

Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 138/2018 de 17 Dic. 2018, Rec. 275/2018

Ponente: Montoya Melgar, Alfredo.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Juan José González Rivas, Presidente, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Alfredo Montoya Melgar, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 275-2018, promovido por don Darío y la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPIiNA), representados por la Procuradora de los Tribunales doña Ariadna Latorre Blanco y asistidos por la Abogada doña Elena Rodilla Álvarez, contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 13 de diciembre de 2017, que desestima el recurso de suplicación núm. 1238-2017 interpuesto contra la Sentencia de 18 de mayo de 2017 del Juzgado de lo Social núm. 7 de Madrid, dictada en los autos núm. 255-2016, así como frente a las precedentes resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Han intervenido el Letrado de la Administración de la Seguridad Social y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Alfredo Montoya Melgar, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. La Procuradora de los Tribunales doña Ariadna Latorre Blanco, en nombre y representación de don Darío y de la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPIiNA), interpuso demanda de amparo contra las resoluciones citadas en el encabezamiento, mediante escrito registrado en este Tribunal el 16 de enero de 2018.

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

a) Don Darío, que fue padre el 24 de octubre de 2015, disfrutó de un permiso de paternidad de trece días, en virtud de la legislación vigente a la fecha del hecho causante (art. 48 *bis* del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo [LET], precepto introducido por la disposición adicional décima apartado 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres). Le fue reconocida por resolución de la dirección provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de Madrid de 12 de noviembre de 2015 la prestación de paternidad de trece días por importe del 100 por 100 de la base reguladora diaria, conforme a lo dispuesto en la legislación aplicable (art. 133 *octies* a 133 *decies* del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, regulación introducida por la disposición adicional décima apartado 7 de la citada Ley Orgánica 3/2007).

b) El Sr. Darío presentó el 13 de noviembre de 2015 una solicitud ante la Dirección provincial del INSS de Madrid, interesando la ampliación y equiparación de la prestación de paternidad con la prestación por maternidad, tanto en lo que se refiere a las condiciones de disfrute como a su duración (dieciséis semanas), con carácter personal e intransferible. Al no recibir respuesta a su solicitud, formuló el 26 de enero de 2016 reclamación previa ante la entidad gestora, que tampoco fue contestada.

Como fundamento de su pretensión invocaba el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación (art. 14 CE). Aducía, en síntesis, que la decisión administrativa de no equiparar la prestación de paternidad con la prestación por maternidad constituía un acto discriminatorio por razón de sexo, basado en una interpretación literal y formalista de la normativa aplicable contenida en el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (en adelante LET) y en el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (en adelante LGSS).

c) Con fecha 20 de marzo de 2016 el Sr. Darío y la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPIINA) presentaron demanda contra el INSS, que recayó en el Juzgado de lo Social núm. 7 de Madrid, dando lugar a los autos núm. 255-2016. Solicitaron que se dictase sentencia que reconociese el derecho del demandante a la prestación de paternidad en términos equiparables a la de maternidad, por considerar que la diferencia de trato dispensada en cuanto a la duración de ambas prestaciones, basada en una interpretación literal y formalista de la normativa aplicable, suponía para los varones un trato discriminatorio por razón de sexo, lesivo del artículo 14 CE. Alegaban también que la equiparación de la prestación de paternidad con la de maternidad se conecta con la conciliación de responsabilidades familiares dimanante del principio de protección de la familia (art. 39 CE). Por último, añadían que la equiparación pretendida es una exigencia del derecho europeo, que prevalece sobre la normativa nacional. Invocaban al efecto los artículo 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea, los artículo 21 y 23 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Proponían por ello el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si el Juzgado no estimase directamente inaplicables los artículos 133 *octies* a 133 *decies* LGSS y 48 *bis* LET.

d) El Juzgado de lo Social núm. 7 de Madrid dictó sentencia desestimatoria el 18 de mayo de 2017, absolviendo al INSS de las pretensiones deducidas en su contra por los demandantes. Entendió el juzgado, con remisión a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid de 17 de abril de 2017 sobre el mismo asunto, que el diferente régimen jurídico de los permisos de maternidad y paternidad en relación con su duración no contradice las exigencias del principio de igualdad y de no discriminación, a que se refiere la parte demandante como fundamento de su reclamación. Se trata de situaciones jurídicas distintas que justifican el trato desigual fundado en razones objetivas, como son las derivadas del hecho biológico de la maternidad, de conformidad con la jurisprudencia constitucional (entre otras, STC 75/2011, de 19 de mayo). Añade que también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que se trata de una diferenciación legítima conforme a la normativa comunitaria.

e) Contra esa Sentencia los demandantes interpusieron recurso de suplicación (núm. 1238-2017), que fue desestimado por Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de diciembre de 2017, confirmando en su integridad el pronunciamiento de instancia.

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

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

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

4. El Pleno del Tribunal Constitucional acordó, por providencia de 16 de julio de 2018, recabar para sí el conocimiento del recurso y admitirlo a trámite, por apreciar que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC) por los siguientes motivos: 1º Porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o modificar su doctrina, como consecuencia de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 b)]. 2º La posible vulneración del derecho fundamental que se denuncia pudiera provenir de la ley o de otra disposición de carácter general [STC 155/2009, FJ 2 e)]. 3º El asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica relevante, que genera repercusión social o económica [STC 155/2009, FJ 2 g)].

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 LOTC, se acordó requerir atentamente a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de suplicación núm. 1238-2017. Asimismo se acordó dirigir atenta comunicación al Juzgado de lo Social núm. 7 de Madrid, para que en el mismo plazo remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes a los autos 255-2016 y procediese a emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción de la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudiesen comparecer, si lo desean, en el presente proceso constitucional.

5. Recibidas las actuaciones requeridas de los órganos judiciales y personado el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en la representación del INSS que legalmente ostenta, por diligencia de ordenación de la secretaría de justicia del Pleno de 3 de septiembre de 2018 se acordó dar vista de las actuaciones del presente recurso de amparo a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el artículo 52.1 LOTC.

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

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

En cuanto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), considera el Fiscal que esta queja incurre también en óbice de falta de invocación previa en la vía judicial [art.

44.1 c) LOTC], si se entiende imputable a la Sentencia del Juzgado de lo Social, por no haberse denunciado la pretendida vulneración de este derecho en el recurso de suplicación. Si la lesión se considera imputable a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el óbice que concurriría sería el relativo a la falta de agotamiento de la vía judicial [art. 44.1 a) LOTC], por no haber intentado el remedio de la lesión mediante la interposición del incidente de nulidad de actuaciones conforme al artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

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

Tras reproducir los preceptos legales aplicables, referidos a los permisos y prestaciones de maternidad y paternidad, advierte el Fiscal que, conforme a esa regulación, a los padres no se les reconoce el derecho a un permiso y una prestación iguales a los de maternidad, sino el derecho a un permiso y una prestación por paternidad en los términos previstos en la normativa laboral y de seguridad social. Las normas legales aplicables son pues muy claras; no presentan ninguna duda interpretativa. Las sentencias impugnadas no han obviado en su análisis los derechos en juego: su lectura evidencia que han analizado la posible afectación del derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), así como del mandato de protección de la familia (art. 39 CE), del que derivaría el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, teniendo asimismo en cuenta la normativa y la jurisprudencia de la Unión Europea. La sentencia recaída en suplicación hace además expresa referencia a la STC 75/2011, de 19 de mayo, cuya doctrina considera el Fiscal aplicable a este caso, en cuanto advierte que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de seguridad social y en apreciación de las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento, pueda atribuir al padre trabajador, si lo estima oportuno (como en efecto lo ha hecho, mediante la reforma introducida por la disposición adicional undécima de la Ley Orgánica 3/2007, con el propósito de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares), el derecho a suspender el contrato de trabajo con reserva de puesto y al correspondiente subsidio de seguridad

social, "sin que ello signifique que la opción legislativa precedente, vigente a la fecha de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, que no contemplaba la atribución de este derecho al padre trabajador, sea por ello inconstitucional" (STC 75/2011, FJ 8).

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

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

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

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

7. La Procuradora de los Tribunales doña Ariadna Latorre Blanco, en nombre y representación de los demandantes, por escrito registrado en este Tribunal el 3 de octubre de 2018, presentó sus alegaciones, en las que reiteró las contenidas en la demanda, solicitando el otorgamiento del amparo interesado.

Insisten los demandantes en que las sentencias impugnadas han vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), así como el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, dimanante del principio de protección de la familia (art. 39 CE). Aducen que la concesión de un permiso de paternidad de duración inferior al de maternidad supondría en todo caso una discriminación por razón de género, al estar vinculada al cuidado de los hijos, con independencia del sexo de la persona que lo solicite. La superación del modelo tradicional de distribución de roles sociales exige fórmulas que favorezcan a través de la corresponsabilidad un reparto equitativo entre hombres y mujeres de las tareas de cuidado y de carácter doméstico, así como un diseño de la conciliación, no solo ni fundamentalmente como una política familiar, sino como política de igualdad.

Añaden que las resoluciones impugnadas lesionan el artículo 18 CE, en relación con el artículo 39 CE. Sostienen que el artículo 18 CE debe interpretarse en relación con el artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), que protege la vida privada como esfera autónoma de actuación y desarrollo personal, incluyendo la interacción con otras personas. El derecho que reclama el padre demandante de poder crear un vínculo fuerte y duradero con su hijo, disfrutando de tiempo de cuidado en condiciones equiparadas a las de la madre, formaría parte de su derecho individual al desarrollo de su vida personal y familiar y a hacerlo constituyendo un modelo de relación familiar fuera de los patrones o roles de género tradicionalmente asignados a su sexo.

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

8. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social presentó sus alegaciones ante este Tribunal el 2 de octubre de 2018, interesando la denegación del amparo.

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

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

fijación de una distinta duración de los permisos de maternidad y de paternidad no supone vulneración alguna del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo; sin perjuicio de que el legislador pueda en el futuro prever una duración idéntica de ambos permisos o, como política de corresponsabilidad de los hombres en la familia, contemplar incluso un permiso de paternidad de superior duración.

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

9. Mediante providencia de 13 de diciembre de 2018, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 17 de dicho mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

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

El presupuesto fáctico y las cuestiones planteadas en el presente recurso de amparo son idénticos a los que sustentaron el recurso de amparo núm. 4344-2017, interpuesto por Mario y la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPiINA), frente a una sentencia precedente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, confirmando lo dispuesto en la Sentencia del Juzgado de lo Social, declaró que el diferente régimen jurídico de los permisos de maternidad y paternidad en relación con su duración no contradice las exigencias del principio de igualdad y de no discriminación, pues se trata de situaciones jurídicas distintas que justifican el trato desigual fundado en razones objetivas, como son las derivadas del hecho biológico de la maternidad. Dicho recurso ha sido resuelto en sentido desestimatorio en la STC 111/2018, de 17 de octubre.

La señalada identidad no se refiere únicamente a los hechos y la fundamentación de la resolución judicial cuestionada, sino que se extiende a los razonamientos jurídicos que sustentan la demanda de amparo en el caso presente. Por ello, resulta obligado remitirse íntegramente a lo allí resuelto y, en consecuencia, la presente queja ha de seguir la misma suerte desestimatoria que el citado recurso.

2. De los pronunciamientos de la citada sentencia del Pleno cabe destacar sintéticamente los siguientes, que son plenamente aplicables a la resolución de este caso:

a) Las quejas relativas al artículo 24 CE deben ser descartadas, a la vista del contenido de las actuaciones y las sentencias impugnadas.

"Por lo que se refiere a la supuesta limitación del derecho a la prueba, en realidad esta queja encubre la mera discrepancia de los demandantes con la valoración de la prueba llevada a cabo por los órganos judiciales, en el legítimo ejercicio de su función jurisdiccional exclusiva (art. 117.3 CE). Tampoco tiene fundamento la queja referida a la pretendida falta de motivación de la decisión de no plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la compatibilidad de la regulación española del permiso de paternidad con el Derecho de la Unión Europea, pues la sentencia de suplicación explica suficientemente, con cita de la Sentencia del

Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de septiembre de 2013, C 5/12, asunto *Betriu Montull*, las razones que justifican esa decisión judicial: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea descarta que la normativa española entre en contradicción con la regulación europea" (STC 111/2018, FJ 1).

b) Como dijimos en la STC 111/2018, FJ 4, el problema reside en dilucidar si la normativa vigente a la fecha del hecho causante, aplicada en las resoluciones impugnadas en amparo, puede considerarse conforme al derecho fundamental garantizado por el artículo 14 CE, como han entendido los órganos judiciales intervinientes. Para resolver este problema, y de conformidad con la doctrina constitucional que tiene declarado que el principio de igualdad no exige en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, debe examinarse si "las situaciones que se traen a comparación en el presente recurso de amparo pueden considerarse iguales y, en caso de que así sea, si la diferente duración de los permisos por maternidad y paternidad (y de las correlativas prestaciones económicas de la seguridad social) que establece la legislación aplicable tiene una justificación objetiva, razonable y proporcionada".

c) De lo razonado en la STC 75/2011, FFJJ 3 y 4, se desprende que la finalidad que persigue el legislador en la protección laboral y de seguridad social dispensada en el supuesto de parto es diferente en atención a que se trate de la madre o del padre. Así, se dice en el FJ 5 de la STC 111/2018 que, "en el caso de la madre, la 'finalidad primordial' que persigue desde siempre el legislador al establecer el descanso por maternidad y el correspondiente subsidio económico de la seguridad social es la protección de la salud de la mujer trabajadora, durante el embarazo, parto y puerperio. Este descanso es obligatorio como mínimo en las seis semanas inmediatamente siguientes al alumbramiento; por eso el legislador, cuando permite a la madre ceder al padre, cuando ambos trabajen, una parte determinada de su periodo de descanso por maternidad, excluye en todo caso la parte de descanso obligatorio posparto, que resulta así indisponible para la madre. Distinto es el permiso por paternidad y la correlativa prestación de la Seguridad Social que se reconocen en nuestro ordenamiento social a partir de 2007 a los padres; inicialmente con una duración de trece días, que fue la disfrutada por el recurrente en amparo, y sucesivamente ampliada a cuatro semanas y luego a cinco semanas. Tienen, como es obvio, una finalidad distinta, que no es otra que la de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos. No es ocioso recordar que ya en la STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 9, este Tribunal advirtió que la colaboración en el cuidado de los hijos comunes (art. 39.3 CE) incumbe a ambos progenitores, lo que convertiría en inadmisibles una posición que partiese 'de la dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas y de la exclusión absoluta del hombre de las mismas'".

d) En el marco jurídico de la Unión Europea, la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores (2017/0085) "pretende introducir el permiso de paternidad —durante un período que no debe ser inferior a diez días laborables—. Su objeto es fomentar un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos, según señala su exposición de motivos" (STC 111/2018, FJ 5).

e) Ahora bien, "de la premisa indiscutible de que los progenitores deben corresponsabilizarse en el cuidado de los hijos comunes, conforme exige el artículo 39.3 CE, no se sigue la conclusión, en contra de lo que se pretende en la demanda de amparo, de que los permisos laborales en caso de parto, y las correlativas prestaciones económicas de la Seguridad Social, deban tener el mismo contenido, ni por tanto que la diferente duración de los permisos por maternidad y por paternidad lesione el derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 14 CE" (STC 111/2018, FJ 6).

Siendo la finalidad primordial del permiso por maternidad (y de la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social), como asevera la STC 75/2011, FJ 3, la de preservar la salud de la trabajadora embarazada sin detrimento de sus derechos laborales, este Tribunal ha manifestado que "este entendimiento del permiso de maternidad en la doctrina constitucional es coincidente con el que resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,

traída a colación por las partes en el proceso *a quo*. En efecto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 'la trabajadora que haya dado a luz o en período de lactancia se encuentra en una situación específica de vulnerabilidad que requiere que se le conceda un permiso de maternidad', debiendo considerarse tal permiso a favor de las trabajadoras embarazadas como 'un medio de protección del Derecho social que reviste particular importancia'; al tener 'por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de este, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones' (sentencia de 19 de septiembre de 2013, asunto *Betriu Montull*, C 5/12, apartados 48-50, con cita a su vez de las Sentencias de 12 de julio de 1984, asunto *Hofmann*, 184/83, apartado 25; de 27 de octubre de 1998, asunto *Boyle y otros*, C 411/96, apartado 40; y de 20 de septiembre de 2007, asunto *Kiiski*, C 116/06, apartados 46 y 49)" (STC 111/2018, FJ 6).

f) Como advirtió este Tribunal en el fundamento jurídico 7 de la STC 111/2018, los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos corroboran que los Estados parte tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas disfruten de un permiso de maternidad, en aras de la protección de la salud de la mujer durante su embarazo, parto y puerperio. En este sentido, puede citarse, siguiendo a la STC 111/2018, el artículo 3 del Convenio núm. 103 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1952, sobre la protección de la maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965, y el artículo 10.2 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por España el 13 de abril de 1977.

g) En consecuencia, debe descartarse que la diferencia de trato entre hombres y mujeres en cuanto a la duración de los permisos y prestaciones por maternidad y paternidad "incurra en vulneración del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) pues se trata de situaciones diferentes en la consideración de la finalidad tuitiva perseguida por el legislador, por lo que no concurre siquiera un término de comparación adecuado" (STC 111/2018, FJ 7).

En el supuesto de parto "la finalidad primordial perseguida por el legislador le ha llevado a establecer el derecho de la mujer trabajadora a suspender su contrato con reserva de puesto de trabajo durante dieciséis semanas ininterrumpidas, o el periodo superior que proceda en caso de parto múltiple, de las cuales al menos seis habrán de ser obligatoriamente disfrutadas después del parto. Igualmente, la correspondiente prestación por maternidad de la seguridad social tiene como finalidad preservar la salud de la mujer ante un hecho biológico singular, considerando que una reincorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo tras el alumbramiento puede ser perjudicial para su completa recuperación; lo que hace compatible esa protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora con la conservación de sus derechos laborales. Se trata pues de una exigencia, derivada del artículo 39.2 CE, de preservar la salud de la mujer trabajadora durante su embarazo y después de este y, por otra parte, de proteger las particulares relaciones entre la madre y su hijo durante el período de puerperio, como también ha señalado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, antes citada. Por eso los compromisos internacionales asumidos por España al ratificar los citados acuerdos y convenios sobre derechos humanos obligan a adoptar las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas disfruten de un permiso de maternidad, a fin de proteger la salud de la mujer (Convenio de la Organización Internacional del Trabajo núm. 103; art. 10.2 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales); también la normativa de la Unión Europea impone esta obligación (art. 8 de la Directiva 92/85/CEE). Así lo advirtió también este Tribunal, al señalar que "la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, hace necesario un derecho a un permiso de maternidad (STC 324/2006, FJ 6)" (STC 111/2018, FJ 7).

Por el contrario, "el establecimiento de un permiso por paternidad no viene impuesto hasta la fecha por ninguna norma de Derecho internacional que obligue a nuestro país ni por el Derecho de la Unión Europea. Obedece a una finalidad tuitiva diferente: favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes (art. 39.3 CE). Por tanto, la decisión del legislador, desde luego inobjetable, de reconocer a los hombres el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de un hijo, con el correlativo a percibir la prestación por paternidad de la Seguridad Social, tiene una finalidad diferente al supuesto tradicional de suspensión del contrato de trabajo de la mujer trabajadora por parto. No se trata, como es obvio, de proteger la salud del trabajador, sino de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos. Buena prueba de la diferencia apuntada es que el permiso de maternidad en caso de parto se configura legalmente como un derecho originario de la madre trabajadora (STC 76/2011, FJ 3); esta puede optar por ceder al padre, cuando ambos trabajen, el disfrute de una parte determinada del periodo de descanso posterior al parto, con exclusión de las seis semanas de descanso obligatorio para la madre (art. 48.4 LET)" (STC 111/2018, FJ 7).

En conclusión, como hemos dicho en la STC 111/2018, FJ 7, "siendo diferentes las situaciones que se traen a comparación, no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) la diferente duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la seguridad social que establece la legislación aplicada en las resoluciones administrativas y judiciales que se impugnan en amparo. La atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la seguridad social, a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón. Este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar que la maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada directamente del artículo 39.2 CE, que se refiere a la protección integral de las madres. Por tanto las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre (SSTC 109/1993, FJ 4, y 75/2011, FJ 7)".

h) En todo caso, "cuestión distinta es que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de seguridad social, apreciando las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento a la hora de administrar recursos económicos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales (por todas, SSTC 65/1987, de 21 de marzo, FJ 17; 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3, y 75/2011, FJ 7), pueda ampliar la duración del permiso de paternidad, como en efecto lo ha hecho" (STC 111/2018, FJ 8); pero ello no significa que "la regulación legal precedente y actual, que establece una duración del permiso y la prestación por paternidad inferior a la del permiso y la prestación por maternidad, sea por ello contraria al artículo 14 CE" (STC 111/2018, FJ 8).

3. La aplicación de tales criterios al presente supuesto, dada su identidad fáctica y jurídica, permite concluir que la solicitud de amparo debe ser desestimada al no apreciarse vulneración del derecho garantizado por el artículo 14 CE.

Fallo

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

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo interpuesto por don Darío y la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPiINA).

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

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

VOTO PARTICULAR

1. Voto particular que formula la Magistrada doña Maria Luisa Balaguer Callejón a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 275-2018.

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 LOTC, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría de la Sala, formulo el presente Voto particular por discrepar de la fundamentación y el fallo de la Sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 275-2018, interpuesto por don Darío y la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPiINA).

1. A mi juicio la Sentencia que resuelve el recurso de amparo planteado por la Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPiINA) y por un padre integrante de la Plataforma, debió ser estimatoria, como debieron serlo las que han recaído previamente sobre esta misma cuestión (SSTC 111/2018, de 17 de octubre y 117/2018, de 29 de octubre), lo que hubiera exigido, a su vez, el previo planteamiento de una cuestión interna de constitucionalidad (art. 55.2 LOTC). Así parecía reconocerlo implícitamente la providencia de 16 de julio de 2018 cuando, tras el examen sobre la admisibilidad del recurso de amparo, se entendió que era una de las causas de especial trascendencia constitucional justificativa de su admisión a trámite [STC 155/2009, FJ 2, e)]. El hecho de que la vulneración del derecho fundamental denunciado, en caso de haberse apreciado, pudiera provenir de la ley aplicable al supuesto concreto, habría requerido este trámite. La cuestión interna habría tenido por objeto el artículo 48 *bis* del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), en la versión introducida por la disposición adicional decimoprimera de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y los artículos 133 *octies* a 133 *decies* del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, en la redacción dada por la disposición adicional decimooctava de la referida ley orgánica.

Tales preceptos, en la redacción vigente cuando el recurrente en amparo fue sujeto beneficiario de la suspensión del contrato por causa de su paternidad, preveían una licencia de trece días de duración, denominada "permiso de paternidad", de titularidad exclusiva del padre, y ampliable en caso de parto múltiple (art. 48 *bis* LET). Quienes recurren en amparo entienden que tal previsión legal, aplicada en sus estrictos términos tanto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, como por el Juzgado de lo Social y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, resulta lesiva del derecho a la igualdad y la interdicción de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), en relación con la garantía de la protección de la familia del artículo 39 CE.

El tema que se plantea en este recurso de amparo, por definición, es independiente de la valoración en abstracto de la medida cuestionada, y se centra en valorar si la configuración de dicho permiso, una vez previsto, resulta o no atentatoria de la igualdad constitucionalmente reconocida como derecho fundamental (art. 14 CE), habida cuenta de que la duración del permiso de paternidad (trece días en el supuesto analizado) y la del permiso de maternidad (dieciséis semanas) no son en absoluto coincidentes.

2. Para resolver la controversia, la Sala, reproduciendo de modo sucinto la argumentación del Pleno del Tribunal Constitucional en la STC 111/2018, se sitúa en un planteamiento que refuerza y actualiza con el reenvío al Derecho de la Unión Europea y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión. Dicho planteamiento se sustenta en el reconocimiento de diferencias biológicas que asocian el embarazo y el parto a las mujeres, y de las que se pueden derivar desventajas en el ámbito de la integración laboral. La superación de tales desventajas exige recurrir a políticas, acciones y disposiciones normativas que protejan la opción por la maternidad de las mujeres trabajadoras, y garanticen que el embarazo, y posterior período de lactancia, no suponga un trato desfavorable en el entorno laboral. La STC 66/2014, de 5 de mayo, que sintetiza esta aproximación a la cuestión, dijo expresamente en su fundamento jurídico 2 que "para ponderar las exigencias que el artículo 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de la mujer en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como 'la peculiar

incidencia que respecto de la situación laboral de aquélla tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)' ..., y a que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación ...".

Así, el Tribunal entiende que embarazo y lactancia son circunstancias asociadas indefectiblemente a las mujeres, que las perjudican en su dimensión de trabajadoras, y que tal desventaja debe encontrar compensación a través una serie de garantías previstas específicamente para las mujeres. A partir de este razonamiento inicial, el Tribunal se pronuncia en numerosas ocasiones sobre la maternidad como elemento definidor de comportamientos de discriminación directa, pudiendo citarse en este sentido las SSTC 173/1994, de 7 de junio; 136/1996, de 23 de julio; 20/2001, de 29 de enero; 41/2002, de 25 de febrero; 17/2003, de 30 de enero; 98/2003, de 2 de junio; 175/2005, de 4 de julio; 182/2005, de 4 de julio; 324/2006, de 20 de noviembre; 17/2007, de 12 de febrero; 74/2008, de 23 de junio; 92/2008, de 21 de julio; 173/2013, de 10 de octubre; 66/2014, de 5 de mayo, y 162/2016, de 3 de octubre.

3. Este análisis permanece ajeno a una realidad mucho más compleja, que el Tribunal Constitucional no ha llegado a abordar hasta la fecha. El asunto que se resuelve en la Sentencia de la que discrepo, que no hace sino reproducir los argumentos de la ya citada STC 111/2018, pierde, como aquella, una ocasión para analizar el impacto negativo que tienen parte de esas medidas garantistas del fenómeno de la maternidad, en el tratamiento igualitario de las mujeres en el marco del mercado laboral.

Con esta Sentencia, la Sala, siguiendo los dictados de la previa Sentencia del Pleno, ha perdido la ocasión de explicar por qué las medidas de protección de la parentalidad, cuando se asocian exclusivamente o con una naturaleza reforzada a las mujeres, si bien pueden suponer una garantía relativa para quienes ya están en el mercado laboral, sin duda se erigen como una clara barrera de entrada frente a quienes están fuera y un obstáculo a la promoción de quienes están dentro, porque generan un efecto de desincentivo en quien contrata que solo afecta a las mujeres, y que, por tanto, incide en la perpetuación de la discriminación laboral.

Desaprovecha la Sala, por tanto, la ocasión de diferenciar, de forma clara, entre los objetivos y finalidades con proyección constitucional asociados a las medidas de protección del hecho biológico de la maternidad —en conexión con los artículos 15 y 43 CE—, y las finalidades, con igual cabida constitucional, asociadas tanto a la garantía de igualdad de trato en el mercado laboral —artículos 14 y 35.1 CE—, como al desarrollo de medidas de conciliación de la vida laboral y personal —artículo 18 CE—, que deben ser proyectadas, sin ninguna diferencia, a los hombres y a las mujeres que tienen descendencia, a riesgo de convertirse, de no ser así, en medidas generadoras de discriminación indirecta.

4. Las Directivas 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia (modificada por la Directiva 2007/30/CE de 20 de junio de 2007); 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; y 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BusinessEurope, la Ueapme, el Ceep y la Ces, son invocadas y aplicadas en la resolución del recurso de amparo, sin calibrar adecuadamente la pluralidad de finalidades que se integran en los permisos de paternidad y de maternidad, tal y como están diseñados en el ordenamiento español.

Las medidas de estricta protección de la maternidad (Directiva 92/85/CEE), entendidas como atención a la situación física asociada al parto, que ni siquiera incluirían la protección de la lactancia [no puede olvidarse la STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto *Roca Álvarez* (C-104/2009)], han de distinguirse de las medidas que buscan asegurar la igualdad de trato en el empleo y la ausencia de discriminación directa e indirecta (Directiva 2006/54/CE), así como de las medidas que procuran asegurar la conciliación de la vida personal y familiar (Directiva 2010/18/UE).

El Tribunal entiende que las dieciséis semanas del permiso de maternidad van exclusivamente destinadas a proteger el hecho biológico de la maternidad, por lo que la finalidad perseguida por el legislador cuando lo regula, es distinta de la que le inspira cuando desarrolla el permiso de paternidad. En este caso, el objetivo sería favorecer la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, justificando esta diferencia la distinta duración de ambos permisos. Pero, a mi juicio, el Tribunal se confunde en la identificación de las finalidades de los permisos, y este error está en la base de un modelo indefectiblemente discriminatorio. Estando de acuerdo con que la naturaleza del "permiso de paternidad" no es, obviamente, la protección de la maternidad entendida como fenómeno biológico exclusivamente vinculado a las mujeres, es preciso reconocer que la finalidad del "permiso de maternidad" no es única.

La configuración actual del mismo, permite ceder una parte importante de su disfrute al padre o al progenitor no gestante, en concreto hasta diez de las dieciséis semanas de suspensión del contrato que prevé el artículo 48.2 LET. Además, también se prevé la suspensión con reserva de puesto de trabajo, con una duración íntegra de dieciséis semanas, en los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento (art. 48.5 LET), permiso que puede disfrutar cualquiera de los dos progenitores en la medida en que no ha existido parto, ni se exige recuperación física alguna. Estas previsiones, referidas inequívocamente al "permiso de maternidad", no corroboran la argumentación contenida en la Sentencia. Ni la finalidad exclusiva del permiso de maternidad es la recuperación física de la madre, ni la finalidad del de paternidad es (solo) la conciliación, sino la garantía de la igualdad en el acceso, promoción y desarrollo de la actividad laboral de hombres y mujeres. Y es que no se trata únicamente de asegurar al padre el disfrute de "su" derecho a conciliar la vida laboral y el cuidado de sus hijos, sino de repartir entre el padre y la madre el coste laboral que la decisión de tener descendencia tiene en las personas, de modo tal que dicha decisión impacte por igual, en el sentido que sea (positivo o negativo) tanto en el hombre como en la mujer.

5. La interpretación que formula el Tribunal, y trae al centro del análisis el reparto equitativo de las responsabilidades familiares, olvida que no se trata solo de la corresponsabilidad en el ámbito familiar, sino de la repercusión externa que la asunción de responsabilidades familiares tiene en el ámbito laboral. Y la desigual duración de los permisos, en la proporción en que tal desigualdad se prevé en la normativa (trece días frente a dieciséis semanas), resulta injustificada y desincentiva la contratación de mujeres en edad fértil.

La Sentencia ignora que existe un efecto claro de discriminación indirecta de las mujeres, asociado al hecho de la maternidad, que el legislador debiera tratar de erradicar por mandato del artículo 9.2 CE. Un Tribunal Constitucional de este siglo debería haber reconocido la necesaria evolución de la realidad social, y profundizado en el análisis de los efectos reales de las medidas de protección que aquí se cuestionan. Ya se reconoció en la STC 128/1987, de 16 de julio, que "la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo, o el mantenimiento del que ya tiene". Y, si bien las circunstancias han cambiado en treinta años, en la actualidad sigue existiendo una fractura clara entre hombres y mujeres en el mercado laboral. Esta se traduce, y se visualiza estadísticamente, en las diversas modalidades de contratación, es decir, en la mayor temporalidad en la contratación de mujeres y mayor contratación a tiempo parcial, en la brecha salarial, en la elección de los perfiles profesionales, o en las dificultades de ascenso a determinados puestos de responsabilidad. Hoy ya no se trata solo de lamentar que la mujer concentre la mayor parte de cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente del cuidado de los hijos, porque

sigue haciéndolo a pesar de los esfuerzos del legislador y de algunos avances sociales. Se trata de analizar por qué las medidas desarrolladas para compensar esa realidad social, destinadas fundamentalmente a las mujeres, no logran superar como debieran esa realidad y no aseguran la igualdad real de las mujeres en el acceso al mundo laboral y su promoción dentro del mismo. Se trata de examinar por qué esas medidas no logran atajar el problema del desigual reparto de los desincentivos entre los hombres y las mujeres.

6. La Sentencia acude con insistencia a la argumentación contenida en la STC 75/2011, de 19 de mayo, perdiendo la ocasión de aclarar dicha doctrina, y actualizarla en consonancia con el mandato contenido en el artículo 9.2 CE.

La STC 75/2011 desestimó una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Lleida respecto del entonces vigente artículo 48.4 del Estatuto de los trabajadores, poniendo en duda su compatibilidad con el artículo 14 CE a la luz de los artículos 39 y 41 CE. En aquel caso, el párrafo cuestionado establecía el régimen de cesión de las semanas no obligatorias de la baja de maternidad (es decir de la semana 7 a la semana 16) por parte de la madre trabajadora al padre trabajador. La cesión implica(ba) necesariamente que la madre fuese beneficiaria de la baja de maternidad cosa que, en el supuesto de hecho, no se daba, porque la madre era procuradora de los Tribunales y, por tanto, no estaba sujeta al régimen de la Seguridad Social, ni al Estatuto de los trabajadores. Aquella Sentencia, en varios *obiter dicta* destinados a explicar la evolución de la regulación en materia de protección de la maternidad, definía la finalidad de la baja de maternidad como un instrumento de protección de la salud de la mujer trabajadora, por lo que, en origen, se trataba de un permiso propio u originario de la madre trabajadora que podía ceder en parte al padre. De modo tal que si la madre no generaba el derecho a la suspensión del contrato, no lo podía ceder. Pero, aquella regulación cambió con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, que introdujo el permiso de paternidad en nuestro ordenamiento como permiso autónomo, de modo que hoy la argumentación del Tribunal no debió sujetarse, sin más, a lo que se estableció en la STC 75/2011.

Aquí no se trata de la cesión de la baja por maternidad, sino de si es constitucionalmente razonable, una vez que se prevé la baja por paternidad que entonces no existía, no equipararla temporalmente a la de maternidad, al menos en la parte en que no se reserva al descanso obligatorio de la madre. Se trata, por tanto de un problema distinto, que no se puede resolver remitiéndose al razonamiento de la STC 75/2011. Lo que decía este pronunciamiento es que la baja por maternidad se atribuye en su integridad a la mujer trabajadora, y que como derecho propio puede ser cedido en determinadas circunstancias. Pero deducir de esta afirmación que justifica la diferencia de regulación entre la suspensión del contrato de la madre y del padre, cuando este último está previsto, no parece razonable, y ello por las razones que han venido exponiéndose en el presente Voto particular.

Para concluir el razonamiento: la diferencia normativamente dispuesta entre los permisos de cuidado de menores recién nacidos atribuida a los hombres y la que se reconoce a las mujeres, está basada en el sexo, es decir en una de las categorías prohibidas contenidas en el artículo 14 CE. Analizar si tal diferenciación es constitucionalmente admisible a la luz del artículo 14 CE, hubiera exigido que el Tribunal definiera, de modo distinto al que lo hace, cual es la naturaleza "constitucional" de dichos permisos, es decir, cual es el bien protegido, para determinar si la distinción establecida entre hombres y mujeres en el disfrute de los permisos está o no justificada, sometiendo esta evidente diferencia de trato al test de legitimidad, racionalidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Tal análisis, efectuado sobre la base de los razonamientos previos, hubiera debido llevar a la estimación del recurso de amparo, y a la declaración de la inconstitucionalidad de los preceptos legales en cuestión.

7. Por último el Tribunal pierde, como en la Sentencia principal de esta serie, la ocasión de vincular los permisos que buscan la conciliación personal, familiar y laboral, con el disfrute del derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH), derecho del que son titulares los progenitores pero también, y a mi juicio sobre todo, los niños y las niñas. Los hijos y las hijas, sobre todo, en franjas de edad muy baja, no son responsabilidad preferente de su madre, ni el vínculo con ella

merece un mayor grado de protección que el vínculo paternofilial. Esta consideración, implícita en la Sentencia, consolida una división de roles en el cuidado que puede y debe ser revisada, para adaptarla a una visión más actual y coherente con el artículo 9.2 CE, de lo que es la igualdad material entre los sexos.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a diecisiete de diciembre de dos mil dieciocho.-María Luisa Balaguer Callejón.-Firmado y rubricado