as, dispensar, a un funcionario interino que lleva más de 5 años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera, con el único argumento de que legalmente su relación con la Administración es provisional en tanto no se provea por funcionarios de carrera. Con ello se trata de afirmar que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas desde la perspectiva del art. 14 CE, sino de destacar que pueden serlo en atención a las circunstancias del caso y, muy especialmente, a la transcendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual.





LA MUJER ANTE EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Juan José Fernández Domínguez. *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social (antiguos y nuevos problemas de la igualdad de sexo)*. Madrid 1999. Ed. La Ley-Actualidad, Colección Relaciones Laborales. 296 págs.

Prólogo por Germán Barreiro González. Nota previa y siete capítulos. Bibliografía.

Uno de los ámbitos en los que, sin duda, existen múltiples formas de discriminación (directa o indirecta) de la mujer es el relativo a su posición ante y dentro del ordenamiento social, y de forma particularmente acusada, en sus relaciones con el sistema de la Seguridad Social. Partiendo de esta premisa, Juan José Fernández aborda el estudio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social en el sistema normativo europeo, descendiendo a aspectos tales como el trabajo a tiempo parcial, las evidentes diferencias de cotización o la discriminación salarial de la mujer, que con la correlativa disminución de la base de cotización, influye negativamente en las prestaciones de la Seguridad Social.

El núcleo de la obra está constituido por un completo análisis de la posición de la mujer ante la normativa interna en materia de seguridad social, ofreciéndose el panorama de todas y cada una de las prestaciones del sistema: maternidad, jubilación, incapacidad... con especial referencia a dos regímenes especiales: el agrario y el de los empleados del hogar, en los que se puede apreciar con mayor claridad la quiebra del principio de igualdad de trato en algunos aspectos concretos de los mismos.



LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR NACIMIENTO O ADOPCIÓN DE HIJOS

M.ª Pilar Rivas Vallejo. *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*. 1999, Aranzadi Editorial; Colección Monografías n.º 139. 485 págs.

Prólogo por José Ignacio García Ninet. Introducción y dos partes. Anexo de legislación y bibliografía.

En un contexto histórico-social como el actual marcado por un acusado descenso de la natalidad, una de cuyas causas radica precisamente en la dificultad de compatibilizar la vida familiar con la laboral, cobran un especial sentido las medidas tendentes a facilitar tal compatibilización a través de la mejora de la protección por maternidad. Entre tales medidas se encuentra ya desde las primeras normas sociales el reconocimiento del derecho de la trabajadora a suspender el contrato de trabajo con motivo del nacimiento de un hijo o hija, a cuyo estudio se dedica esta monografía, y en relación con el cual, la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o adopción y la figura de la excedencia por cuidado de hijos o hijas, se presenten como dos caras de una misma moneda.

M.ª Pilar Rivas, comprometida en la eliminación de la discriminación por razón de género, lleva a cabo un completo estudio de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija tanto desde el ámbito estrictamente laboral, analizando la suspensión desde una perspectiva contractual, como en el de la Seguridad Social, abordando el estudio de los efectos que tal vicisitud del contrato de trabajo produce en el ámbito de la Seguri-

dad Social, incorporando las novedades incorporadas en la materia por la Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral.



LA LEY 39/1999 DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL: UNA CORRECCIÓN DE ERRORES CON DIEZ AÑOS DE RETRASO

M.ª Amparo Ballester Pastor. *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*. Valencia, 2000. Tirant lo Blanch, Colección Laboral n.º 94. 67 págs.

A pesar de las expectativas creadas por la Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral, no se ha producido la necesaria reestructuración del panorama normativo en la materia, sino más bien se ha procedido a una corrección de los destinos e imperfecciones anteriores de manera no siempre acertada. Queda pendiente, por tanto, una reforma integral de mayor calado que afronte el reto de la igualdad real entre hombres y mujeres, a través de medidas que potencien realmente la asunción masculina de las tareas domésticas y familiares.

Con esta idea crítica como telón de fondo, Amparo Ballester aborda el análisis global de la normativa sobre suspensión del contrato por maternidad, excedencias y permisos parentales, en relación con la reciente reforma operada por la nueva ley; así como de la nueva incapacidad temporal por riesgo durante el embarazo y de la protección frente al despido como aspectos más novedosos introducidos por la nueva regulación.



ACCIÓN POSITIVA Y EMPLEO DE LA MUJER

Elisa Sierra Hernáiz. *Acción positiva y empleo de la mujer*. Consejo Económico y Social, Colección Estudios n.º 82. 212 págs.

Prólogo por Juan García Blasco. Introducción, seis capítulos, recapitulación final. Bibliografía.

Con esta monografía, Elisa Sierra lleva a cabo una profunda reflexión sobre un tema especialmente complejo y delicado para ser objeto de investigación científica, como lo es el de la acción positiva en favor de la mujer en el ámbito laboral. Como necesario punto de partida, se aborda la no siempre fácil tarea de precisar y dar contenido a conceptos tales como igualdad, discriminación... imprescindibles para comprender la superación del paradigma clásico de igualdad formal, por la igualdad sustancial que propugna la autora, y que encuentra su fundamento normativo en el art. 9.2 y en la cláusula del Estado Social de nuestra Constitución. Quedaría así justificada la adopción de medidas de acción positiva, cuya finalidad es actuar ante una situación de discriminación para situar a los beneficiarios de esas medidas en el lugar que les correspondería de no haberse producido esa discriminación. Ante la dificultad para implantar tales medidas por las implicaciones sociales que conllevan, la autora sienta una base teórica que permita fijar hasta qué punto son admisibles las medidas de acción positiva para evitar que su puesta en práctica no entrañe un peligro para el hombre, teniendo en cuenta para ello tanto las experiencias en el ámbito comunitario como en los Estados Unidos, cuyo ordenamiento es objeto de un exhaustivo análisis.

C O N T E N I D O

Editorial.....	4
DERECHO INTERNACIONAL	
Jurisprudencia norteamericana reciente sobre la <i>affirmative action</i> basada en el género. Por Fernando Rey Martínez. Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid	6
DERECHO COMUNITARIO	
Mujer y títulos nobiliarios: una peculiar visión de la discriminación por razón de género. Por Sofía de Salas Murillo. Profesora Ayudante de Facultad de Derecho Civil. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza	12
DERECHO ESPAÑOL	
La situación de riesgo por embarazo y su adecuación al derecho comunitario. Por José Fernando Lousada Arochena. Juez del Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra	16
Lista no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N.º L 348 de 28-11-92.....	20
Los derechos de conciliación en la Ley 39/99: Interrupción o reducción de la actividad laboral para atender responsabilidades familiares. Por Teresa Pérez del Río. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cádiz	22
Conciliación de la vida familiar y laboral. Por Josefa Galindo Sánchez. Inspectora de Trabajo y Seguridad Social de Cádiz	32
MISCELÁNEA	
Comparte. Hombres y Mujeres a partes iguales: conciliemos la vida personal, familiar y laboral. Por Instituto Aragonés de la Mujer. Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales. Gobierno de Aragón	41
DERECHO AUTONOMÍAS	
La naturaleza del Permiso parental remunerado a la luz de la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y de la reciente Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Por Myriam Enríquez Domínguez. Abogada	42
BREVES	
Actuación del Justicia de Aragón ante situaciones discriminatorias. Posibilidad de participar en un curso formativo con derecho a disfrutar de las interrupciones necesarias durante el periodo de lactancia. Por Fernando García Vicente. Justicia de Aragón	48
Jurisprudencia	
Declaración de despido nulo por la no renovación de contrato de una mujer que se encuentra en situación de descanso por maternidad. Síndrome ansioso depresivo constitutivo de accidente de trabajo (por acoso sexual de superior inmediato). Denegar a una funcionaria interina de larga duración la posibilidad de solicitar las excedencias para el cuidado de los hijos produce una efectiva y real discriminación respecto de la permanencia en el mercado de trabajo. Por Ana Tricio Galán. Secretaria General del Instituto Aragonés de la Mujer. Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales. Gobierno de Aragón	49
LIBROS	
Referencias bibliográficas comentadas. Por Camino Ortiz de Solórzano Aarusa. Becaria FPI. Departamento de Derecho de la Empresa. Área de Derecho del Trabajo. Universidad de Zaragoza	50