



EVOLUCIÓN DE LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

NURIA RECHE TELLO

Graduada Social - Profesora de Derecho Constitucional
Universidad Miguel Hernández de Elche

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EVOLUCIÓN DE LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DCPL EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. 1. Los DCPL como instrumento de protección del menor y de la familia. 2. La vinculación de los DCPL con el art. 14 CE. El problema del reparto de responsabilidades. 3. La introducción de la corresponsabilidad por obra de la jurisprudencia europea. La discriminación por las circunstancias personales y familiares. 4. A modo de recapitulación. III. AVANCES Y RETROCESOS EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN. VALORACIÓN CRÍTICA. 1. Alcance y limitaciones de la STC 3/2007. 2. La STC 26/2011 un impulso de reducido efecto. IV. REFLEXIONES FINALES: LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL POR VENIR.

Palabras clave

Derechos de conciliación; Corresponsabilidad; Igualdad y no discriminación; Igualdad de género; Vida personal.

Resumen

Pese a hallarse formalmente reconocidos en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, y sobre todo en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, al tiempo que se configuran como una necesidad social dotada de creciente relevancia, los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral experimentan en la práctica numerosas dificultades para su efectivo ejercicio. El reforzamiento de estos derechos por vía del reconocimiento de su dimensión constitucional aparece como un elemento básico de su desarrollo. La evolución jurisprudencial en este aspecto se puede dividir en tres etapas, marcadas por una serie de sentencias paradigmáticas: una primera vinculada a la protección del menor y la familia (STS de 20 de julio de 2000, entre otras), una segunda que dirige el enfoque hacia la tutela de la mujer, aun sin cuestionar su rol tradicional (STC 3/2007, de 15 de enero), y una tercera que conecta los derechos de conciliación con las responsabilidades familiares y personales ex. art. 14 CE (STC 26/2011, de 14 de marzo). Este artículo, tras exponer el contenido de cada una de esas sentencias, así como la influencia de la jurisprudencia europea, las somete a un análisis crítico que revela tanto sus avances como sus carencias de fondo, fundamentalmente relacionadas con las limitaciones que presenta el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo y la nueva categoría discriminatoria relacionada con las circunstancias familiares. Todo ello lleva a la conclu-

sión de que la jurisprudencia constitucional futura debería profundizar en conceptos tales como la «discriminación por razón de género», así como en las necesidades de conciliación relativas a otros aspectos de la vida personal, para de este modo poder superar la distancia entre el reconocimiento formal y material de estos derechos en aras de la igualdad efectiva de toda la ciudadanía.

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (en adelante, DCPL) han venido experimentando en los últimos años una creciente importancia en la actividad de los distintos niveles de producción normativa: europeo, estatal y autonómico, al menos en su vertiente formal. Sin embargo estos derechos se enfrentan en la práctica con toda una serie de resistencias que dificultan su ejercicio por los trabajadores/as y, lo que es más importante, impiden que se haga efectivo uno de los derechos fundamentales matrices de todo el ordenamiento jurídico: el principio de igualdad y no discriminación. Nos encontramos, por tanto, en una situación que confirma la distancia aún existente entre igualdad formal e igualdad realmente material.

En efecto, se podría decir que nuestro legislador ha sido, en apariencia, sensible con la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres en el trabajo, y consciente de la conciliación como una nueva necesidad social, al impulsarla a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (en adelante LCVFL 39/1999), y principalmente de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI 3/2007). Pero al no haber dotado a estas normativas de los enfoques adecuados en atención a su finalidad, y no haberlas acompañado de los instrumentos necesarios para garantizar y velar por su cumplimiento —centrando la conciliación únicamente en un entorno laboral cada vez más precario, reduciéndola a una cuestión del ámbito privado entre particulares y no de carácter público—, podemos llegar a la conclusión de que a efectos materiales esa aparente sensibilidad normativa se traduce en la dificultad aún patente de conseguir la igualdad efectiva de oportunidades. Sería posible resumir tales problemas en los siguientes aspectos: la falta de definición y sistemática de estos derechos en la normativa laboral, la pluralidad de significados que se les atribuyen, el tradicional enfoque feminizado de los DCPL que todavía subsiste en la mayoría de permisos parentales¹, la deficiente regulación normativa de derechos tan demandados socialmente como el de adaptación de la jornada de trabajo, el incremento de las potestades empresariales en materia de disposición del tiempo de

¹ Aunque actualmente la casi totalidad de los permisos parentales son de titularidad neutra, su configuración como «derechos de ausencia» tal y como los ha definido Ballester Pastor, continúan estando dirigidos de manera indirecta hacia las mujeres.

trabajo, la escasa promoción de la corresponsabilidad en el contexto de crisis económica, una regulación procesal que impide el recurso en instancias superiores, la falta de impulso en la negociación colectiva, la ausencia de la conciliación en las políticas públicas sobre el tiempo de trabajo, tanto en la UE como en el ámbito estatal, etc.

Al mismo tiempo, y puesto que el mayor desarrollo de los DCPL se ha manifestado hasta el momento en los planes de igualdad de las grandes empresas, así como en las políticas de conciliación autonómicas cuyo ámbito de actuación son principalmente los trabajadores/as públicos, se corre el peligro de que estos derechos acaben siendo un privilegio sólo al alcance de un determinado grupo de trabajadores/as. Por lo tanto, siendo una herramienta al servicio de la igualdad entre sexos, «el riesgo de discriminación y de incoherencias jurídicas en la atribución desigual de derechos conciliatorios, obliga al replanteamiento de la situación actual», ya que éstos «no pueden reducirse a simples derechos laborales», siendo necesario «reforzar su dimensión intrínsecamente constitucional, para contener en última instancia su posible aplicación restrictiva»².

Y este replanteamiento ha sido establecido por nuestro Tribunal Constitucional principalmente en sus Sentencias 3/2007, de 15 de enero, y 26/2011, de 14 de marzo, cuando subraya la naturaleza de derecho fundamental del derecho a la conciliación como proyección del principio de igualdad y no discriminación, y asimismo la necesidad de tener en cuenta esta dimensión constitucional a la hora de restringir o negar su ejercicio. De este modo cualquier duda o laguna jurídica que se plantee en la práctica obligará a realizar una aplicación del derecho de conciliación en el sentido más favorable a su efectividad, puesto que «la interpretación *pro-libertate* del derecho a conciliar se fundamenta en su naturaleza constitucional, sin que su condición como derechos derivados laborales pueda invertir ese parámetro interpretativo»³.

Sin embargo, hay que partir de la base de que, al menos de forma explícita, ni la normativa comunitaria ni la interna contienen un reconocimiento de este carácter fundamental, y tampoco de que el ejercicio de los DCPL deba ser considerado como causa discriminatoria; y mucho menos de aquellas situaciones que tengan que ver con aspectos de la vida personal independientes del cuidado de los hijos; concretamente, en nuestra CE, el derecho a la conciliación no es un derecho subjetivo autónomo más allá del genérico llamamiento que realiza su art. 39.1 a la protección de la familia. Por lo que respecta al ordenamiento jurídico laboral, ni el art. 4 del Estatuto de los Trabajadores —dedicado a los derechos laborales básicos—, ni el art. 17 —dedicado a la no discriminación en las relaciones laborales— hacen ninguna mención al derecho a la conciliación de responsa-

² C. RUIZ RICO-RUIZ, «La problemática constitucional del derecho a conciliar la vida personal, laboral y familiar», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 14, 2012, p. 7.

³ *Idem*.

bilidades. Pese a ello, tanto la normativa como la jurisprudencia europea caminan, si bien con tímidos pasos, en la dirección de consolidar el derecho a la conciliación como una causa de discriminación autónoma. Por otra parte en nuestro ordenamiento interno las disposiciones de rango legal que integran esta materia se sustentan en firmes fundamentos dogmático-constitucionales, y el propio TC, como veremos a continuación, ha ido conformando una doctrina sobre la dimensión constitucional de los DCPL, que aparece como un pilar básico para el desarrollo de tales derechos. En este artículo analizaremos la evolución del criterio jurisprudencial en torno a ellos y realizaremos una valoración crítica de sus logros y deficiencias, ciéndonos a la perspectiva del cuidado, sin tener en cuenta por tanto la jurisprudencia asentada y consolidada del TC en los casos relacionados con la maternidad en sí misma⁴.

II. EVOLUCIÓN DE LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DCPL EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En la progresiva configuración constitucional de los DCPL se pueden distinguir diferentes etapas que dan muestra de su evolución desde un enfoque inicial, donde se pretende la protección del menor y de la familia, a un segundo donde la protección se extiende hacia la mujer pero sin cuestionar el reparto de responsabilidades, y finalmente un tercero en el que, desde el enfoque de la corresponsabilidad, y por tanto desde una más adecuada y necesaria perspectiva de género, se desarrolla —aunque de manera limitada— el derecho a la conciliación como uno de los factores de diferenciación prohibidos por el art 14 CE.

1. Los DCPL como instrumento de protección del menor y de la familia

Podemos fijar cronológicamente la primera de ellas a principios de este nuevo siglo, cuando se considera que los DCPL constituyen un elemento imprescindible para que los trabajadores/as puedan atender a sus deberes de protección a la familia y los hijos/as.

En este sentido hay que mencionar la doctrina sentada por el TS en su sentencia de 20 de julio de 2000, donde se relacionan los DCPL —concretamente el derecho a la reducción de jornada del art. 37.5 ET— con el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el art. 154.1 CC, así como con el principio rector de actuación de los poderes públicos en la protección social, económica y jurídica a la familia, art. 39. CE. De esta forma, como quiera que los menores gozan de toda la protección prevista por los tratados internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 CE) y que,

⁴ Vid. A. MARRADES PUIG, *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, Universidad de Valencia, Generalitat Valenciana, Valencia, 2002; e «Interinidad, excedencia y acción positiva: reflexiones a la sentencia 240/99, de 20 de diciembre», *Revista General del Derecho*, núm. 669, junio 2000.

además, los padres tienen el deber constitucional de prestar asistencia «*de todo orden*» a sus hijos (art. 39.3 CE), los DCPL resultan, sin duda, una herramienta imprescindible para posibilitar que los trabajadores/as cumplan con estas responsabilidades familiares. Por lo tanto, tal y como señala la sentencia del TS, «*la aplicación de las reducciones de jornada que establece el art. 37.5 del ET forma parte del desarrollo del mandato constitucional del art. 39 CE*», que establece la protección a la familia y a la infancia, y esta finalidad constitucional que ostentan ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa, teniendo que ser debidamente ponderados tanto por los empleadores como por los órganos judiciales.

El TS plantea ya por tanto la necesidad de ponderar, en el ejercicio de los DCPL, los derechos constitucionales en juego de empresa y trabajador/a, si bien al estar presente en su criterio tan solo el principio rector del art. 39 CE, no existe la posibilidad de la tutela constitucional de acuerdo con lo previsto en el 53.2 CE. Por ello, es criticable que la sentencia, pese a estar ya publicada la LCVFL 39/1999, y aunque el caso enjuiciado era anterior a su vigencia, no haga ni siquiera mención a la relación entre el derecho a la conciliación y el principio de igualdad y no discriminación de mujeres y hombres, teniendo en cuenta que la norma, en su exposición de motivos, señala los arts. 14 y 39 CE como inspiradores de la primera ley española en materia de conciliación. Sin embargo, es de indudable valor su razonamiento en cuanto a la conexión del art. 39 CE y la necesidad de ponderación de los derechos en juego.

Por ello resulta llamativo que unos años más tarde —concretamente en las SSTC de 13 y 18 de junio de 2008— el TS, desde una óptica mucho más restrictiva del mismo derecho de conciliación, se abstuviese de valorar esa dimensión constitucional y, aun admitiendo que «*la pretensión de la demandante serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con los deberes familiares*», incluso conociendo la STC 3/2007, de 15 de enero, a la que nos referiremos a continuación, y estando vigente la LOI 3/2007, desestima el recurso por entender que «*una petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, carente de apoyo legal, al no estar comprendido en el art. 37 del ET, sería tanto como asumir los órganos Judiciales, funciones legislativas*». Ejemplo palmario del arduo camino de avances y retrocesos con que se han venido desarrollando estos derechos.

Retomando la conexión entre el principio rector del art. 39 CE y el derecho a conciliar responsabilidades, con posterioridad a la STS de 20 de julio de 2000 se pronuncian en el mismo sentido la STS de 11 de diciembre de 2001, o la SAN de 28 de febrero de 2005, ambas con apoyo en la STS 20 de julio de 2000.

Por su parte el TC, aunque no había tenido ocasión de enfrentarse con frecuencia a cuestiones en las que esté en juego directamente la negativa a un trabajador/a de un DCPL, también había reconocido la conexión con el art. 39 CE en algunas sentencias. Así, cabe citar la STC 240/1999, de 20 diciembre, que afirma que el objetivo final del ejercicio de un DCPL —una solicitud de excedencia, en ese caso— responde a la necesi-

dad de velar por el menor, así como de contribuir a la protección de la familia; o la STC 203/2000, de 24 de julio, donde se pone de manifiesto la trascendencia constitucional del mismo derecho de conciliación desde la perspectiva de la garantía del instituto familiar. En estas sentencias observamos además que se introduce de manera secundaria por la demandante de amparo el argumento de la discriminación indirecta por razón de sexo⁵, de forma previa a la declaración de una infracción del principio de igualdad.

2. La vinculación de los DCPL con el art. 14 CE. El problema del reparto de responsabilidades

En el año 2007, coincidiendo con la aprobación de la LOI 3/2007, se inaugura una segunda etapa marcada por la importante STC 3/2007, en la que se establecerá por primera vez la dimensión constitucional de los DCPL desde la perspectiva del art. 14 CE, en conexión directa con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo⁶. En este caso, al contrario que en las sentencias de la fase anterior, la cuestión de la potencial discriminación indirecta experimentada por la trabajadora pasa al centro del análisis, mientras que la tutela del menor queda en un segundo plano.

Aunque sobre los aspectos positivos de este fallo, y también sus carencias, nos extenderemos con detenimiento en el apartado siguiente, baste apuntar, por el momento, que, además de la importante y necesaria conexión con el art. 14 CE, a partir de entonces la resolución judicial de conflictos entre los DCPL de los trabajadores/as y la capacidad organizativa empresarial no puede considerarse ya en términos de mera legalidad de la

⁵ En la STC 233/2000, la recurrente, trabajadora funcionaria interina que solicitaba un DCPL —una excedencia por cuidado de hijos/as— en igualdad con los funcionarios/as de carrera, planteó que su vulneración del derecho a la igualdad suponía además un quebrantamiento de su derecho a no ser discriminada por razón de sexo, aduciendo que la negativa a la excedencia a los funcionarios/as interinos/as producía en la práctica unos perjuicios en el ámbito familiar, y sobre todo en el laboral, que afectaban mayoritariamente a las mujeres.

⁶ En síntesis, el caso que se encontraba en el origen de la sentencia tenía que ver con una trabajadora de la empresa Alcampo S.A., con categoría de dependiente, que desarrollaba su jornada de trabajo en turnos de mañana y tarde de lunes a sábado, de 10 a 16 horas y de 16 a 22:15 horas. La trabajadora solicitó un horario reducido de tarde, de 16 a 21:15 horas de lunes a miércoles, y aunque se acogió a la reducción de jornada prevista en el 37.5 ET para poder conciliar, en este caso el motivo de oposición por parte de la empresa —ratificado en la sentencia de 25 de septiembre de 2003 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, autos 537/2003— se debía a que dicha reducción tenía que estar comprendida dentro de los límites de su jornada ordinaria realizada, de manera que lo que la demandante planteaba, según el tribunal de instancia, no era meramente una reducción de jornada sino una modificación de la misma. La trabajadora promovió recurso de amparo ante el TC considerando que se vulneraba, entre otros, su derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, dado que la sentencia recurrida restringía sin fundamento el ejercicio de su derecho a la reducción de jornada, lo que implicaba una discriminación hacia las mujeres trabajadoras por ser notoriamente el colectivo que ejercita en mayor medida tal derecho.

medida solicitada, y del efecto que la misma pueda provocar en la dinámica productiva de la empresa. Sustancialmente el TC declara, con fundamento en la doctrina jurisprudencial del TJUE sobre la discriminación indirecta, que los jueces y tribunales vienen obligados a realizar una labor ponderativa en la que se tenga en cuenta el carácter constitucional — vinculado con el principio de igualdad y no discriminación, amén de otros derechos que cita, como el de la familia— de los DCPL.

Además, parte del hecho de que, hoy por hoy, son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de medidas para poder atender al cuidado de los hijos, y reconoce, en consecuencia, la incidencia que la denegación del ejercicio de uno de los permisos parentales establecidos en la ley pueda tener en la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras. En resumen, declara: *«la dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 ET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa»*.

De este modo la STC 3/2007, acogiendo el amparo de la trabajadora, anula la sentencia del Juzgado de lo Social, y ordena la retroacción de las actuaciones a fin de que por el órgano judicial se dictase una resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido. Sin embargo, el Juzgado de lo Social dicta una nueva sentencia desestimatoria⁷ en la que, tras efectuar una síntesis de la doctrina establecida por la STC 3/2007, reflexiona en términos críticos sobre su contenido y termina exigiendo tanto a la empresa como a la trabajadora la acreditación de sus respectivos factores condicionantes de los derechos en juego. Con ello muestra una clara resistencia y cuestionamiento hacia el criterio constitucional y vuelve a vulnerar el derecho a la no discriminación de la trabajadora, al efectuar una ponderación meramente aparente o formalista. Recordemos que el derecho solicitado por la demandante venía en realidad concedido *ex lege* y no precisaba de prueba alguna.

En 2009, en incidente de ejecución planteado por la trabajadora, el TC dicta el Auto TC 1/2009, de 12 de enero, estimando aquel, y donde se hace aún más explícita la doc-

⁷ El Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid somete a crítica al Tribunal Constitucional para concluir diciendo que *«la obligada ponderación de las circunstancias del caso supone atribuir a cada parte la carga de la prueba de aquellas que favorecen su posición en el proceso, de modo que si la empresa debía demostrar la realidad de sus dificultades organizativas, la trabajadora debía a su vez demostrar la presencia de factores que determinasen la necesidad de aplicar la medida que se debate»*, considerando que la trabajadora no había acreditado impedimento concreto alguno que se opusiera a su jornada a turnos de lunes a sábado, mientras que la empresa había acreditado la realidad de la mayor afluencia de público los viernes y los sábados, así como la sobrecarga para el resto de la plantilla en caso de prescindirse del trabajo a turnos de la recurrente, por lo que desestimaba nuevamente la demanda.

trina constitucional que veda el tratamiento de los DCPL como una cuestión de mera legalidad ajena a la implicación de cualquier derecho fundamental. Tal pareciera que el TC lanzase una respuesta velada a las SSTS 13 y 18/6/2008, en el sentido de advertir a los órganos judiciales que estos derechos no pueden limitarse a ser juzgados únicamente en consideraciones de estricta legalidad sin tener en cuenta su dimensión constitucional, ya que si se parte de una interpretación de tales preceptos que carezca de relevancia constitucional, difícilmente se podrá ponderar el precepto desde el reconocimiento del derecho fundamental.

La incomprensible oposición del juzgador de instancia a admitir la doctrina constitucional sentada en la STC 3/2007 da muestra de algunas resistencias ideológicas que subyacen frente al ejercicio de estos derechos, actitud que ha sido criticada por la doctrina científica. Y es que «la labor del juez de instancia plantea una invasión en la labor del legislador desde el momento en el que no sólo no corrige los obstáculos presentes en la legislación sino que añade un requisito más para su concesión como es la ponderación de los sacrificios de las partes», toda vez que ni el art. 37.5 ET ni el cauce procesal exigen que la trabajadora deba acreditar las necesidades conciliatorias mas allá de la constatación de la patria potestad o la tutela y el límite temporal relacionado con la edad del hijo menor. Así pues, «la duda interpretativa hubiera debido conducir la nueva resolución judicial hacia la concesión del derecho a la reducción de jornada por guarda legal en atención al derecho fundamental en juego»⁸.

Ya se aventuraba entonces un futuro no pacífico en la aplicación de los DCPL en su dimensión constitucional. Así, Trillo Párraga advierte de que: «desde un punto de vista político, el resultado final de esta liza procesal entre el TC y el Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid arroja como resultado inmediato una percepción de imposibilidad de penetración de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales (...) desde la óptica empresarial, este tipo de resultado refuerza la sensación de una suerte de indemnidad respecto de actuaciones empresariales vulneradoras de derechos fundamentales», puesto que «dicha actuación, no obstante la importancia del precedente, no ha satisfecho en el caso concreto el derecho de la trabajadora a conciliar vida familiar y laboral como instrumento de superación de las mayores dificultades de su permanencia en el mercado de trabajo. Ni siquiera a efectos indemnizatorios, pues el TC enmarcó dicha indemnización fuera del ámbito de actuación del art. 92 LOTC»⁹. Y es que, obviamente,

⁸ F.J. TRILLO PÁRRAGA, Francisco José, «La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 1/2009, de 12 de enero 2009)», *Revista de Derecho Social*, núm. 45 (marzo de 2009), p. 151.

⁹ *Ibidem*, p. 155.

con independencia de la dimensión y el carácter fundamental del derecho de conciliación, lo cierto es que la trabajadora no pudo hacer efectivo el mismo.

El caso iniciado con la STC 3/2007 se ha cerrado finalmente con la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante TEDH, de 19 de febrero de 2013, caso *García Mateos c. España*, donde se ha condenado al Estado Español a abonar a la trabajadora la cantidad de 16.000 euros en concepto de daño moral por considerar vulnerado el art. 6 (derecho a un proceso equitativo dentro de un plazo razonable) en relación con el art. 14 (prohibición de discriminación por razón de sexo), ambos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH). Así pues, aunque el Estado español alegaba la imposibilidad de ejecutar la sentencia porque el hijo de la demandante ya había cumplido la edad máxima a la que se vinculaba el derecho, y que el principio de no discriminación ya había sido reconocido por el TC y reparado por el mismo, el TEDH recuerda que «*el Estado tiene la obligación de poner a disposición de los demandantes un sistema que les permita lograr la ejecución correcta de las decisiones dictadas por las jurisdicciones internas pues, de no hacerlo, comprometen la responsabilidad del Estado en el ámbito del artículo 6.2 del Convenio*». Esta sentencia sienta un precedente muy importante para nuestro país por cuanto reconoce, aunque con matizaciones, el derecho a una reparación económica ante la negativa de nuestro TC a establecer una indemnización por daños y perjuicios. Podemos afirmar, no obstante, que pese a que el largo proceso concluyó sin que la trabajadora no pudiese hacer efectivo su derecho de conciliación, aun obteniendo el amparo constitucional, resulta incuestionable y de gran valor la labor realizada por el TC en el reforzamiento constitucional de los DCPL, ligándolos inexorablemente con el principio de igualdad y no discriminación, así como con el principio rector de protección a la familia.

Unos meses después la STC 233/2007, de 5 de noviembre de 2007¹⁰, da un paso más en favor de una tutela reforzada de los DCPL. Como señala Fernández López¹¹, es la primera vez en que el TC va a realizar un razonamiento directo sobre un DCPL, y no a través de la exigencia de que razonen los jueces, lo que sin duda va a desempe-

¹⁰ Se trata, a grandes rasgos, de un caso donde la recurrente, al incorporarse a la empresa después de disfrutar un permiso parental, se encuentra con una serie de cambios en sus condiciones de trabajo, por lo que entiende que ha sido víctima de una discriminación por razón de sexo. En este caso, el TC aborda el asunto desde una doble perspectiva: por un lado, si las decisiones empresariales respondieron a un ánimo discriminatorio de represalia frente al previo ejercicio de un derecho de conciliación, y por otro, si los supuestos incumplimientos normativos de la empresa, pese a la inexistencia de intencionalidad, representaron objetivamente actos contrarios a la prohibición de discriminación por razón de sexo.

¹¹ M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Conciliación de la vida laboral y familiar: una visión constitucional», en *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualitario de las reformas parentales*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 253-254.

ñar un importante papel en la tutela constitucional de tales derechos. Para la autora, la sentencia, en sus FJ 6.º y 7.º, proporciona argumentos de relevancia en relación a si los incumplimientos de la empresa resultan contrarios al art. 14.2 CE, desarrollando una tesis de sustancial trascendencia al establecer que la tutela antidiscriminatoria, más allá de la proporcionada a las situaciones directamente relacionadas con el embarazo, es susceptible de extenderse también a los obstáculos puestos por la empresa que frustren la efectividad de los DCPL, incluso si se reconocen indistintamente a favor de mujeres y hombres, ante su mayoritaria utilización por las mujeres.

No obstante, la sentencia introduce un matiz que vacía en buena parte de contenido la trascendencia de tales afirmaciones, al exigir, o bien la prueba de la intención discriminatoria, o bien un perjuicio efectivo adicional, concibiendo un incumplimiento de la ley que no tenga una motivación discriminatoria, lo que resulta «de dudoso alcance en la propia noción de discriminación»¹².

3. La introducción de la corresponsabilidad por obra de la jurisprudencia europea. La discriminación por las circunstancias personales y familiares

En este repaso a la evolución de la dimensión constitucional de los DCPL cabe destacar dos sentencias emblemáticas de la jurisprudencia europea. La primera de ellas, sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto *Roca Álvarez*, reflexiona desde una adecuada perspectiva de género sobre el reparto de responsabilidades y la conveniencia o no de enfocar los DCPL como medidas de acción positiva dirigidas únicamente al sexo femenino. La segunda, sentencia *Konstantin Markin c. Rusia*, de 22 de marzo de 2012, de la Gran Sala del TEDH, realiza una importante aportación conceptual sobre el derecho a la conciliación y su relación con valores como la igualdad de género o la familia, al tiempo que profundiza sobre el contenido esencial del mismo.

La sentencia *Roca Álvarez*¹³, enjuicia la adecuación al ordenamiento europeo de un DCPL, el permiso de lactancia español de titularidad exclusivamente femenina en aquellos momentos, y su estrecha vinculación con la igualdad desde el punto de vista de la Directiva 2006/54. El hilo conductor de esta sentencia gira en torno al concepto de acción positiva,

¹² *Ibidem*, p. 254.

¹³ El TJUE se pronunció sobre uno de nuestros DCPL, concretamente el permiso de lactancia y su atribución exclusivamente femenina, declarando, que resultaba contraria al derecho de la Unión ya que, entre otras cuestiones, denegar el ejercicio del permiso al padre suponía que la madre soportase sola la carga derivada del nacimiento de su hijo/a, sin poder recibir la ayuda del padre. El tribunal argumentaba que la atribución exclusivamente femenina del permiso de lactancia no contribuye a «eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para la mujer en la realidad de la vida social» y sí a «perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, al mantener a los hombres en una posición subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental», lo que constituye una discriminación no amparada por el ordenamiento europeo.

y establece la necesidad de la aplicación transversal del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral en favor de la corresponsabilidad. Como ha destacado Fernández Prieto, esta sentencia «es especialmente interesante en cuanto pone de manifiesto que normas laborales aparentemente diseñadas como medidas de acción positiva a favor de las mujeres y, por tanto, supuestamente protectoras de la condición femenina, pueden contribuir a ahondar e incluso consolidar el tradicional reparto de roles sociales entre hombres y mujeres, pues al impedir su ejercicio a los hombres, se perjudica notablemente en muchos casos a su pareja, compeliéndola a que sea ella quien se acoja al permiso y, en definitiva, apartándola del mercado de trabajo, o impidiéndole su progresión profesional»¹⁴.

Aún más reciente, la sentencia *Konstantin Markin c. Rusia*, supone otro importante respaldo al derecho a la conciliación, de especial relevancia tanto por su aportación conceptual como por el análisis que realiza de la vulneración del art. 14 del CEDH, «Prohibición de toda discriminación», en relación con el art. 8: «Derecho al respeto de la vida privada y familiar», desde la perspectiva de los estereotipos a ello vinculados. En el caso en cuestión el Estado ruso deniega un permiso parental a un varón militar en la medida en que considera que dichos permisos pretenden proteger a la mujer, ya que tienen en cuenta el «papel especial» de las mujeres en relación a la maternidad. Se plantea por tanto una cuestión de interés general para todos los Estados Parte de la Convención, como es el de una posible discriminación entre los militares masculinos y femeninos rusos en lo relativo al disfrute del permiso parental.

Como ha analizado Abril Stoffels¹⁵, la sentencia es de gran relevancia, ya que reflexiona sobre la finalidad de estos permisos: si se conceden para el logro de la igualdad entre hombres y mujeres o para el disfrute de la vida familiar y, en última instancia, si el derecho a la conciliación deriva directamente del derecho a la vida familiar. Por ello se trata de una sentencia de sumo interés, ya que con ella se promueve un cambio jurisprudencial en la interpretación del art. 8 de la CEDH, que refleja la evolución producida en el campo de los estereotipos y funciones de varones y mujeres en el hogar, rechazando cualquier argumento que se base en el rol primordial de las mujeres en el cuidado de los hijos, dado que así se reforzarían unos estereotipos sociales contra los que hoy se pretende combatir. Para el TEDH, aunque en la CEDH no existe un derecho reconocido a

¹⁴ M. FERNÁNDEZ PRIETO, «Conciliación, corresponsabilidad y empleo: adaptación y distribución de la jornada de trabajo», en *X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social: «El Derecho del Trabajo y las relaciones laborales ante los cambios económicos y sociales»*, Sevilla, 2011, p.15.

¹⁵ R. ABRIL STOFFELS, «La conciliación entre la vida personal, familiar y laboral, la corresponsabilidad en el hogar y la lucha contra los estereotipos: una nueva punta de lanza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia *Konstantin Markin c. Russie* asunto 30078/06 de 22 de marzo de 2012 de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 28, 2012.

la conciliación, en la medida en que los permisos nacionales favorecen la vida familiar y tienen una incidencia directa en la misma, repercuten por tanto en el art. 8, y de ahí que cuando se adopten medidas en este campo deban respetar el principio de igualdad y no discriminación. De este modo, el TEDH establece una vinculación entre el art. 8 y el art. 14 de la CEDH.

La sentencia cuenta además con un voto disidente que, aun compartiendo el razonamiento expuesto por el TEDH, da un paso más en la configuración del derecho a la conciliación como un derecho fundamental autónomo, incluso sin necesidad de vincularlo con el art. 14 al entender que ya se encuentra garantizado en la CEDH por el art. 8. Este derecho a la conciliación tendría una doble vertiente: preservar la situación profesional del trabajador/a necesitado de la conciliación y proteger el vínculo entre los padres y sus hijos. El derecho comprendería tres elementos fundamentales: en primer lugar, que existe sin posibilidad de discriminación de sexo o situación profesional; en segundo lugar, que su contenido mínimo debería incluir: el derecho a volver al puesto de trabajo previo o equivalente, la no pérdida de derechos adquiridos y el derecho a no ser despedido por haber disfrutado del mismo, y que la forma, duración y condiciones del permiso han de tener en cuenta su objetivo último; finalmente, el tercer elemento se refiere a que el disfrute de un permiso parental es un derecho de resultado, lo cual obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias para su ejercicio real y efectivo, cabiendo solo limitaciones establecidas por ley, proporcionadas y adecuadas al objetivo perseguido.

La doctrina jurisprudencial europea que hemos expuesto marcará la tercera etapa en la constitucionalización de los DCPL que se inicia en el año 2011, y que viene marcada por la introducción del enfoque de la corresponsabilidad, ya que, como veremos, uno de los principales problemas sin resolver en las fases anteriores es la dificultad de aplicar su doctrina a los trabajadores varones a causa del razonamiento que le sirve de base, esto es, la discriminación indirecta por razón de sexo. Era pues necesario para el TC preguntarse por este asunto, pronunciándose finalmente en la STC 26/2011, de 14 de marzo, también desde la perspectiva del derecho a la igualdad y no discriminación, aunque no por razón de sexo sino desde la construcción de una nueva causa discriminatoria relacionada directamente con la conciliación: las circunstancias personales y familiares¹⁶.

¹⁶ En este caso el TC admite el recurso de amparo planteado por un varón en el ejercicio de una solicitud de un DCPL, concretamente una solicitud de adaptación horaria al amparo de los arts. 36.3 y 34.8 ET. El recurrente prestaba sus servicios laborales para la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, con la categoría de Ayudante técnico educativo, en una residencia de educación especial de Palencia. Al negociar el calendario laboral se establecen tres tipos de horario: el escolar u ordinario de lunes a viernes de 9:30 a 17, uno parcial de lunes a viernes de 11 a 16 horas, un horario de turnos rotatorios de mañana, tarde y noche (tres puestos de lunes a viernes de 07:30 a 15 horas; tres puestos de lunes a viernes de 14:30 a 22:00 horas; y dos puestos de lunes a jueves de 22:00 a 07:30 horas), pudiendo optar los trabajadores por uno

El demandante de amparo imputa a las resoluciones judiciales impugnadas la vulneración de sus derechos fundamentales a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por haber rechazado, mediante una interpretación restrictiva de los arts. 36.3 y 34.8 ET y del convenio colectivo aplicable, su pretensión de realizar en horario nocturno todas las jornadas durante el curso 2007-2008 en el centro en que prestaba servicios con el fin de atender al cuidado de sus dos hijos de corta edad, lo que implica privarle del ejercicio de un derecho íntimamente ligado a la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral por consideraciones de estricta legalidad, sin ponderar la dimensión constitucional del asunto planteado. Además, sostiene que el rechazo de su pretensión implica a su vez convertir a su esposa, trabajadora y madre de los menores, en víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo, al verse obligada a reducir su jornada laboral para atender al cuidado de los hijos.

En primer lugar, el TC considera que el recurso cumple con el requisito de la especial trascendencia constitucional que impone el art. 50.1 b) LOTC¹⁷, ya que le permite complementar o actualizar de alguna manera la doctrina sentada por la STC 3/2007, siendo consciente el TC de las carencias de esta última en cuanto a las consecuencias negativas que supone aplicar una especial tutela sólo a las mujeres, por lo que tiene de consolidación de los tradicionales roles de género.

No obstante, el TC comienza rechazando tanto el argumento de la discriminación por razón de sexo del trabajador como de su esposa. En cuanto a la esposa entiende que no cabe análisis alguno desde esta perspectiva al tratarse de un derecho fundamental

u otro régimen en función de sus intereses, con preferencia según un criterio de mayor antigüedad. Habiendo elegido el recurrente prestar sus servicios en régimen de turnos, posteriormente solicitó a la Consejería poder realizar todas las jornadas del curso 2007-2008 en horario de noche con el fin de conciliar la vida laboral y familiar. Al no recibir respuesta y tras presentar reclamación previa, que le fue desestimada por no existir en el centro, para el curso escolar 2007-2008, ningún puesto específico de ayudante técnico educativo con horario nocturno, el recurrente formuló demanda sobre reconocimiento de derecho a realizar su jornada en horario nocturno durante el curso 2007-2008, demanda en la que se alegaba que su pretensión obedecía a la necesidad de atender a sus dos hijos de corta edad. La demanda fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social de Palencia. Frente a la anterior sentencia, el demandante interpuso recurso de suplicación que fue, igualmente, desestimado por la Sala de lo Social del TSJ Castilla y León. Frente a ello el recurrente formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, inadmitido por Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo por falta de contenido casacional.

¹⁷ FJ 2.º: «concorre el requisito sustantivo o de fondo de la «especial trascendencia constitucional» (...) porque (...) le permite perfilar, como consecuencia del surgimiento de nuevas realidades sociales, la doctrina constitucional sobre el derecho a la no discriminación en el ámbito laboral, cuando es un varón el que insta una modificación de sus condiciones de trabajo para el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar, fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del trabajador varón en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares».

ajeno¹⁸. A continuación, rechaza también el argumento de la propia discriminación por razón de sexo del trabajador, ya que entiende que no hay pruebas estadísticas de que la asunción del cuidado por parte de los hombres haya supuesto dificultades especiales para este colectivo¹⁹.

Sin embargo, una vez rechazados estos óbices procesales planteados por el recurrente, el TC entiende que lo anterior no es obstáculo para que su queja pueda ser analizada desde otra perspectiva del mismo derecho fundamental a la no discriminación: *«lo que se plantea en el presente caso es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la negativa a acceder a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral»*. La sentencia, no obstante, cuenta con un voto particular que pone en cuestión esta nueva causa discriminatoria.

4. A modo de recapitulación

Una vez expuesta la evolución doctrinal, podemos apreciar, en resumen, que la naturaleza constitucional de los DCPL arranca de una primera conexión con la protección del menor y la familia, art. 39 CE, aunque sin tener en cuenta las repercusiones que el ejercicio de estos derechos tiene en sus solicitantes desde la perspectiva del art. 14 CE, mas allá de la casuística relacionada con los perjuicios motivados por el embarazo y la maternidad como circunstancias biológicas y su conexión con la discriminación directa por razón de sexo; pasa por una segunda etapa donde el art. 14 CE, la discriminación indirecta por razón de sexo, ocupa un primer lugar desplazando al art. 39 CE a un segundo plano —aunque con un enfoque inadecuado desde la perspectiva de género por cuanto que residencia la tutela del derecho única y exclusivamente en la mujer— sin cuestionar el reparto de responsabilidades; y prosigue hacia una tercera etapa, que se inicia en 2010 con la influyente sentencia del TJUE asunto *Roca Álvarez*, donde la corresponsabilidad pasa al centro del análisis recogiendo el TC en su sentencia 26/2011 este enfoque con la creación de una nueva categoría discriminatoria: las circunstancias personales y familiares, art. 14 CE, que dará así amparo a las solicitudes efectuadas por los varones—. Comprobada pues

¹⁸ FJ 3.º: *«A través del recurso de amparo sólo pueden protegerse, en principio, los derechos fundamentales y libertades públicas de los directamente afectados, entendiendo como tales los titulares del derecho subjetivo presuntamente vulnerado, que son los únicos que pueden conseguir de este Tribunal la protección del propio derecho, sin que puedan lograrlo en relación con derechos fundamentales ajenos, a salvo los supuestos de representación u otros de carácter marcadamente excepcional»*.

¹⁹ FJ 4.º: *«Resultaría difícil apreciar la existencia de discriminación por razón de sexo que alega el recurrente, pues, como advierte el Fiscal en sus alegaciones, el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres»*.

la relevancia constitucional que ha adquirido el derecho de conciliación a la luz de esta jurisprudencia, procedemos a examinar desde una perspectiva crítica sus logros y carencias.

III. AVANCES Y RETROCESOS EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN. VALORACIÓN CRÍTICA

1. Alcance y limitaciones de la STC 3/2007

Debemos comenzar subrayando la importancia que la STC 3/2007 y posteriormente el Auto 1/2009 han tenido al conectar los DCPL con uno de los derechos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, el de igualdad y no discriminación; así como destacar la obligación para jueces y tribunales de realizar una labor de ponderación teniendo en cuenta su verdadera dimensión constitucional. Por ello no cabe duda de que la STC 3/2007 supone un punto de inflexión en la consolidación del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral como un nuevo derecho social fundamental, derecho que emana directamente de la CE (arts. 14 —igualdad y no discriminación—, 1.1 —Estado social y democrático de Derecho—, 9.2 —igualdad material—, 10.1 —dignidad y libre desarrollo de la personalidad—) y que se manifiesta asimismo a través de toda una serie de derechos subjetivos comprendidos en el ordenamiento jurídico laboral. Esta fundamentalidad, tal como establece el propio texto constitucional (art. 53.1 y 2), implica su vinculación a todos los poderes públicos la obligación de respetar su contenido esencial por parte de la ley, única habilitada para regular su ejercicio, así como el reforzado sistema de garantía cuyo último término es el recurso de amparo ante el TC. Aunque la sentencia reconoce lo que de alguna manera pudiera parecer obvio, a tenor del numeroso elenco de normas que, tanto en el plano internacional y comunitario como en el propio interno, han venido ligando el derecho a la conciliación de responsabilidades con principios generales, tiene el valor de ser la primera resolución judicial donde expresamente se reconoce y afirma la dimensión constitucional de todos los DCPL, así como la obligación de tener en cuenta siempre la misma exigiendo ponderar las circunstancias del caso concreto desde esa perspectiva. Así, en la resolución de cualquier duda interpretativa suscitada en relación con los DCPL habrá de prevalecer y servir de orientación la dimensión constitucional que estos presentan, tanto por su conexión con el art. 14 CE, como por la evidente vinculación con el art. 39 CE.

Podemos destacar, por tanto, como un primer acierto de la STC 3/2007, esa vinculación directa entre los DCPL y el art. 14 CE, de forma que la negativa o dificultad injustificada en su ejercicio supone para las mujeres solicitantes un caso de discriminación indirecta por razón de sexo²⁰. Este razonamiento podría resultar, a priori, admisible puesto

²⁰ Las discriminaciones indirectas se dan en «aquellas situaciones en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ponen a personas determinadas en desventaja particular respecto a personas que se encuentran en

que es un hecho comprobado estadísticamente que en la actualidad siguen siendo en su mayoría mujeres quienes ejercitan los DCPL y, en consecuencia, cualquier trato desfavorable experimentado por el ejercicio de tales derechos siempre tendrá un impacto más negativo en el colectivo de mujeres trabajadoras. En este sentido el TC, ya desde antiguo, había reconocido la desigualdad que genera la división sexual del trabajo, mercantil y doméstica, y que constituye una de las diferencias «históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones... desventajosas...»²¹.

Calabuig Puig²² ha reflexionado sobre la concreción del concepto de discriminación indirecta, en relación a las sentencias del TJUE y del TC recaídas en 2012 y 2013²³ sucesivamente, a propósito del trabajo a tiempo parcial y el cálculo de pensiones, resaltando la importancia de la progresiva delimitación de dicho concepto por parte de los órganos judiciales, que ha supuesto un progreso sustancial en la tutela antidiscriminatoria, avanzando desde la identificación de lo explícito (la discriminación manifiesta) a lo sutil (aquella otra no tan fácilmente detectable). Es decir, una auténtica transformación en su perspectiva jurídica clásica pues ya no basta con atender a criterios puramente jurídicos sino que va a precisar un análisis sociológico y una mayor atención a la aplicación del Derecho evolucionando así de lo formal a lo efectivo.

Desde esta perspectiva, el TC acierta en su STC 3/2007 cuando concluye que «no resulta cuestionable la posibilidad de una afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo como consecuencia de decisiones contrarias al ejercicio del derecho de la mujer trabajadora a la reducción de su jornada por guarda legal, o indebidamente restrictivas del mismo» (FJ 5.º) desvinculando la discriminación de un trato empresarial directamente desfavorable o peyorativo para «presumirla» a partir de una constatación estadística en el plano social.

*la misma situación, salvo que puedan ser justificadas de forma objetiva en atención a una finalidad legítima». De este modo, la supuesta neutralidad estaría encubriendo una discriminación práctica, dado que es en la aplicación de la medida cuando se manifiestan los efectos antidiscriminatorios. En E. ALVAREZ CONDE, «La igualdad como principio constitucional», E. ÁLVAREZ CONDE, Á. FIGUERUELO BURRIEZA, L. NUÑO GÓMEZ (Dirección), *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad*, Iustel, Madrid, 2011, p. 45.*

Por su parte, nuestra jurisprudencia constitucional introdujo la noción de discriminación indirecta en el ordenamiento jurídico, a través de la STC 145/1991, de 1 de julio, sobre igualdad salarial, al prohibir los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que se derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diversos sexos, consecuencias perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre trabajadores/as a causa de la diferencia de sexo.

²¹ SSTC 19/1989 y 145/1991.

²² M.A. CALABUIG PUIG, «Sobre la concreción del concepto de discriminación indirecta. Un análisis a propósito del trabajo a tiempo parcial y el cálculo de pensiones», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 22/2º Semestre 2013, pp. 353-368.

²³ STJUE (Sala Octava), de 22 de noviembre de 2012 y STC 61/2013, de 14 de marzo.

El segundo acierto de la STC 3/2007, es que nos ofrece una lectura implícita sobre la vigencia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, tal y como ha destacado Molina Navarrete²⁴, esto es, lo que doctrinalmente se ha venido conociendo como la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, dando respuesta a cómo deben interpretarse las normas jurídicas, una vez que el derecho a la conciliación es un derecho ligado a la igualdad de trato y de oportunidades²⁵. El autor califica esta decisión constitucional como de «*política judicial*»²⁶ del derecho fundamental a la conciliación. Y considera que, en la práctica, esto significa que el juzgador deberá llevar a cabo el juicio de legitimidad de la medida empresarial en el plano constitucional y no podrá limitarlo sólo al de la legalidad ordinaria, exigiéndole que no permita decisiones empresariales injustificadas al derecho que la ley reconoce, aunque ello implique una relectura constitucional de la misma —ampliando su tenor literal—, lo que significa primar su *estatuto de derechos fundamentales* sobre su *posición contractual*. Pero además introduce la idea de que la dimensión constitucional del contrato de trabajo implica integrar no sólo deberes de respeto por parte del empresariado de los derechos constitucionales, sino también «*deberes de adaptación o acomodación razonable de la prestación*» para permitir la compatibilidad de las obligaciones que conlleva con las libertades o derechos de autodeterminación que implican aquellos. De este modo, es evidente que si la STC 3/2007 exige al Juez valorar si el ejercicio de adaptación horaria planteado por la trabajadora afecta o no desproporcionadamente al funcionamiento regular de la empresa, es porque la empresa está vinculada por el deber de no obstaculizar el ejercicio útil del derecho a la conciliación por parte de su titular. Por tanto, la STC 3/2007 está exigiendo modular las obligaciones laborales y el ejercicio de los poderes empresariales, conforme a la trascendencia constitucional de los intereses y valores familiares de la trabajadora. Y este imperativo de razonabilidad constitucional de la decisión empresarial no deja de ser, según el autor, «*una exigencia de adecuación de la práctica empresarial al logro de estos valores y derechos constitucionales*»²⁷.

En resumen, la STC 3/2007 tiene una especial trascendencia porque incorpora criterios que van a integrar en el contenido material del principio de igualdad y no discriminación, además de exigir la ponderación de los intereses en juego.

En cuanto a los aspectos problemáticos presentes en la STC 3/2007, el mayor reproche que puede hacerse a la sentencia es el argumento que emplea y por el que se

²⁴ C. MOLINA NAVARRETE, «Derecho con mirada de mujer: la solución al conflicto de conciliación de la vida laboral y familiar en la STC 3/2007, de 15 de febrero», *Diario La Ley*, núm. 6681, Sección Doctrina, 28 Mar. 2007, Año XXVIII, Ref. D-76.

²⁵ Aunque esta decisión, desde luego, como destaca el autor, no es ajena a la polémica sobre el reconocimiento o la vigencia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

²⁶ C. MOLINA NAVARRETE, «Derecho con mirada de mujer...» *cit.*

²⁷ *Idem.*

deduce la discriminación indirecta por razón de sexo, nos referimos a aquél según el cual al ser principalmente las mujeres las que concilian, cualquier impedimento o negativa injustificada en su ejercicio supone una discriminación indirecta por razón de sexo. Este razonamiento está en la misma línea del que utilizara el TJCE en sus primeras sentencias sobre la discriminación indirecta por razón de sexo, donde tampoco se cuestionaba el hecho de que fuesen las mujeres quienes principalmente desempeñasen trabajos a tiempo parcial cuando, obviamente, tal dedicación está directamente relacionada con el trabajo de cuidado desarrollado en el ámbito doméstico y por lo tanto con la discriminación estructural sexo/género que subyace en la consideración de la asunción voluntaria de las mujeres a las labores de cuidado. Por tanto, cuando se analiza esta argumentación desde la idea del reparto de responsabilidades, yendo a la raíz del problema, vemos que realmente viene a reforzar la actual división de roles masculino/público, femenino/privado²⁸, dando por buena dicha distribución tradicional. En consecuencia, aun cuando se otorgue una especial tutela a las mujeres, a la vez se estará manteniendo su posición subordinada²⁹. De este modo, señala Calabuig Puig³⁰, la discriminación estructural origen del problema queda sin resolver, de forma que hace imprescindible la incorporación real de la perspectiva de género en la elaboración y reforma de las leyes, ya que de otro modo la reparación del problema, aunque positiva y necesaria, no deja de ser un parche y no soluciona la cuestión de fondo.

El segundo problema que plantea la STC 3/2007, y que deriva del anterior, es que esta doctrina no permitiría, en principio, su aplicación a los varones³¹. Así se pone de mani-

²⁸ Sin embargo no hay que olvidar que en 2007 habría sido muy complicado por parte del TC llegar a las conclusiones de la STC 26/2011 en torno a la relación entre la conciliación y las causas de no discriminación, habida cuenta de que el enfoque de la corresponsabilidad, pese a ser un mandato comunitario desde mucho tiempo atrás, no se había tenido en cuenta a nivel jurisprudencial por el TJUE hasta 2010 en el asunto *Roca Álvarez*.

²⁹ En este sentido el voto particular discrepante de la STC 109/1993, de 25 de marzo, formulado por cuatro de los magistrados/as advertía del peligro que podía suponer para la mujer instaurar derechos diferentes en función del sexo; o la STC 3/1993, de 12 de febrero, a propósito de la atribución exclusivamente femenina de una prestación en favor de familiares. Para un análisis en profundidad ver M.A. BARRÈRE UNZUETA, «Derecho fundamental a la igualdad de trato, discriminación estructural y empoderamiento de las mujeres», en *XXVIII Cursos de verano de la UPV/EHU en San Sebastián —XXI Cursos Europeos (presentado en Encuentro Internacional sobre «Crisis económica, género y retribución»)*, Palacio de Miramar, 2, 3 y 4 de septiembre, 2009. Consultado en: http://www.emakunde.euskadi.net/u72-10010/es/contenidos/informacion/publicaciones_seminarios_flash/es_2009/uploads/ponencias/maggy-barrere.pdf (13 de noviembre de 2013).

³⁰ M.A. CALABUIG PUIG, «Sobre la concreción del concepto de discriminación indirecta. Un análisis a propósito del trabajo a tiempo parcial y el cálculo de pensiones».

³¹ Así por ejemplo, la STSJ Cataluña, Sala de lo Social, de 13 de julio de 2009, señala que «(...) tanto la dimensión constitucional como la hipotética discriminación que la Ley Orgánica 3/2007 pretende conciliar es exclusivamente en relación a la mujer trabajadora (...)».



fiesto en la STC 26/2011 cuando afirma: «Desde esta perspectiva, resultaría difícil apreciar la existencia de discriminación por razón de sexo que alega el recurrente, pues, como advierte el Fiscal en sus alegaciones, el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones» (FJ 4.º). Y es que como se recuerda en la STC 3/2007, «la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer».

Sabemos que esa histórica situación de inferioridad de la mujer no se produce tanto por la condición biológica *per se* cuanto por la histórica asignación de roles, entre otros las labores de cuidado, por lo que la verdadera causa discriminatoria debería comprender además de aquellas circunstancias que derivan del sexo biológico, sobre todo las que derivan del sexo «construido» o el género. Y principalmente ha sido esa asunción de los trabajos de cuidado lo que ha supuesto un obstáculo en el acceso y el mantenimiento en el trabajo principalmente de las mujeres, pero también de algunos hombres. Sin embargo, el TC no acaba de reconocer toda la dimensión del «sexo» más allá de la pura biología. Por ello, no puede considerar aplicable la doctrina de la STC 3/2007 a tales casos. Sin embargo, sí se baraja como grupo discriminado el perteneciente a todas aquellas personas, mujeres y hombres, que al ejercer labores de cuidado a la vez que trabajan encuentran impedimentos por dichas circunstancias, sí entenderíamos que un varón pueda ser preterido por razón de género si en el ejercicio de sus funciones parentales solicita una medida de conciliación y le es denegada injustificadamente, ya que se le impide disfrutar de su papel de cuidador, tareas que han estado implícitamente asignadas al sexo femenino. A la misma vez también podría darse una discriminación indirecta por razón de sexo/género en la medida en que si al varón se le impide conciliar, tendrá que hacerlo la mujer, y ello supondrá continuar relegándola a ese papel de cuidadora dificultando así el reparto de responsabilidades³². La STC 26/2011, como ya hemos visto, aun sin reconocer la categoría de género, se aproxima bastante a este razonamiento.

Un tercer problema que presenta la STC 3/2007 es la falta de concreción sobre el alcance de la dimensión constitucional de los DCPL. El TC no entra a analizar si la empresa, con su decisión, ha discriminado o no a la trabajadora, por considerar que se trata de una decisión propia del Juez de instancia, entendiéndose que no le corresponde «*siquiera determinar si la concreta reducción de jornada solicitada (...) se enmarca o no dentro de dichos límites y debe entenderse o no, en consecuencia, amparada por su derecho a la reducción de jornada*» (FJ 4.º). Por tanto, se limita a decir que el art. 37.5 ET no establece «*si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa*», encontrando en esta ausencia de un criterio legal expreso,

³² Aunque esta argumentación resulta limitadora porque sólo puede aplicarse en aquellas parejas heterosexuales.

un apoyo para establecer el imperativo constitucional que exige ponderación de «*las circunstancias concurrentes dirigidas a hacer compatibles los diferentes intereses en juego*» (FJ 6.º, párr. 4.º in fine).

Esta falta de concreción de la sentencia, deja sin resolver el problema de qué debe entenderse por jornada ordinaria desde una perspectiva constitucional, quedando sin una respuesta clara tanto los trabajadores/as solicitantes como los propios Tribunales que deberán aplicar esta doctrina.

No obstante, a este respecto el legislador en su reforma laboral de 2012 añade la expresión «diaria» en el art. 37.5 ET intentando zanjar así la polémica sobre las solicitudes de adaptación horaria fuera de los márgenes diarios, pese a que tal decisión presente serias dudas de encaje constitucional tanto en cuanto al fondo como a la forma³³.

Por último, se plantea un problema desde el punto de vista procesal en el estudio de la STC 3/2007 y el Auto de ejecución del TC de 2009: y es que, como vimos, el TC se muestra incapaz de proporcionar una reparación del derecho vulnerado de la trabajadora, evidenciando una incongruencia que consiste en otorgar el amparo por vulneración del derecho fundamental y, sin embargo, dejar sin reparar por ninguna vía dicho derecho. Tur Ausina³⁴ ha analizado críticamente los argumentos denegatorios del Tribunal en materia de indemnizaciones:

- a) En primer lugar, el TC afirma que el derecho a obtener una indemnización no es uno de los protegibles en amparo, confundiendo con ello la finalidad de este recurso —reparación de la lesión— con el objeto material de su protección —los derechos en juego—. La indemnización no es sino una medida de reparación del derecho vulnerado.
- b) En segundo lugar, el TC sustenta su incompetencia para resolver sobre las indemnizaciones, de manera genérica, en la concreta prohibición establecida por el art. 58 LOTC, referida a las que procedan de la negativa o la concesión de la suspensión del acto que habría vulnerado el derecho, residenciando esa función en los jueces y tribunales ordinarios. La autora considera, sin embargo, que no es posible equiparar ambos supuestos; deben pues distinguirse los efectos indemnizatorios que puedan desprenderse de la adopción de una medida cautelar frente a los que constituyen el contenido de la sentencia estimatoria de amparo.
- c) Tampoco cabe, afirma el TC, que el mismo establezca la indemnización por dilaciones indebidas en el proceso, pudiendo ejercitarse dicha acción a través del

³³ Véase a este respecto la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, de 23 de abril de 2014 y la interpretación alternativa que realiza el juzgador del término «diaria».

³⁴ R. TUR AUSINA, *Garantía de derechos y jurisdicción constitucional. Efectividad del amparo tras la sentencia estimatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 443-465.

procedimiento de responsabilidad de la Administración de Justicia por su funcionamiento anormal. Tur Ausina cuestiona esta afirmación destacando que la indemnización planteada ante el TC tiene una naturaleza propia y distinta de la anterior, con un fundamento relacionado con la necesidad de atender a una reparación imposible que no puede satisfacerse por otros medios, y a la mera existencia de un daño económico o moral. Por otro lado, la postura del TC es contraria al principio de economía procesal —obligando a la parte recurrente a proseguir un camino judicial ya de por sí largo—, amén de vulnerar la operatividad y efectividad que deben caracterizar la protección de un derecho fundamental

- d) Asimismo argumenta el TC que la indemnización no está prevista en los arts. 41.3 y 55 LOTC. Adentrándose en la interpretación de tales preceptos, la autora concluye que tal medida puede ser necesaria para realizar la «verdadera y real tutela de las libertades» propia del amparo constitucional
- e) Finalmente, el TC alude a que la adopción de la medida equivaldría a suplantar al órgano judicial competente, frente a lo que es aplicable el mismo argumento anterior, sólo asumiendo —en los casos en que sea necesario— la determinación de tales indemnizaciones se realizará la tutela más completa de los derechos.

Por último, Tur Ausina analiza este criterio desde el punto de vista del derecho comparado, donde se encuentran diferencias entre el anglosajón (más inclinado a la compleción de la tutela por vía indemnizatoria) y el continental (con escasa tradición al respecto), para finalizar proponiendo que las medidas compensatorias debieran incluirse en la LOTC tras la oportuna reforma, en aras tanto de obtener la satisfacción objetiva del recurrente cuanto de la coherencia con la propia naturaleza del recurso.

Ciertamente que casos como el de la STC 3/2007 que hemos estudiado permiten afirmar que el problema último, en lo referido a las indemnizaciones, tiene más que ver con el entendimiento y la configuración del procedimiento de amparo que con una estricta interpretación de los preceptos que lo regulan. Retraer las competencias del TC hasta el punto de limitarlo a la labor interpretativa, desentendiéndose en cierto modo de las consecuencias que tal interpretación pueda tener en el motivo de fondo del recurso, así como de las dilaciones —tanto del propio procedimiento como de la posterior remisión a uno nuevo ante los tribunales ordinarios— y la posible pérdida de la finalidad originaria de una solicitud de un DCPL, supone desnaturalizar el amparo constitucional y convertirlo en una instancia meramente técnica y formalista.

2. La STC 26/2011 un impulso de reducido efecto

Avanzando en el estudio de las luces y sombras de nuestra doctrina constitucional en esta materia, podemos decir que la STC 26/2011 supone un avance aún mayor que su precedente, ya que se puede decir que «corrige» de alguna manera el razonamiento inicial

de la discriminación indirecta por razón de sexo que, como ya vimos anteriormente, conlleva una serie de problemas no desdeñables —entre otros la dificultad de su aplicación a los solicitantes varones—.

En primer lugar, es de destacar la influencia de la importante STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/2009, asunto *Roca Álvarez* que se observa. El TC partiendo del sexo masculino del solicitante refuerza la idea, ya defendida por el TJUE, de que los DCPL deben situarse en el mismo plano y gozar de la misma intensidad en su protección jurídica con independencia del sexo del trabajador/a, aunque no lo hace desde la perspectiva de la discriminación por razón de sexo, sino que dentro de la lista abierta del art. 14 CE, establece una nueva causa de discriminación «por razón de las circunstancias personales y familiares». Como vemos, este nuevo planteamiento es más avanzado con respecto a la STC 3/2007, ya que por una parte se apoya en el enfoque de la corresponsabilidad, y por otra en la idea de la conciliación de responsabilidades como una causa autónoma de discriminación. Se puede decir que la STC 26/2011 sigue los razonamientos efectuados por la STC 3/2007 —ambas dictadas por la Sala Primera— con el valor añadido de ser el primer pronunciamiento en que se reconoce a un varón el derecho fundamental a la conciliación, ya no sólo por su relación con el art. 39 CE, sino también por su conexión con el art. 14 CE. Nos encontramos, por tanto, ante una sentencia que marca un nuevo punto de inflexión en lo que se refiere a la protección constitucional de los DCPL y su vinculación con la vida personal y familiar de los trabajadores/as. Y ese derecho fundamental a no ser discriminado por razones personales, sociales o familiares ha de ser adecuadamente ponderado en la interpretación de la legalidad ordinaria, lo que implicará realizar una lectura de esas disposiciones en clave constitucional, evitándose que la mera aplicación de su tenor literal pueda ser una vía de vulneración de derecho constitucional a no sufrir discriminación.

Por ello, se puede decir que la práctica totalidad de la doctrina científica, tanto laboral como constitucional, ha destacado el valor de esta sentencia. Así, Salazar Benítez afirma que con la interpretación realizada por el TC en su sentencia 26/2011, se puede concluir que «los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral constituyen una proyección del principio de igualdad y no discriminación»³⁵. Por otra parte, autoras como García Rubio³⁶ han puesto de manifiesto que esta declaración del TC resulta muy importante, puesto que, en el ámbito laboral, tanto comunitario como interno, no existe aun, al

³⁵ O. SALAZAR BENÍTEZ, «La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 14, 2012, p. 35.

³⁶ M.A. GARCÍA RUBIO, «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada», *Relaciones Laborales*, núm. 13, Comentarios de jurisprudencia, julio de 2011.

menos de forma explícita, una norma que extienda la tutela discriminatoria a la conciliación de responsabilidades como causa de discriminación ajena al sexo del trabajador/a que lo ejercite; por lo tanto, el hecho de que el TC haya otorgado el rango de derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades supone un notable avance y refuerzo en relación a la garantía efectiva de los DCPL.

Por otro lado, los efectos beneficiosos de la STC 26/2011 no sólo se hacen notar en el propio ámbito jurídico laboral sino que se trasladan también a la esfera del ámbito privado por su papel en la tarea de deconstrucción de los tradicionales roles de cuidado apoyando un nuevo modelo de masculinidad³⁷.

No obstante, y pese a lo evidente de su directa relación con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo desde el enfoque de la corresponsabilidad, la STC 26/2011, descarta la posible vulneración de la discriminación por razón de sexo tanto del solicitante como de su esposa, lo que pone de manifiesto, aun con el importante avance que supone la creación de esta nueva categoría, la renuencia del TC a realizar un análisis en profundidad de la auténtica causa discriminatoria en el ejercicio de los derechos de conciliación, que no tiene que ver con el sexo como condición biológica, sino con el sexo social, o el género.

Así, en cuanto a la alegación de discriminación directa por razón de sexo del solicitante, el TC, como ya dijimos, en virtud de una interpretación limitada de su doctrina constitucional respecto del significado de esta prohibición³⁸ entiende que no podría trasladarse a los trabajadores varones, bien por razones biológicas, bien por motivos estadísticos demostrativos de su escasa asunción de las cargas familiares.

Sin embargo, aun estando de acuerdo con esta afirmación, deberíamos matizar de nuevo que la desventaja social no está unida a las mujeres por su condición biológica, sino a todas aquellas personas que ejercen habitualmente las tareas de cuidado. El varón, históricamente, no se ha ocupado de ellas, pero como sabemos, la realidad va por delante del derecho y hoy en día son muchos los que sí las asumen. Lo cierto es que los trabajos de cuidado, minusvalorados social y económicamente, han colocado a quienes los ejercen en esa situación de desventaja. Así pues podemos preguntarnos si esto es fruto sólo del sexo biológico o más bien de esas obligaciones de cuidado que han conformado el género femenino. La respuesta es que en el caso de la mujer nos encontraríamos ante una discriminación sexo/género mientras que en el del hombre lo sería por razón de género.

³⁷ O. SALAZAR BENITEZ, «La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar» *cit.*

³⁸ De acuerdo con la STC 19/1989 la referencia al sexo en el art. 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer, siendo inconstitucional la diferenciación normativa basada en dicho criterio.

En efecto, el TC considera al hombre como inequívocamente ligado a las funciones tradicionales de su género, por lo que el mero hecho de nacer varón presupone que éste no va a asumir las tareas del género femenino, y por lo tanto no se puede considerar incluido dentro del grupo social desfavorecido por la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer. Podríamos estimar, por tanto, más adecuada en el ejercicio de los DCPL por los varones la discriminación por razón de género, entendiéndola como una interpretación extensiva y actual de la discriminación por razón de sexo.

En este sentido, autoras como García Rubio³⁹ han sostenido que la equiparación de hombres y mujeres en la tutela antidiscriminatoria por el ejercicio del derecho a la conciliación debe entenderse como una exigencia derivada del propio principio de igualdad por razón de sexo, tanto por las diferencias de trato que se producirían en perjuicio de los trabajadores, como por las indirectas consecuencias negativas que a su vez generarían para las trabajadoras.

Por su parte, Cabeza Pereiro y Fernández López⁴⁰ sostienen igualmente que en la negativa injustificada al ejercicio por el varón de un derecho de conciliación puede defenderse que concurre vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo, no sólo porque así lo exprese el art. 44 de la LOI 3/2007, sino desde la perspectiva de la corresponsabilidad, tal y como ha hecho el TJUE en la sentencia *Roca Álvarez*. En este caso se trataría más bien de una discriminación de estereotipo⁴¹ sin perjuicio de que en estos casos se produzca simultáneamente una discriminación de la mujer puesta de manifiesto indirectamente a través de la negativa al varón del ejercicio de los derechos de conciliación.

En cuanto a la alegación del solicitante de amparo de la posible discriminación indirecta de su esposa, el TC también desestima la pretensión acudiendo a su doctrina según

³⁹ M.A. GARCÍA RUBIO, «La tutela del trabajador varón en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar», en Cabeza Pereiro, J. y Fernández Docampo, B. (Directores), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 357-261.

⁴⁰ J. CABEZA PEREIRO y M. FERNÁNDEZ PRIETO, «Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 24 y 26/2011, de 14 de marzo», *Relaciones Laborales*, núm. 21, Sección Comentarios de jurisprudencia, Año 27, tomo 2, Editorial LA LEY, noviembre de 2011.

⁴¹ Como explican estos autores, el estereotipo en la mujer se basa en la concepción de una trabajadora que es responsable del cuidado de su núcleo familiar y que por tanto está más implicada en el proyecto familiar que en el empresarial. En el hombre el estereotipo es el de un trabajador no implicado con su núcleo familiar, y las resistencias responderían al mantenimiento de los estándares de comportamiento socialmente aceptados que se apoyan en la creencia de que los varones necesitan menos intensamente de estos derechos porque sus solicitudes no se basan en una necesidad perentoria, como sí se basarían las de sus compañeras. Además se considera que la solicitud masculina se convertiría en una provocación a la empresa por lo que el hombre que, contrariamente a las normas socialmente establecidas, pretende reordenar su tiempo de trabajo para poder hacerse cargo en mayor medida de sus responsabilidades familiares se convierte en víctima de discriminación.

la cual, a grandes rasgos, a través del recurso de amparo sólo se pueden tutelar derechos fundamentales propios y no ajenos. Pero lo cierto es que, tal y como ha destacado García Rubio⁴², esta doctrina no rige de forma absoluta y estricta, ya que en otros supuestos el TC ha acabado reconociendo la legitimación activa para interponer el recurso de amparo a sujetos no titulares del derecho fundamental alegado⁴³.

Esta segunda decisión resulta también controvertida ya que, con independencia de los motivos procesales alegados, la restricción del derecho de conciliación del solicitante, de acuerdo con lo expuesto por el propio Ministerio Fiscal en su informe al recurso de amparo con apoyo en la Directiva 2006/54/CEE, y la jurisprudencia comunitaria del TJUE, Asunto *Roca Álvarez*, supondría una discriminación indirecta de su esposa. El voto particular afirma que no cabría descartar un interés legítimo del recurrente acudiendo al art. 162.1 b) CE, ya que la imposibilidad para el varón de acceder al derecho solicitado contribuiría a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, correspondiendo la del cuidado principalmente a la segunda «con independencia de que esta perspectiva tenga que quedar al margen del análisis al no ser un derecho propio del recurrente sino de su esposa».

La doctrina científica también ha destacado que este aspecto debería haberse tenido en cuenta. En tal sentido Cabeza Pereiro y Fernández Prieto⁴⁴ afirman que no se comprende muy bien por qué el Tribunal no acepta la posible existencia de discriminación indirecta de la mujer, y sí, en cambio la discriminación por «cualquier otra condición o circunstancia personal y familiar».

Por tanto, con independencia de la respuesta final, para García Rubio «habría sido deseable que la STC 26/2011 se hubiera detenido más a razonar sobre esta cuestión, no limitándose a aludir al carácter ajeno del derecho (...) sino planteándose si el esposo y padre de los menores, en tanto integrante de la unidad familiar, goza o no de «interés legítimo» para reclamar la posible discriminación indirecta de la mujer, teniendo en cuenta

⁴² M.A. GARCÍA RUBIO, «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada» *cit.*

⁴³ La autora destaca otras sentencias en las que se matiza la anterior afirmación y, a partir del tenor del art. 162.1 b) CE, concluyen que «nuestra Ley fundamental no otorga la legitimación activa exclusivamente a la «víctima» o titular del derecho fundamental infringido, sino a toda persona que invoque un «interés legítimo»; y en tal sentido manifiestan que «este Tribunal ha interpretado de forma muy amplia y flexible la noción de interés legítimo a efectos de reconocer legitimación para recurrir en amparo, pues ha considerado que tiene este interés «toda aquella persona cuyo círculo jurídico pueda resultar perjudicado por la violación, por obra del poder, de un derecho fundamental, aunque la violación no se produzca en su contra» (AATC 1193/1988, de 24 de octubre, F. único; 58/2000, de 28 de febrero, FJ 2; STC 84/2000, de 27 de marzo).

⁴⁴ J. CABEZA PEREIRO y M. FERNÁNDEZ PRIETO, «Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional 24 y 26/2011, de 14 de marzo» *cit.*

los perjuicios no sólo profesionales, sino también los derivados para la economía familiar que, en su caso, pudieran generarse»⁴⁵. Además, una interpretación rígida del derecho de adaptación de jornada tanto de trabajadores como de trabajadoras solicitantes afectaría indirectamente en mayor medida a las mujeres, que en caso de denegación podrían ser las que, de forma habitual, acabarían ejercitando derechos alternativos de conciliación, más perjudiciales desde el punto de vista económico y profesional —reducción de jornada, excedencia, etc.—.

No obstante, esta asociación de la conciliación con la discriminación por razón de sexo, que se apoya en que son las mujeres las que mayoritariamente ejercen los derechos de conciliación, es una afirmación que, aun corroborada estadísticamente, no cuestiona los roles tradicionales y el papel de cuidadora de la mujer. Por tanto habría que reforzar este razonamiento pero insistiendo en la idea de que la base de la discriminación es el sexo social o si se quiere el género, nunca el sexo biológico, entre otras cosas porque este argumento se basa en unos presupuestos que dan por sentado que estamos siempre ante un modelo de familia tradicional constituida por un padre y una madre pero que no encaja en otros modelos familiares.

Una vez descartadas la discriminación por razón de sexo tanto del solicitante de amparo como de su esposa, la STC 26/2011 construye una nueva categoría discriminatoria, apoyándose en su propia doctrina sobre la cláusula abierta del 14 CE, otorgando al trabajador el amparo solicitado por considerar que las resoluciones judiciales impugnadas, al no realizar una debida ponderación de las circunstancias personales del recurrente, no fueron respetuosas con el derecho fundamental a la no discriminación «por circunstancias familiares» vulnerándose por tanto el art. 14 CE.

Paradójicamente, esta importante declaración del TC prácticamente carece de argumentación jurídica, algo que ha sido criticado tanto por el propio voto particular de la sentencia como por la doctrina científica.

Así, Cabeza Pereiro y Fernández Prieto⁴⁶ creen que habría sido mucho más conveniente circunscribirse al ámbito de la discriminación por razón de sexo. Y consideran que la invocación a la cláusula general de «*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*» puede acabar incrementando la inseguridad jurídica, del mismo modo que no tomar en consideración la discriminación por razón de sexo desde la perspectiva de la corresponsabilidad acabe haciendo pasar desapercibida la misma a los órganos de apli-

⁴⁵ M.A. GARCÍA RUBIO, «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada» *cit.*

⁴⁶ J. CABEZA PEREIRO y M. FERNÁNDEZ PRIETO, «Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional 24 y 26/2011, de 14 de marzo» *cit.*

cación de las normas. Por lo tanto, para estos autores resultaría «más aconsejable utilizar moldes jurídicos más conocidos y aferrarse a doctrinas consolidadas, para evitar que se emprendan caminos que, a la larga, puedan no llevar a ninguna parte»⁴⁷. Si la causa de la desigualdad de la mujer en el mercado de trabajo es la ausencia de corresponsabilidad, no sería necesario complementar los argumentos jurídicos invocando discriminaciones un tanto artificiosas.

Sin embargo, no podemos compartir totalmente esta afirmación, puesto que en una hipotética situación en la que el reparto de tareas fuese equilibrado también habría que seguir protegiendo a mujeres y hombres para que ambos puedan seguir compatibilizando la vida familiar con la vida personal. Es decir, se trata más bien de tutelar a todas aquellas personas que ejercen labores de cuidado en compatibilidad con el trabajo; y en ese sentido la nueva construcción jurisprudencial del TC se amolda mejor a estas circunstancias, siempre y cuando se entienda accionable por ambos sexos.

Así lo entiende García Rubio⁴⁸ cuando afirma que las causas de discriminación que la doctrina ha venido asociando con determinadas diferenciaciones históricamente arraigadas no residen en realidad en el sexo biológico del trabajador/a, sino que sería la asunción de responsabilidades familiares el factor determinante de las desventajas en el acceso y permanencia en el empleo. En este sentido cita la STSJ Madrid 3 abril 2002, rec 6305/2001 que afirma: *«hemos de concluir que no es el sexo lo que determina aquella —la consideración de que es la condición de mujer lo que da lugar a la desigualdad no deja de entrañar un perjuicio discriminatorio al partir de la premisa de que es suya y no del hombre la obligación de cuidado— sino la dedicación de un trabajador, hombre o mujer, a la familia, en detrimento de la permanencia en la empresa, o de su disponibilidad para la misma, siendo esto lo que se penaliza mediante conductas de preterición laboral»*. Por ello, y aunque García Rubio no llegue a hacer mención expresa a la categoría de género en su análisis, lo cierto es que comparte la idea también expresada por Salazar Benítez cuando éste afirma: «Aunque el TC no llegue a decirlo, estaríamos ante una discriminación por razón de «género», esto es, ante una discriminación que deriva del papel diferenciado asignado a hombres y mujeres por el patriarcado. Es decir, de la misma manera que el legislador ha entendido que la denominada «violencia de género» es consecuencia de unas determinadas relaciones de poder y de una situación de desigualdad entre hombres y mujeres (art. 1 LO 1/2004), también deberíamos vincular el desequilibrio existente en el ámbito de las responsabilidades pri-

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ M.A. GARCÍA RUBIO, «La tutela del trabajador varón en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar», p. 361.

vadas y familiares a la persistencia de unas estructuras que parten de una diferenciación jerárquica entre unos y otras»⁴⁹.

Esta autora, además, desarrolla la argumentación que debería haber utilizado el TC con apoyo en la cláusula abierta del art. 14 CE, en la medida en que la asunción de responsabilidades familiares actúe como motivo irrazonable de diferenciación y segregación contrario a la dignidad de la persona (STC 62/2008, de 26 de mayo), además del propio reconocimiento implícito que parece desprenderse de la redacción del art. 44 LOI 3/2007, la normativa de la OIT (Convenio núm. 156 y su Recomendación núm. 165) y la cláusula quinta del Acuerdo marco revisado de la Directiva 2010/18 UE.

Todo ello nos lleva a la necesidad del reconocimiento expreso de la categoría de género en nuestro ordenamiento jurídico como causa de diferenciación prohibida, además de un pronunciamiento constitucional expreso sobre esta cuestión.

Ya en 1975 Gayle Rubin⁵⁰ redefinió el concepto género como «lo social» diferenciándolo del sexo como «lo biológico» a raíz de la necesidad de oponerse a una opinión dominante que vincula la situación de subordinación de las mujeres a sus características sexo-biológicas. Es en este sentido donde resulta necesaria la introducción del término «género» como categoría explicativa de la discriminación de carácter estructural sexo/género⁵¹.

En el ejercicio de los DCPL, la verdadera causa discriminatoria es la asunción de responsabilidades correspondientes a la esfera privada, tanto personales como familiares y, en consecuencia, la argumentación del TC debería haber profundizado en el hecho de que nos encontramos en realidad ante una discriminación por razón de género, o si se quiere por razón de las circunstancias personales y familiares pero asociadas al sexo/género. Sólo de esta forma la nueva causa discriminatoria no sólo quedaría reforzada en su argumentación, sino que serviría para que todos los trabajadores, mujeres y hombres, tuviesen la misma tutela judicial.

Un último problema que plantea la STC 26/2011 es que, al igual que ocurría con la STC 3/2007, no existe un pronunciamiento general sobre si la negativa de la empresa

⁴⁹ O. SALAZAR BENITEZ, «La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar», p. 33.

⁵⁰ G. RUBIN, «The traffic in Women: Notes on the Political Economy of Sex», en *Towards an Anthropology of Women*, New York, 1975.

⁵¹ Y es que, como expresa M. Barrère Unzueta, se ha criticado por el feminismo —y con razón— el uso abusivo, perverso y enmascarador del término «género» dándose la paradoja de que a pesar de que el mismo se define fundamentalmente por su oposición a «sexo», es frecuente encontrar en textos científicos y periodísticos la simple sustitución del segundo por el primero, lo que ocurre igualmente con el término «mujeres». En M. BARRÈRE UNZUETA, «Legislación y jurisprudencia antidiscriminatorias por razón de sexo-género. Reflexiones de recopilación y de reforma legislativa», consultado en: http://www.f-3.net/defentsoria/2007/ponencias/Maggy_Barrere_Ponencia.pdf. (18 de febrero de 2013).

a la adaptación de jornada del trabajador supone o no un acto de discriminación. Esta falta de pronunciamiento se agrava por cuanto, como veremos a continuación, el TC en dos sentencias dictadas en el mismo día, la STC 26/2011 y la STC 24/2011, y sobre un mismo asunto, el derecho a adaptar la jornada de trabajo para conciliar la vida familiar y laboral, acabará dando dos respuestas completamente distintas, en función del sexo de los solicitantes, aunque en apariencia no sea el sexo la causa del diferente resultado, sino la ausencia o no de ponderación de los derechos fundamentales en juego en cada caso.

En efecto, en el caso de la STC 26/2011 la negativa injustificada se considera contraria al derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias familiares (art. 14 CE), mientras que en la STC 24/2011 no se considera contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ni tampoco al derecho a la no discriminación (art. 14 CE).

En primer lugar, la STC 24/2011 rechaza aplicar los razonamientos contenidos en la STC 3/2007 al considerar que no eran trasladables al caso al no apreciarse la necesaria identidad de supuestos⁵². No obstante, y pese a negar la aplicación de dicha doctrina constitucional e indicar que habría que seguir la doctrina del TS en torno a dicha cuestión (STS de 13 y 18 de junio de 2008), lo cierto es que la sentencia sí que analiza una de las exigencias clave de la STC 3/2007 vinculada a la dimensión constitucional de los DCPL, esto es, la ponderación de los derechos fundamentales en juego. Realizado el juicio «formal» de ponderación, el TC afirma que *«no cabe apreciar la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que se reprocha a las decisiones judiciales impugnadas, al haber abordado su enjuiciamiento teniendo en cuenta la dimensión constitucional de la controversia planteada»*. Es de destacar que, a diferencia de las SSTC 3/2007 y STC 26/2011, sí existe en esta resolución un pronunciamiento específico sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Una vez descartada la vulneración del art. 24.1 CE, la STC 24/2011 desestima también la del derecho a la no discriminación por razón de sexo alegado por la trabajadora (FJ 4.º)⁵³. A partir, pues, de esta consideración, el Tribunal Constitucional concluye que *«no se ha infringido el art. 14 CE que se denuncia, al no haberse producido una indebida restricción*

⁵² Recordemos que en la STC 3/2007 la solicitante ejercía un derecho de reducción y adaptación horaria al amparo del 37.5 ET, y en el caso de la STC 24/2011 la solicitante pedía únicamente una adaptación horaria al amparo del 34.8 ET.

⁵³ La STC 24/2011 sostiene que la voluntad del legislador al articular el art. 34.8 ET ha sido la de *«condicionar el ejercicio del derecho de adaptación de la jornada que examinamos, a lo que se disponga a través de la negociación colectiva o acuerdo entre los propios interesados (empresario y trabajador/a)»; y ello, además, «sin excepción»: prueba de esta afirmación, añade la sentencia, es que «habiéndose propuesto durante la tramitación parlamentaria de la citada Ley Orgánica [3/2007] una enmienda al proyecto de Ley —la núm. 50— que pretendía incorporar al apartado 8 del art. 34 un nuevo punto referido a la adopción de un régimen más flexible en la elección del horario de trabajo —sobre todo en los casos de familias monoparentales—... sin embargo, tal propuesta no prosperó»*.

del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral que constituya una discriminación por razón de sexo, al aplicar los órganos judiciales, del modo en el que lo hicieron, el art. 34.8 ET». En consecuencia con lo anterior, la STC 24/2011 desestima la demanda de amparo.

Así pues, el pronunciamiento de la STC 24/2011 sobre la ineficacia normativa del art. 34.8 ET, como presupuesto para inaplicar la doctrina de la STC 3/2007, resultará fundamental para denegar el amparo y, por tanto, para no reconocer la dimensión constitucional del DCPL en juego, anteponiendo la norma legal a la CE. El fallo de la STC 24/2011 se fundamenta en razones de estricta legalidad ordinaria y, a su juicio, si no existe reconocimiento normativo directo del derecho de adaptación de jornada, no es posible que la denegación judicial de un derecho inexistente legalmente pueda ser contraria a los derechos constitucionales aludidos.

Sin embargo en la STC 26/2011 ocurre lo contrario. En la misma no se pronuncia sobre la eficacia normativa del precepto, no afirma que el derecho a la adaptación de jornada tenga una eficacia directa en todo caso, y considera que ésta sería una cuestión de legalidad ordinaria; pero entiende que prevalece su dimensión constitucional. Es decir, la STC 26/2011, aunque implícitamente, sí admite que tal derecho puede llegar a reconocerse al trabajador/a en cada caso concreto, una vez ponderadas las circunstancias familiares y empresariales concurrentes. Para García Rubio «de no entenderse que el Tribunal Constitucional acepta esta posibilidad, carecería de todo sentido el reproche dirigido a las resoluciones judiciales impugnadas sobre la falta de valoración de las circunstancias»⁵⁴.

Mientras que la STC 3/2007 destaca que la dimensión constitucional de «todas» las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores/as ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa, idea que continúa la STC 26/2011, la 24/2011 niega la aplicación de dicha doctrina por considerar que los derechos de conciliación en litigio no eran coincidentes (art. 37.5 ET frente a 34.8 ET).

Por otra parte, aunque la STC 3/2007 y la 26/2011 exigen una estricta valoración de las circunstancias del caso concreto, ponderando la repercusión de los derechos fundamentales en juego de ambas partes, el juicio de ponderación de la STC 24/2011 se limita a hacer una valoración «formal» y de corto alcance, sin considerar en el caso concreto las circunstancias personales ni empresariales, ni tampoco la proporcionalidad entre los perjuicios que la pretensión puede conllevar para ambas partes. El tenor literal del art. 34.8 ET es la causa final por la que, en ausencia de pacto, la sentencia considera suficiente la

⁵⁴ M.A. GARCÍA RUBIO, «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada» *cit.*

ponderación de constitucionalidad efectuada por las resoluciones impugnadas y descarte la vulneración de los derechos fundamentales alegados por la demandante de amparo.

A la vista de estos pronunciamientos surgen muchos interrogantes:

Pese a lo que establece la STC 3/2007, ¿se encuentran todos los DCPL —reconocidos o no expresamente como tal— amparados por su doctrina?, es decir, ¿todos tienen esa dimensión constitucional? La STC 24/2011 sostiene que dicha doctrina no es de aplicación a los DCPL recogidos en el art. 34.8 ET cuando no haya previsión convencional ni pacto individual. Pero entonces, ¿por qué la STC 24/2011 desestima el amparo por considerar que los tribunales sí realizaron correctamente la ponderación de los derechos fundamentales en juego? ¿Tiene o no dimensión constitucional el art. 34.8 ET? Y si no se hubiera realizado la ponderación, ¿se habría otorgado el amparo? ¿Sería posible que en ese caso la negativa injustificada a disfrutar del derecho a una adaptación horaria pudiera ser contraria a los derechos constitucionales aludidos? Parece que desde el pronunciamiento de la STC 26/2011 sí, pero no desde la STC 24/2011.

Estas llamativas contradicciones han suscitado la atención de la doctrina jurisprudencial⁵⁵ y científica: así, Fernández Prieto ha destacado, en nuestra opinión de manera acertada, «la influencia de las convicciones políticas, morales o de justicia de los magistrados, también del TC, en el fondo de sus resoluciones y la gran inseguridad jurídica que ello provoca en el justiciable»⁵⁶. En este sentido cabe reprochar al TC que fallos de signo tan distinto sobre la misma cuestión no hagan sino generar una mayor inseguridad jurídica.

Montoya Medina⁵⁷, por su parte, entiende que la justificación que la STC 24/2011 realiza para no aplicar la doctrina contenida en la STC 3/2007 carece de fundamento, ya que una cosa es que los supuestos de hecho de ambas sentencias examinaran diferentes derechos de conciliación, y otra que no pueda invocarse la aplicación de dicha doctrina constitucional para recordar el deber que pesa sobre los órganos judiciales de resolver este tipo de asuntos ponderando la dimensión constitucional de los intereses en juego. Por eso —en opinión del autor— el fallo, aun conteniendo una fundamentación jurídica firme, parece predeterminado por la decisión de inaplicar la STC 3/2007. De este modo, afirma, las diferencias en la doctrina contenida en las SSTC 24 y 26/2011 no harán sino generar

⁵⁵ Por ejemplo, la STS 19-7-2012 cuando dice: «Esta Sala del Tribunal Supremo comparte desde luego la preocupación por la seguridad jurídica reflejada en el escrito del recurso. Y constata también que las sentencias del Tribunal Constitucional 24/2011 y 26/2011, dictadas ambas en la misma fecha de 14 de marzo de 2011 por cada una de las Salas del intérprete máximo de la Constitución, no despejan las dudas existentes sobre el alcance y los supuestos en que resulta aplicable la jurisprudencia constitucional sentada en STC 3/2007».

⁵⁶ M. FERNÁNDEZ PRIETO, «Conciliación, corresponsabilidad y empleo: adaptación y distribución de la jornada de trabajo» *cit.*

⁵⁷ D. MONTAYA MEDINA, «Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar (Comentario a las STC 24 y 26/2011)», *Revista Aranzadi Social*, núm. 4, 2011.

incertidumbre en los jueces de lo social a la hora de profundizar en la ponderación de las circunstancias concurrentes en cada asunto, en relación con los intereses contrapuestos de empresa y trabajador/a, lo que sin duda alimentará la característica disparidad de criterios entre Juzgados.

En el mismo sentido coincide también García Rubio⁵⁸. Por tanto, para la autora, parece que la visión que se tenga respecto de la eficacia normativa del art. 34.8 ET será clave a la hora de conjugarlo con la doctrina constitucional sobre la interpretación de los derechos fundamentales. Así, si se parte de la postura de que el art. 34.8 ET no es un derecho, la STC 24/2011 estaría aplicando la propia jurisprudencia constitucional que ha advertido de que *«los límites establecidos en ella no pueden enervarse ni alterarse por la vía de la interpretación más favorable al derecho fundamental pues, si así fuera, quedaría en manos del intérprete, y no en las del legislador... la fijación de los contornos del derecho»*. Esta interpretación, a la vez, se suma a la tesis sostenida en las SSTS 13 y 18 de junio de 2008⁵⁹. Si, por el contrario, se admite que el art. 34.8 ET sí es un derecho, y que lo que se deja en manos del acuerdo o la negociación colectiva son los términos de su ejercicio, desde esta otra interpretación sí cabría aplicar la jurisprudencia constitucional que aboga por hacer valer la interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales en juego, lo que en este caso, siendo los DCPL una proyección del derecho a la no discriminación, supondría apostar por la defensa del derecho de adaptación de jornada, aun en defecto de convenio o pacto. Este razonamiento parece que sería el que han seguido las SSTC 3/2007 y 26/2011 cuando aluden a la dimensión constitucional de los derechos de conciliación como criterio de resolución de *«cualquier duda interpretativa»*, aunque parecen proyectar este principio sobre la solución a dar en cada caso concreto, y no tanto sobre la lectura general que merece la norma. Para García Rubio esta segunda alternativa es sin duda la que mejor se coherencia con la jurisprudencia constitucional sobre la interpretación más favorable a los derechos fundamentales en juego antes referida.

Por último, Ballester Pastor⁶⁰ hace una lectura conjunta de las sentencias del TC 24/2011 y 26/2011 superando así la contradicción entre ambas a la que ha apuntado la mayoría de la doctrina científica, a la vez que trasciende las dudas sobre la eficacia o no del art. 34.8 ET. Para ello parte de la base de que el TC ha otorgado al derecho a la concilia-

⁵⁸ M.A. GARCÍA RUBIO, «Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto al derecho de adaptación de jornada» *cit.*

⁵⁹ Que recordemos, en *obiter dicta*, fundamentaron la decisión de negar la eficacia directa del art. 34.8 ET en el principio de legalidad bajo el argumento de que los jueces estarían asumiendo las funciones normativas que corresponden al legislador.

⁶⁰ M.A. BALLESTER PASTOR, «La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo», *Revista de Derecho Social*, núm. 62, junio de 2013, p. 85.

ción de responsabilidades el rango de derecho fundamental y la existencia de su contenido esencial hace que éste surja directamente de la CE, sin que se agote necesariamente el alcance que al mismo quiera dar la legislación ordinaria. El derecho a la conciliación de responsabilidades es un derecho real y efectivo, que debe ser tenido siempre en cuenta en la interpretación y aplicación de las leyes, es decir, tiene aplicabilidad directa y debe actuar como límite de cualquier otro derecho que se ejercite, incluyendo el de libertad de empresa. Por lo tanto, esta formulación obliga a tener al derecho a la conciliación permanentemente presente a la hora de valorar la legitimidad constitucional de las prerrogativas empresariales al respecto, que deberán estar siempre condicionadas en su alcance al análisis de razonabilidad que suscita la confluencia de derechos constitucionales desde la perspectiva del contenido esencial de los mismos. Pero esta calificación de derecho fundamental no implica que sea un derecho prevalente frente a otros derechos constitucionales, significa que el derecho de conciliación se sitúa al mismo nivel, lo que obliga a que su aplicación se realice mediante la técnica del respeto al contenido esencial de todos los derechos constitucionales en eventual conflicto. Por otra parte, no significa que la legislación ordinaria deba interpretarse en un sentido favorable a la prevalencia del derecho de conciliación frente a otros derechos constitucionales para determinadas situaciones si no lo ha establecido así expresamente el legislador, tal y como dispone la STC 24/2011. El derecho de conciliación en algunas manifestaciones dispone de una configuración legislativa concreta y rotunda (art. 37.5 ET), pero en algunas otras nace directamente de la Constitución, sin perjuicio de las especificaciones que pudiera establecer el convenio o del eventual acuerdo con el empresario (art. 34.8 ET).

En nuestra opinión, el principal inconveniente que plantean por tanto estas sentencias es que, paradójicamente, la aplicación de la STC 26/2011 en los casos de solicitud de adaptación de jornada va a facilitar la conciliación al varón, mientras que en el ejercicio por parte de las mujeres, en aplicación de la STC 24/2011, la adaptación no va a ser posible, debiendo acudir a fórmulas tradicionales de reducción o excedencia con las consecuencias desventajosas que suponen en cuanto a menoscabo de la retribución y la consiguiente disminución de la cotización a la seguridad social, menor presencia en el trabajo, etc.

Por ello una de las soluciones ha de pasar necesariamente por una reinterpretación del art. 34.8 ET desde su perspectiva constitucional. Sería necesaria la construcción de una nueva doctrina que modifique el sentido de la generada por las SSTs 13 y 18 de junio de 2008, aunque lo cierto es que la irrecurribilidad de las sentencias de instancia en materia de conciliación va a dificultar sobremanera que esta se produzca, a menos que la parte que inicia el proceso tenga la previsión de alegar la vulneración de derechos fundamentales con el fin de abrir el camino a las instancias superiores.

Un estudio en profundidad del precepto nos llevará a conclusiones distintas a las manifestadas en las sentencias del TS, destacando en primer lugar las llamativas discrepancias existentes entre la interpretación judicial y la casi totalidad de la doctrina cientí-

fica; en segundo lugar deben replantearse aspectos como lo que podamos entender como «negociación» en lo que se refiere a la postura adoptada por cada una de las dos partes (trabajador/a y empresa) con vistas a llegar a un acuerdo, asimismo hay que analizar qué ocurre ante la ausencia de desarrollo de este derecho por parte la negociación colectiva (legalmente obligada a promoverlo), y finalmente se hace necesario tener en cuenta todos los derechos fundamentales que entran en juego en el ejercicio de un DCPL. Y es que todo ello ha sido obviado en la interpretación realizada en las SSTs 13 y 18 de junio de 2008 con el único argumento de que no nos encontramos ante un derecho⁶¹, sino que se trata de una mera expectativa en tanto en cuanto el convenio colectivo no lo regule, lo que contraviene de plano la dimensión constitucional del derecho a la conciliación.

El derecho a la adaptación horaria para compatibilizar vida personal/familiar y laboral se presenta como una de las medidas más eficaces para mejorar las posibilidades de conciliar y, en consecuencia, como herramienta eficaz al servicio de la igualdad real de oportunidades entre mujeres y hombres, en la medida en que permite realmente a ambos desarrollar las dos esferas sin pérdida de retribución, lo que a su vez evitará que continúen siendo las mujeres quienes renuncien a todo (excedencias) o parte (reducciones de jornada) de su salario. Del mismo modo, permite adoptar otras soluciones horarias fuera de los parámetros del art. 37.5 ET —el cual ha sido restringido por el RDL 3/2012— con base en el mandato constitucional, art. 9.2 y 14 CE, y legal, y arts. 1 y 4 LOI 3/2007, siendo obligación de nuestros poderes públicos adoptar medidas en este nuevo sentido de los derechos de conciliación presenciales.

Por otra parte, no hay que perder de vista que la STC 3/2007 establece la dimensión constitucional de todos los DCPL, comprendiendo por tanto no sólo los previstos en el art. 37.5 ET, sino los demás que bien, expresamente, bien de forma implícita, están al servicio de la compatibilidad de la vida personal, familiar y laboral.

En este sentido, dicha dimensión prevalece y debe servir de orientación al órgano judicial tal y como establecen las SSTC 3/2007 y 26/2011, si bien en función de las circunstancias personales. Por ello las dudas sobre la interpretación del alcance y contenido del art. 34.8 ET habrán de valorarse necesariamente con arreglo a su dimensión constitucional.

IV. REFLEXIONES FINALES: LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL POR VENIR

El proceso evolutivo de lo que podríamos denominar la consolidación constitucional de los DCPL se presenta, según hemos visto, como un camino largo, no exento de obs-

⁶¹ Pese a que afirman que el derecho es sin duda eficaz para la conciliación: «sin dudar de que la pretensión de la demandante serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con los deberes familiares porque de lo contrario no hubiera solicitado el cambio de horario».

táculos y desvíos, en el que es inevitable reconocer, junto con los muchos pasos ya dados, la distancia que queda aún por completar.

En primer lugar, en materia de conciliación de la vida familiar, se hace imprescindible dejar de aplicar derechos y protecciones diferenciadas en función del sexo de los trabajadores/as. La diferente tutela constitucional de las SSTC 3/2007 y 26/2011 no hará sino seguir abundando en el mantenimiento de roles tradicionales, a la vez que generando una mayor incertidumbre sobre la cuestión. Por lo tanto, sería muy conveniente que el TC acabase aplicando la categoría de «género» en el análisis antidiscriminatorio de los DCPL, tal y como hemos avanzado en el apartado anterior. Llegados a este punto podemos afirmar que las discriminaciones sufridas tanto por mujeres como por hombres en el ejercicio de los DCPL deberían ser reconducibles a una única causa discriminatoria: la discriminación por razón de género. Y aunque, tal y como ha hecho la STC 26/2011, procede plantear su inclusión en la cláusula genérica del art. 14 CE, que da cabida a discriminaciones por cualquier otra condición o circunstancia personal o social, partiendo de la premisa —en realidad podemos calificarla ya como máxima de la experiencia— de que los trabajos de cuidado constituyen un factor que configura a los afectados/as como un colectivo segregado o situado en posición de desventaja —aunque particularmente a las mujeres—, creemos que resultaría mucho más adecuado que esta causa discriminatoria se considerase como un nuevo desarrollo de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

Esta construcción, por otro lado, proporcionaría una tutela única a todas las personas, con independencia de su sexo, identidad de género, estado civil, etc., lo que evitaría seguir insistiendo en la asentada idea «conciliación/sexo femenino» que es la base de la discriminación estructural sexo/género. De hecho, la discriminación por razón de género también se ha apuntado ya en algunos pronunciamientos del TJUE, que ha vinculado con la discriminación por razón de sexo los prejuicios y los tratos desfavorables que puedan sufrir los transexuales por su identidad de género y su comportamiento conforme a los correspondientes estereotipos⁶². En nuestra normativa interna, la LOI 3/2007 entiende la discriminación por razón de «sexo» en un sentido neutro, reconociendo un derecho que protege las desigualdades sufridas tanto por las mujeres como por los hombres. Sin embargo sabemos que la discriminación parte de la pertenencia a un colectivo históricamente marginado —el del sexo/género femenino— y que la finalidad de esta prohibición de discriminar es la consecución de la igualdad real de oportunidades. Por tanto, esta será la clave desde la que haya que interpretar las diferencias de trato: a la hora de valorar la existencia de discriminación en el ejercicio de los DCPL, deberá tenerse en cuenta la

⁶² En el mismo sentido, la Directiva 2006/54, en su considerando 3.º, recoge esta jurisprudencia y afirma que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres debe aplicarse asimismo a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo de una persona.

configuración de los estereotipos de género, como consecuencia necesaria y obligatoria de los principios y valores que se desprenden de la LOI 3/2007, estando todos los poderes públicos obligados a actuar en favor de la protección del principio de igualdad (art. 14 LOI 3/2007). Por lo tanto, en el análisis de la discriminación habrán de considerarse, más que las diferencias físicas o biológicas, las diferencias de trato que puedan derivar de los estereotipos y roles asumidos por unos y otros, es decir las diferencias sociales o el género.

Tal como sostiene García Rubio⁶³, esta afirmación estaría avalada por el propio art. 3 de la LOI 3/2007, al indicar entre los motivos de discriminación «especialmente» protegidos no sólo la «maternidad» como hecho biológico sino también otros con mayor significado socio-cultural como son «la asunción de obligaciones familiares» y «el estado civil». En consecuencia, se hace imprescindible que, desde una perspectiva constitucional, se configure jurídicamente tanto el propio concepto de género como la prohibición de discriminación por razón de género completando así «de un modo moderno y socialmente avanzado el contenido del art. 14 CE»⁶⁴, teniendo siempre presente la integración y equiparación de los ámbitos público/mercado de trabajo y privado/trabajo doméstico y de cuidado en los que los trabajadores/as deben desenvolverse a diario.

Y es que, de acuerdo con Perán Quesada, los mecanismos de discriminación por razón de sexo se muestran insuficientes hoy día para resolver los nuevos conflictos de género que surgen en nuestras sociedades, ya que sólo «(...) se mostraban capaces de dar seguridad jurídica en torno a categorías sociales de sexo —masculino y femenino—, significación marcada por los principios, valores y narrativas de una sociedad heteropatriarcal, que ha permitido mantener la supremacía de la masculinidad en los ámbitos familiar, económico, cultural y social (...). La innovación fundamental que presenta la perspectiva de género para analizar el fenómeno de la discriminación entre mujeres y hombres recae en el debilitamiento del sexo —entendido como el conjunto de diferencias biológicas— como categoría referente en el análisis de estos fenómenos, para centrarse en el conjunto de dispositivos sociales a través de los cuales se asignan expectativas y valores diferenciados entre mujeres y hombres. Esto significa, no solo un debilitamiento de las tendencias históricas a la naturalización de las construcciones sociales en torno al sexo y a la sexualidad, sino un instrumento conceptual que no permite entender el modo en que se articulan los dispositivos de producción del género»⁶⁵. Además el autor insiste en que, desde la LOI 3/2007, el principio de transversalidad de género como innovación jurídica fundamental

⁶³ I. ALBIOL MONTESINOS et al., *Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad*, 1ª ed., Colección Laboral, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 25-30.

⁶⁴ S. PERAN QUESADA, «La necesaria configuración jurídica de la discriminación por razón de género desde la perspectiva constitucional», *Revista de Derecho Social*, núm. 66, junio de 2014, pp. 149-170.

⁶⁵ *Idem*.

en el ámbito de las políticas de igualdad debe aplicarse en todos los órdenes posibles, incluidas las resoluciones judiciales⁶⁶. En tal sentido, para el autor, la base doctrinal que debe fundamentar la discriminación por razón de género, como causa discriminatoria singular y reforzada, se encuentra en la importante STC 145/1991, que introdujo un cambio de posición al interpretar la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica. Por ello la sentencia afirma que *«la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca»*. Esta interpretación permitió ampliar y enriquecer la noción de discriminación para incluir no sólo aquella en donde el sexo es objeto de consideración directa, sino también aquella otra que fuese consecuencia de la subordinación de la mujer en todos los órdenes de la vida social.

Debemos tener en cuenta que en el ámbito actual de las relaciones laborales los conflictos de género más relevantes tienen que ver con la ruptura de los roles tradicionalmente asignados en torno a la reproducción y los cuidados en el seno de la familia. Es decir, con la corresponsabilidad de las cargas familiares y los DCPL, desarrollándose a partir de ello toda una serie de medidas que persiguen acabar con los estereotipos de género en función del sexo. Por tanto, el género muestra sin duda una mayor potencialidad política, jurídica y social, ya que su análisis puede ser útil para «analizar el conjunto de leyes culturales producto de su historicidad que determinan y reglamentan no sólo la forma y el significado de la sexualidad y de la identidad sexual, sino incluso el conjunto de prácticas reguladoras que producen las reglas que determinan las relaciones de género»⁶⁷. En consecuencia vemos que existen bases suficientes, tanto en la jurisprudencia del TJUE como en la propia del TC, para que podamos esperar una doctrina constitucional capaz de desarrollar toda la potencialidad del concepto jurídico de género, permitiendo continuar los avances en este camino.

Pasando al segundo de los aspectos que configurarían esa «jurisprudencia por venir», cabe plantearse si resulta suficiente el reforzamiento constitucional de los DCPL mediante su vinculación únicamente con el principio de igualdad y no discriminación y la protección

⁶⁶ «Por ello es consustancial al principio de igualdad de género el enfoque reforzado de la transversalidad, que implica que la perspectiva de género deberá adoptarse como elemento inspirador del conjunto de políticas y acciones públicas, pero también, y ello es lo esencial en este caso, como elemento interpretativo de las normas legales en la acción judicial».

⁶⁷ S. PERAN QUESADA, «La necesaria configuración jurídica de la discriminación por razón de género desde la perspectiva constitucional», *cit.*

a la familia, teniendo en cuenta sobre todo que el conjunto de derechos de conciliación que recoge nuestro ordenamiento jurídico, tal y como los ha definido la LOI 3/2007 en su art. 44, introduce el concepto de vida personal. Y la respuesta que proponemos es negativa.

Y es que tal pareciera que, fuera del cuidado de los menores, los trabajadores/as carezcan de otras necesidades de conciliación. Sin embargo, no es necesario ejemplificarlas atendiendo a la realidad social; el propio ordenamiento jurídico contempla muchas de ellas, como los permisos retribuidos para cuestiones personales o los permisos para la formación, aunque no denominadas como tales. Y en el ámbito de atención a las personas en situación de dependencia podríamos mencionar necesidades legítimas desde el punto de vista de la conciliación relacionadas con el cuidado de dependientes, padres u otros familiares, por ejemplo, a los que el ordenamiento otorga un menor grado de protección. Existen, en definitiva, múltiples cuestiones personales con la suficiente relevancia para ser consideradas al mismo nivel que el derecho constitucional a la libertad de empresa en el obligado ejercicio de ponderación, en la medida en que presentan una inequívoca dimensión constitucional ligada al principio de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad con un rango similar al de aquellas circunstancias estrictamente relacionadas con la vida familiar. Ciertamente, en la nueva generación de DCPL que el legislador introduce en 2007, «el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres es colindante pero no coincide con el objetivo de la emancipación de los trabajadores a través del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)»⁶⁸. Trillo Párraga llama la atención sobre la necesidad de abrir espacios en la dimensión constitucional para tener en cuenta otros aspectos de la vida personal, apuntando en una dirección que puede repercutir positivamente en materia de conciliación, más allá de la relación entre familia y trabajo: «La dimensión constitucional de la conciliación no solo debe incorporar la protección de la familia sino también la protección de la persona del trabajador más allá de su seguridad y salud»⁶⁹.

Por lo tanto, se hace necesario, a nuestro entender, analizar el modo en que la solicitud de conciliación canalizada a través de una adaptación horaria, una reducción de jornada, una excedencia, o cualesquiera otras medidas recogidas en la normativa laboral, se encuentran en la misma raíz de toda una serie de derechos fundamentales, que se desarrollan en torno a tales circunstancias y que, por el contrario, se pueden ver truncados si no se llevan a efecto.

Creemos que la doctrina constitucional futura en materia de DCPL deberá esforzarse para dar amparo también a estos otros aspectos de la conciliación de la vida personal y

⁶⁸ F.J. TRILLO PÁRRAGA, «La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 1/2009, de 12 de enero 2009)», *cit.*

⁶⁹ F.J. TRILLO PÁRRAGA, «Las dos direcciones de la flexibilización del tiempo de trabajo», *Relaciones Laborales* tomo 1, Editorial LA LEY, núm. 12, 23 de julio de 2010, p. 693.

laboral, obviamente de la suficiente relevancia constitucional, mediante una técnica jurídica que se apunta en el fallo de la STC 3/2007 pero que no se desarrolla. Y es que numerosa doctrina constitucional y científica ha destacado la relevancia del principio de la dignidad humana recogido en el art. 10.1. CE como inspirador y garante de todos los derechos fundamentales y contenido mínimo sin el cual no pueden entenderse. El TC hace una escueta mención a la dignidad en su sentencia, poniéndola también en conexión con la conciliación, y en este sentido es claro que muchos de los derechos en los que el principio se proyecta son igualmente parte de los derechos de conciliación: además del de igualdad y no discriminación podemos citar, dentro de los específicamente considerados como «fundamentales» en la Constitución (Capítulo segundo, Título primero), el principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), el derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), el derecho a la educación (art. 27 CE), el derecho a la promoción a través del trabajo (art. 35 CE); además de otros derechos sociales constitucionales como la aludida protección de la familia (art. 39 CE), o el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE). Surge así la conciliación como un nuevo derecho fundamental que trascendería la exclusiva protección de la mujer y la familia y se convertiría en un derecho autónomo de trabajadores y trabajadoras relacionado con aspectos sustanciales de su existencia.

El reforzamiento de la doctrina constitucional que proponemos sería un paso más en el camino de su consolidación como derecho fundamental, tal como ha ocurrido en la UE con el principio de igualdad y no discriminación. Configurado jurídicamente de esta forma, su aplicación y ejercicio presentaría todos los caracteres que la doctrina constitucional ha ido delimitando en relación con el resto de derechos fundamentales. No olvidemos que los DCPL se ejercen con ocasión de una relación laboral en la que entra en liza el poder de organización de la empresa incardinable a su vez en el derecho constitucional a la libertad de empresa. Pues bien, la consideración de los DCPL en todo su alcance supondría que las limitaciones a que se viesen sometidos deberían respetar criterios tales como la intangibilidad de su contenido esencial, la justificación democrática de sus límites, la proporcionalidad de sus limitaciones (mediante los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), la necesidad de interpretar el ordenamiento jurídico de la forma más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales y, finalmente, las especialidades en torno a la carga de la prueba que comporta el ejercicio de tales derechos en sede judicial.

Es claro que la dimensión familiar de la conciliación, concretada básicamente en el cuidado de los hijos menores, desde el enfoque de la corresponsabilidad, debería ser un derecho fundamental que emana del principio de igualdad y no discriminación. Ahora bien, plantear los eventuales conflictos que puedan producirse en el ámbito de una relación laboral entre la capacidad organizativa del empresario y tales derechos en los estrictos tér-



minos de dicha tutela puede conducir a soluciones precisamente contrarias a la finalidad que se pretende. Y ello no sólo porque provoque interpretaciones erróneas por parte de los tribunales (en la búsqueda, por ejemplo, de un efectivo resultado discriminatorio en la actuación empresarial como presupuesto para la concesión del derecho), sino porque supone desconocer la completa naturaleza que el derecho a la conciliación presenta en su faceta práctica relacionada con otros aspectos de la vida personal y la gestión del tiempo, más allá del cuidado de los hijos. Por ello, la estricta consideración de que conciliación e igualdad se encuentran en un mismo círculo, dentro del sistema de derechos de los trabajadores/as, conlleva en último término que los operadores jurídicos continúen entendiendo la conciliación como problema exclusivamente femenino, lo cual no dejan de confirmar las cifras relativas al ejercicio de ese derecho⁷⁰.

Podemos concluir depositando nuestra esperanza en que prosigan los avances en este ámbito de la mano del desarrollo jurisprudencial, principalmente cuando se trata del máximo nivel interpretativo de nuestro texto constitucional. Y ello por cuanto poco podemos esperar en ese sentido de un legislador sometido, con mayor o menor argumento, a los avatares de la sociedad global en su preponderante vertiente económica; tanto que en ocasiones olvida que la producción legislativa nunca tiene lugar *ex novo*, sino que se inserta en un sistema de fuentes, valores y principios determinados fundamentalmente por la Constitución y la normativa internacional, generadoras de un contexto o hábitat jurídico que se compadece mal con la inclusión de «especies legislativas» extrañas a la realidad preexistente y a menudo poco amables con ella. De ahí que resulte obligado realizar una llamada al rigor y la profundidad del intérprete máximo de nuestro texto constitucional en todo lo que atañe a los derechos de conciliación: sólo a partir de un análisis reposado, y ajeno a las contingencias, será posible entender el verdadero alcance de esta creciente necesidad social y conformar así un antecedente valorativo que impulse las reformas normativas precisas. Para llevar a cabo esta tarea no es necesario tomar partido en una dicotomía irreal entre la economía y la ciudadanía. Basta con interpretar las normas de acuerdo con el ordenamiento jurídico en que se insertan. Ponerse del lado del derecho, que siempre ha demostrado ser la menos mala de las soluciones.

⁷⁰ Según nota de prensa de 1.7.11 del INE relativa al «Módulo sobre conciliación entre la vida laboral y familiar» correspondiente al 2010, en base a la Encuesta de Población Activa (EPA), de un total de 685.300 personas que redujeron su horario laboral para el cuidado de hijo menor o familiar dependiente, el 85,1% fueron mujeres y el 14,9% hombres.

TITLE

DEVELOPING THE CONSTITUTIONAL DIMENSION OF RECONCILIATION RIGHTS IN CASE LAW

SUMMARY

I. INTRODUCTION. II. DEVELOPMENT OF THE CONSTITUTIONAL DIMENSION OF RECONCILIATION RIGHTS IN CASE LAW. 1. DCPL as instruments for protection of the child and the family. 2. The linking of DCPL with article 14 Spanish Constitution. The problem of burden-sharing. 3. The introduction of co-responsibility through the work of European jurisprudence. Discrimination for personal and family circumstances. 4. By way of recapitulation. III. PROGRESS AND SETBACKS IN CONSTITUTIONAL CASE LAW ON RECONCILIATION RIGHTS. CRITICAL ASSESSMENT. 1. Scope and limitations of Judgment of the Constitutional Court 3/2007 of 15 January. 2. Judgment of the Constitutional Court 26/2011 of 14 March: a limited effect impulse. IV. FINAL REFLECTIONS: FUTURE CONSTITUTIONAL CASE LAW.

KEY WORDS

Reconciliation rights; Co-responsibility; Equality and non-discrimination; Fundamental rights; Gender; Personal life.

ABSTRACT

Despite being formally recognised in the Law 39/1999 of 5 November, and especially in Organic Law 3/2007 of 22 March, and the fact that they are deemed to be an increasingly relevant social need, rights of reconciliation in personal, family and working life, in practice, they are not easy to effectively exercise. Reinforcing these rights by recognising their constitutional dimension would appear to be a basic component of their development. Case law in this aspect can be divided into three stages, marked by a series of paradigmatic judgments: the first concerning protection of minors and the family (Judgment of the Supreme Court of 20 July 2000, among others), the second concentrates on the protection of women although without questioning their traditional role (Judgment of the Constitutional Court 3/2007 of 15 January) and a third which relates reconciliation rights with family and personal responsibilities pursuant to art. 14 Spanish Constitution (Judgment of the Constitutional Court 26/2011 of 14 March). This article, having examined the content of each of these judgments, and the influence of European case law, subjects them to a critical analysis revealing both the advances made and their lack of substance which basically concerns restrictions imposed by the concept of indirect discrimination on grounds of gender and the new discriminatory category relating to the family circumstances. As a result it is concluded that future constitutional case law should concentrate on concepts such as «discrimination on grounds of gender» and reconciliation needs relating to other aspects of personal life, thus managing to overcome the disparity between formal and material recognition of these rights in order to achieve effective equality for all citizens.

Fecha de recepción: 21/11/2014

Fecha de aceptación: 24/11/2014