

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

16718 *Sala Primera. Sentencia 117/2018, de 29 de octubre de 2018. Recurso de amparo 6299-2017. Promovido por don Javier Jambrina López y la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción, respecto de las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y un juzgado de lo social y las resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social que desestimaron su petición de ampliación del permiso de paternidad. Supuesta vulneración del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo: STC 111/2018 (resoluciones administrativas y judiciales que rechazan la equiparación en extensión temporal del permiso de paternidad con el correlativo de maternidad). Voto particular.*

ECLI:ES:TC:2018:117

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. 6299-2017, promovido por don Javier Jambrina López y la asociación «Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción», 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 22 de noviembre de 2017, que desestimó el recurso de suplicación núm. 899-2017 interpuesto contra la Sentencia de 17 de abril de 2017 del Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid, dictada en los autos núm. 328-2016, así como frente a las precedentes resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Han intervenido la Letrada de la Administración de la Seguridad Social y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Presidente don Juan José González Rivas, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 27 de diciembre de 2017, la Procuradora de los Tribunales doña Ariadna Latorre Blanco, en nombre y representación de don Javier Jambrina López y la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones referidas en el encabezamiento.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Don Javier Jambrina López, que fue padre el 30 de diciembre 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, precepto introducido por la disposición adicional décima.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 18 de enero de 2016 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.7 de la citada Ley Orgánica 3/2007).

b) El Sr. Jambrina López presentó el 18 de enero de 2016 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 (16 semanas), con carácter personal e intransferible. Al no recibir respuesta a su solicitud, formuló el 5 de abril 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 27 de junio de 2016 el Sr. Jambrina López y la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción presentaron demanda contra el INSS, que recayó en el Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid, dando lugar a los autos núm. 328-2016. 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 artículos 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea, los artículos 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 el artículo 48 *bis* LET.

d) El Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid dictó Sentencia desestimatoria el 17 de abril de 2017, absolviendo al INSS de las pretensiones deducidas en su contra por los demandantes. Entendió el Juzgado 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, por lo que no procede plantear la cuestión prejudicial.

e) Contra esa Sentencia los demandantes interpusieron recurso de suplicación (núm. 899-2017), que fue desestimado por Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de noviembre 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.

Aducen además 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 tres motivos. En primer 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 y porque no da respuesta tampoco sobre la cuestión relativa a la legitimación de la plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción. En segundo 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 tercer lugar, se invoca el derecho de acceso a la jurisdicción respecto de la legitimación de la asociación «Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción», con cita del artículo 17.2 de la Directiva 2006/54/CE y de la doctrina del Tribunal Constitucional.

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. Jambrina López en la integridad de su derecho, con el reconocimiento de la prestación de paternidad en términos equiparables a la de maternidad.

4. Mediante diligencia de ordenación de 8 de enero de 2018 del Secretario de Justicia de la Sección Primera de este Tribunal se acordó conceder a la Procuradora de la parte recurrente un plazo de diez días para que presentara escritura de poder completo y ordenando que acredite la representación de don Javier Jambrina López, lo que se llevó a cabo mediante escrito que se registró el 15 de enero siguiente.

5. Mediante providencia de 4 de junio de 2018, la Sección Primera de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo presentada, «apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) por los

siguientes motivos: 1.º 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)]. 2.º 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)]. 3.º 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 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), se acordó dirigir atenta comunicación al 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. 899-2017. Asimismo se acordó dirigir atenta comunicación al Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid, para que en el mismo plazo remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes a los autos núm. 328-2016 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.

6. Recibidas las actuaciones requeridas de los órganos judiciales, por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sección Primera de este Tribunal de fecha 27 de junio de 2018, se acordó tener por personada y parte en el procedimiento a la Letrada de la Administración de la Seguridad Social en la representación del INSS que legalmente ostenta, ordenándose entender con ella las sucesivas diligencias, y, con arreglo al artículo 52 LOTC, conceder a las partes personadas y al Ministerio Fiscal el plazo común de 20 días para que, con vista de las actuaciones, formularan alegaciones.

7. La Letrada de la Administración de la Seguridad Social presentó sus alegaciones ante este Tribunal el 25 de julio 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 (art. 48 bis LET y artículos 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 16 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, caso *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, casos en que se produce una situación específica de vulnerabilidad especialmente merecedora de protección.

8. La Procuradora de los Tribunales doña Ariadna Latorre Blanco, en nombre y representación de los demandantes, por escrito registrado en este Tribunal el 26 de julio 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 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (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. Aducen que el Pleno del Tribunal se ha atribuido el estudio del recurso de amparo núm. 4344-2017, sobre la misma materia, por lo que sería procedente el planteamiento de una cuestión interna de inconstitucionalidad de la normativa vigente sobre el permiso y la prestación de paternidad.

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

9. En fecha 13 de septiembre de 2018 el Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones en el que termina solicitando que se desestime el recurso de amparo.

Tras relatar los antecedentes fácticos y resumir las alegaciones formuladas por los recurrentes, argumenta el Fiscal ante el Tribunal Constitucional los siguientes razonamientos que se sintetizan a continuación:

a) Señala 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].

b) En cuanto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), considera el Fiscal: (i) respecto de la queja relativa a la incongruencia omisiva (art. 24.1 CE) por no haberse dado respuesta a la solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial, y respecto del derecho a la práctica de prueba (que formaría parte del art. 24.2 CE), estas quejas incurrirán también en óbice de falta de invocación previa en la vía judicial [art. 44.1 c) LOTC], si se entienden imputables 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 (LOPJ); (ii) en relación con el acceso a la jurisdicción, en todo caso, al imputarse la lesión a la Sentencia 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 LOPJ.

En cualquier caso, si se rechaza que concurren los indicados óbices estas quejas deberían ser desestimadas, teniendo en cuenta los siguientes criterios: (i) 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. (ii) En segundo lugar, en lo que se refiere a la pretendida falta de motivación de la decisión de la Sentencia impugnada 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, pues la Sentencia explica suficientemente en los dos primeros párrafos del fundamento de Derecho tercero que no alberga duda de que la normativa española no vulnera la regulación europea y que la cuestión ha sido ya abordada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea adoptando una solución contraria a la propugnada por la parte recurrente. (iii) Finalmente, en cuanto al derecho acceso a la jurisdicción de la asociación codemandante, para el caso de que se estime lesionado ese derecho, el amparo tendría un alcance meramente declarativo, pues la mencionada asociación ha actuado en todas las instancias.

c) 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 16 semanas que corresponden a la prestación de

maternidad, se basa en una interpretación formalista de las normas aplicables (art. 133 *octies* y ss. LGSS y art. 48 *bis* LET, en la redacción vigente en el 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 y no presentan ninguna duda interpretativa. Las sentencias impugnadas no han obviado en su análisis los derechos en juego, pues 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 del Juzgado de lo Social 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, pues 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 y ello 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.

10. Por providencia de 24 de octubre de 2018 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 29 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra las resoluciones judiciales reseñadas en el encabezamiento, así como frente a las «decisiones administrativas que las precedieron»: 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.

Como con más detalle se ha indicado en el apartado de antecedentes, los recurrentes imputan a las resoluciones impugnadas la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), del mandato a los poderes públicos de protección de la familia, consagrado en el artículo 39 CE e infracción del artículo 18 CE.

Asimismo denuncian los demandantes lesiones de los derechos consagrados en el artículo 24 CE, imputables a los órganos judiciales. La primera se refiere a la supuesta limitación del derecho a la prueba; la segunda se ciñe 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; y la tercera a la omisión de reconocimiento de la legitimación activa de la asociación demandante.

La Letrada de la Administración de la Seguridad Social y el Ministerio Fiscal, tras oponer óbices a la admisibilidad de algunas de las quejas, interesan la desestimación del recurso de amparo por entender que no existen las lesiones alegadas.

2. El objeto del presente proceso coincide sustancialmente con el deducido a su vez por otro demandante y la misma asociación en el recurso núm. 4344-2017, resuelto en sentido desestimatorio por nuestra reciente Sentencia del Pleno del Tribunal núm. 111/2018, de 16 de octubre. No solamente el asunto de fondo es coincidente entre ambos (la denuncia de vulneración del derecho de los demandantes a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) que se habría producido en la medida en que la decisión administrativa —confirmada en vía judicial— no reconoció al demandante el derecho a disfrutar la prestación de seguridad social por paternidad tras el nacimiento de su hijo, con la misma duración que la establecida para el permiso por maternidad, así como las vulneraciones de los derechos reconocidos en el art. 24 CE en que habrían incurrido las resoluciones judiciales), sino que también lo son tanto la parte dispositiva como la *ratio decidendi* de las resoluciones judiciales impugnadas. Por ello, resulta obligado remitirse íntegramente a lo allí resuelto y, en consecuencia, la queja ha de seguir la misma suerte desestimatoria.

De los razonamientos de la reciente Sentencia del Pleno, que son aplicables a la resolución de este caso, cabe destacar sintéticamente lo que sigue:

a) Comenzando con la delimitación del objeto del recurso de amparo, el mismo queda reducido a determinar si las decisiones administrativas y judiciales impugnadas han vulnerado el derecho de los demandantes a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). Y ello por las siguientes razones, consideradas en el fundamento jurídico 1 de la Sentencia que seguimos: (i) la vulneración del mandato dirigido a los poderes públicos de protección de la familia, consagrado en el artículo 39 CE, queda fuera de nuestro escrutinio, por no ser susceptible de amparo constitucional tal mandato [arts. 53.2 CE y art. 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)]; (ii) la infracción del artículo 18 CE se invoca en la demanda de amparo sin mayor detalle y sin soporte argumental, lo que es razón suficiente para descartarla (por todas, SSTC 45/1984, de 27 de marzo, FJ 3; 52/1999, de 12 de abril, FJ 4; y 143/2003, de 14 de julio, FJ 2), a lo que cabe añadir, en consonancia con lo advertido por el Ministerio Fiscal, que la supuesta vulneración del artículo 18 CE no fue denunciada en la vía judicial, por lo que resulta en todo caso inadmisibles de conformidad con el art. 44.1 a) LOTIC, en relación con el artículo 50.1 a) LOTIC; (iii) respecto de las quejas relativas al artículo 24 CE, pueden ser descartadas sin mayor dificultad, 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 las sentencias impugnadas explican suficientemente las razones que justifican esa decisión judicial y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea descarta que la normativa española entre en contradicción con la regulación europea.

Respecto de la alegación, específica del presente recurso de amparo, relativa al derecho de acceso a la jurisdicción de la asociación recurrente, fundada en la previsión del artículo 11 bis de la Ley de enjuiciamiento civil, cabe añadir que, en realidad, no hay cuestión controvertida desde el momento en que la citada entidad ha actuado ante los órganos judiciales en la instancia y en suplicación, y ha obtenido una respuesta de fondo.

b) En relación con la especial trascendencia constitucional, apreciamos en la citada Sentencia que el asunto suscitado en el presente recurso de amparo (la diferente duración de los permisos por maternidad y paternidad, conforme a la regulación aplicable) plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica, y que la vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) que denuncian los demandantes, de

existir, no sería directamente imputable a las resoluciones judiciales impugnadas, sino que provendría de la regulación legal que establece una duración del permiso por paternidad inferior a la del permiso por maternidad.

Como fundamento de tales apreciaciones se razonaba lo que sigue:

(i) Las resoluciones impugnadas se limitan a aplicar en sus propios términos la legislación vigente a la fecha del hecho causante, introducida por la disposición adicional undécima de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (precepto con rango de ley ordinaria, conforme a la disposición final segunda de dicha ley), y regulada en el artículo 48 *bis* del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y los artículos 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.

(ii) Es notorio que existe un prolongado debate social y político sobre la conveniencia de ampliar la duración del permiso por paternidad (y la prestación de la seguridad social correspondiente), incluso hasta su equiparación con el permiso por maternidad, destacando las decisiones legislativas que han incidido en esta materia: la Ley 9/2009, de 6 de octubre, preveía la ampliación de la duración del permiso por paternidad a cuatro semanas, a partir del 1 de enero de 2011, si bien la vigencia de esta norma fue repetidamente aplazada por las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado, entrando finalmente en vigor el 1 de enero de 2017, en virtud de la disposición final undécima de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de presupuestos generales del Estado para 2016. Es esta duración del permiso por paternidad de cuatro semanas la que se incorpora al artículo 48.7 del actual texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en adelante LET). Este precepto fue modificado por la disposición final trigésima octava de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para 2018, que amplió a cinco semanas la duración del permiso por paternidad, durante el cual se percibe el correlativo subsidio de paternidad, actualmente regulado en los artículos 183 a 185 del vigente texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante, LGSS). Se encuentra asimismo en tramitación parlamentaria una proposición de ley que pretende la equiparación plena de los permisos de maternidad y paternidad.

(iii) No existen en la actualidad normas mínimas para el permiso de paternidad en el marco de la Unión Europea, si bien se halla en trámite una reciente 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), que pretende introducir el derecho de los padres a acogerse al permiso de paternidad durante un breve período, «que no debe ser inferior a diez días laborables», con ocasión del nacimiento de un hijo (art. 4). Se entiende que la introducción del permiso de paternidad debería contribuir a fomentar un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, permitiendo de este modo que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos.

3. En cuanto al examen de fondo del asunto, ya advertía el fundamento jurídico 4 de la STC 111/2018 de 16 de octubre, que el enfoque de la demanda de amparo no puede ser compartido pues, dados los términos inequívocos de la legislación aplicable, no cabe reprochar a los órganos judiciales que no hayan aplicado el correspondiente juicio de proporcionalidad cuando se trata de analizar una medida restrictiva de un derecho fundamental. Los órganos judiciales no albergaban dudas sobre la constitucionalidad de esa regulación legal, pues de otro modo resultaba obligado plantear cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal, de conformidad con los artículos 163 CE y 35 LOTC. Su aplicación al caso determinaba inevitablemente la desestimación de la pretensión del demandante.

El problema reside por tanto en dilucidar si esa normativa, 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.

En este punto, el Tribunal recuerda en ese fundamento jurídico 4 que el principio de igualdad no exige 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 artículo 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que exista 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 (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4, y 41/2013, de 14 de febrero, FJ 6, entre otras muchas).

Así en el examen de la concurrencia en el caso de un término de comparación válido, el fundamento jurídico 5 de la invocada sentencia concluye que 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.

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 y 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 (art. 48.4 LET).

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, y sucesivamente ampliada a cuatro semanas y luego a cinco semanas. Tienen, como finalidad favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos. En este sentido, en el marco jurídico de la Unión Europea, la citada propuesta de Directiva 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—, con el objeto de 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.

4. Este entendimiento del permiso de maternidad en la doctrina constitucional, cuya finalidad es la de «preservar la salud de la trabajadora embarazada sin detrimento de sus derechos laborales» (STC 75/2011, FJ 3), es coincidente con el que resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, citándose la Sentencia de 19 de septiembre de 2013, *caso Betriu Montull*, C5/12, apartados 48-50, con cita a su vez de las Sentencias de 12 de julio de 1984, *caso Hofmann*, 184/83, apartado 25; de 27 de octubre de 1998, *caso Boyle y otros*, C411/96, apartado 40; y de 20 de septiembre de 2007, *caso Kiiski*, C116/06, apartados 46 y 49. También los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos, a los que se refiere el artículo 10.2 CE, que constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce (por todas, SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, y 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3, así como DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6), 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, citándose al efecto 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. Así lo hemos subrayado en el fundamento jurídico 6 de la STC 111/2018, de 16 de octubre.

5. En consecuencia y 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 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), sin perjuicio de que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de seguridad social, (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, hasta llegar incluso, si lo estima oportuno, a la plena equiparación con el permiso y la prestación por maternidad, con el fin de fomentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos (art. 39.3 CE).

6. Los razonamientos precedentes y la aplicación de los criterios señalados al presente supuesto, dada su identidad fáctica y jurídica, conducen a la conclusión que la demanda 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 Javier Jambrina López y la asociación «Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción» contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 22 de noviembre de 2017, que desestimó el recurso de suplicación núm. 899-2017 interpuesto contra la Sentencia de 17 de abril de 2017 del Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid, dictada en los autos núm. 328-2016, así como frente a las precedentes resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintinueve de octubre de dos mil dieciocho.—Juan José González Rivas.—Andrés Ollero Tassara.—Santiago Martínez-Vares García.—Alfredo Montoya Melgar.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 6299-2017

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (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. 6299-2017, interpuesto por don Javier Jambrina López y la asociación «Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción».

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 y por un padre integrante de la plataforma, debió ser estimatoria, 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 4 de junio de 2018 cuando, tras el examen sobre la admisibilidad del recurso de amparo, la Sección Primera 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, en la versión introducida por la disposición adicional decimoprimeras 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 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores). 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 Sentencia resolutoria del recurso de amparo núm. 4344-2017, 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 art. 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 que resuelve el recurso de amparo núm. 4344-2017 proporcionaba, 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.

Pierde 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 28 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 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores. 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 (artículo 48.5 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores), 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 que no deja de traer 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, una generación más tarde 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 —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 avances innegables. 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 de igualdad, 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 dice 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 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales), 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 paternofamiliar. 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 veintinueve de octubre de dos mil dieciocho.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.