

El derecho a la adaptación de la jornada del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores.

Perspectiva jurídico-constitucional y de género de las nuevas políticas de conciliación

Núria Reche Tello

Trabajo final de Máster en la especialidad de investigación feminista y de género

Máster Oficial en Igualdad y Género en el ámbito público y privado

2008/2010 2ª Edición

Septiembre de 2010

Índice

ABREVIATURAS.....	4
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.....	5
1. Introducción.....	5
2. Justificación.....	6
3. Objetivos e hipótesis.....	6
4. Metodología.....	10
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO Y JURÍDICO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN ..	13
1. La construcción del género en el ordenamiento jurídico a través del principio de igualdad y no discriminación.....	13
1.1. Breve pero necesaria vindicación del feminismo como inspirador de los avances en la construcción jurídica del género	13
1.2. Normativa internacional y comunitaria sobre el principio de igualdad y no discriminación.....	16
a) Desarrollo del principio de igualdad y no discriminación como derecho fundamental comunitario	21
b) Limitaciones del principio antidiscriminatorio como derecho fundamental comunitario	24
1.3. La Constitución Española y el principio de igualdad y no discriminación. La ausencia de perspectiva de género en la Carta Magna	26
1.4. La construcción del género en el ordenamiento jurídico laboral	30
a) Influencia de la normativa internacional y comunitaria en la LOI 3/2007.	34
b) Marco normativo en materia de conciliación.	37
1.5. A modo de reflexión final.....	50
2. Trabajo, tiempo y género	51
2.1. Concepto y características de la división sexual del trabajo	51
a) En qué consiste la división sexual del trabajo	52
b) La división sexual del trabajo y su relación con la brecha entre derechos formales y derechos materiales	54
c) Propuestas desde el feminismo para acabar con la división sexual del trabajo	55
2.2. Trabajo, tiempo y género. Un análisis de la situación sociolaboral actual	58
a) Situación actual en la Unión Europea	58
b) Situación actual en España	60
c) Consideraciones acerca del trabajo de las mujeres, el tiempo de trabajo y la capacidad de decisión sobre el mismo.....	65
d) La regulación del tiempo en la LOI 3/2007.....	71
3. Discursos, limitaciones y pérdida de contenido del concepto “conciliación”	74
3.1. Análisis de algunos discursos sobre la conciliación	75
a) Las políticas <i>family-friendly-companies</i>	77
b) Las “otras” mujeres	78
3.2. Limitaciones y pérdida de contenido del concepto “conciliación”	79
4. La ¿constitucionalización? de los derechos de conciliación. Análisis de los derechos fundamentales implicados en su reconocimiento y ejercicio.....	84
4.1. Antecedentes: La Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 3/2007, de 15 de enero, y el Auto 1/2009 dictado en incidente de ejecución sobre la misma.....	84

4.2. Análisis crítico de las dos resoluciones: valores e insuficiencias	87
4.3. Los derechos fundamentales implicados en la conciliación, y su refuerzo con el principio de la dignidad humana recogido en el art. 10.1 CE.....	92
4.4. Criterios interpretativos para la resolución de conflictos entre la libertad de empresa y los derechos fundamentales de las y los trabajadores en el ámbito laboral	99
a) Las limitaciones de los derechos fundamentales en su ejercicio entre particulares	99
b) La capacidad organizativa del empresariado en su relación con los derechos fundamentales de las y los trabajadores	103
4.5. A modo de reflexión final.....	108

CAPÍTULO III: EL ARTÍCULO 34.8 ET Y LOS NUEVOS DERECHOS EN LAS RELACIONES LABORALES PARA LA CIUDADANÍA SOCIAL.....	109
1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del art. 44 de la LOI 3/2007: ¿nuevos derechos en las relaciones laborales para la ciudadanía social?	109
1.1. Introducción.....	109
1.2. Contexto jurídico-laboral en el que surge el art. 44 de la LOI 3/2007	111
1.3. La consideración del concepto “vida personal” en la doctrina científica.....	114
2. Antecedentes del derecho de la adaptación de la jornada de trabajo: El art. 37.5 y 6 ET. Conflictos y soluciones en torno a las modalidades de reducción y adaptación de jornada.....	118
2.1. Introducción.....	118
2.2. Problemas en torno a su aplicación y soluciones jurisprudenciales	119
a) La cuestión de la jornada que ha de tomarse como referencia para la reducción	119
b) El alcance del derecho a la elección del horario establecido en el art. 37.6 ET	120
c) ¿Qué significa “dentro de su jornada ordinaria”?	121
3. Análisis crítico de las sentencias de 13 y 18 de junio de 2008 del Tribunal Supremo	127
3.1. Antecedentes de los hechos objeto de controversia	127
3.2. Antecedentes jurídicos de los recursos de casación interpuestos ante el Tribunal Supremo.....	128
3.3. Argumentación del Tribunal Supremo en las dos sentencias analizadas.....	128
3.4. El voto particular de las sentencias del Tribunal Supremo.....	131
3.5. Un análisis crítico del discurso jurídico de las sentencias de 13 y 18 de junio de 2008 de la Sala IV del Tribunal Supremo	132
4. El nuevo art. 34.8 del ET: el derecho de las y los trabajadores a la adaptación de la duración y distribución de la jornada para conciliar la vida personal, familiar y laboral	140
4.1. Introducción.....	140
4.2. Análisis del precepto por la doctrina científica.....	142
a) Sobre el régimen jurídico del derecho reconocido en el art. 34.8 ET: naturaleza, alcance y contenido.....	142
b) Sobre el régimen jurídico de la adaptación de la jornada.	149
c) Sobre el cauce procesal para la resolución judicial de los conflictos surgidos en torno a la aplicación de este derecho	153
4.3. El régimen jurídico de las demandas sobre el derecho recogido en el art. 34.8 ET, en el marco procesal de los derechos de conciliación	155
5. Regulación y potencialidad de la negociación colectiva en el desarrollo de los derechos de conciliación	162
5.1. La negociación colectiva y su papel en la promoción del principio de igualdad y no discriminación.....	162

a) La importancia de la negociación colectiva en la promoción de la igualdad y el desarrollo de los derechos de conciliación.....	163
b) Limitaciones de la negociación colectiva.....	165
5.2. Análisis de los discursos de los agentes sociales en torno a la conciliación...	168
5.3. Tendencias recientes en la regulación de la conciliación y el tiempo de trabajo por la negociación colectiva.....	169
5.4. ¿Conciliación? Sí, pero no para todos y todas.....	176
CAPÍTULO IV: REFLEXIONES FINALES	178
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:	188

ABREVIATURAS

ACD	Análisis crítico del discurso
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CEDAW	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
ET	Estatuto de los Trabajadores Ley 8/80 de 10 de marzo
FJ	Fundamento Jurídico
JS	Juzgado de lo Social
LCVFL 39/1999	Ley de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras 39/1999 de 5 de noviembre
LPRL 31/1995	Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995 de 19 de octubre
LRT	Ley de Relaciones de Trabajo
LOI 3/2007	Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres 3/2007 de 22 de marzo
LOPIVG 1/2004	Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género 1/2004, de 28 de diciembre
LD 39/2006	Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia 39/2006, de 14 de diciembre
OIT	Organización Internacional del Trabajo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
STC	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia(s) del Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

1. Introducción

En este trabajo pretendemos analizar una de las medidas adoptadas en la Ley 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres en torno a la conciliación, cuya incorporación efectiva está resultando controvertida: la adaptación de la jornada laboral a instancias de las y los trabajadores para atender sus necesidades personales y familiares sin necesidad de reducir su jornada. La LOI 3/2007 modificó el art. 34 del Estatuto de los Trabajadores, añadiendo un nuevo apartado octavo en el que se reconoce legalmente el derecho de las y los trabajadores “a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando en su caso, lo previsto en aquella”. La controversia nace, de una parte, de las lagunas que presenta la norma que desarrolla estas políticas, así como de las diferentes interpretaciones que los operadores sociales atribuyen a la conciliación; de otra, de la aplicación que de estos vacíos están haciendo los diferentes tribunales de justicia; por último, de la falta de desarrollo convencional de las políticas de conciliación, principalmente en las pequeñas y medianas empresas del sector privado. Esto nos ha llevado a encontrarnos actualmente con que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencias dictadas en fechas 13 y 18 de junio de 2008 así como en un reciente auto (auto 1275/2009 de 14 de octubre de 2009), se mantiene inamovible en una interpretación literal y formalista de los preceptos controvertidos de la norma -si bien con el desacuerdo de varios miembros del propio Tribunal como se recoge en los votos particulares-, lo que evidentemente está condicionando, al crear doctrina, la respuesta por parte de las Salas de lo Social frente a la realización del derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por más que éstos vengán también obligados, por aplicación de la doctrina constitucional sentada en sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007 a la ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso. Así, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 3/2007 declara existente la discriminación por razón de sexo cuando se interpreta la legalidad sin ponderar este derecho fundamental, considerando necesaria una lectura integradora de las normas para la realización efectiva del derecho a la conciliación.

Éste, como vemos, es sólo un ejemplo de que para la consecución de la ansiada igualdad efectiva entre mujeres y hombres, determinados aspectos que actualmente se recogen en las normas deben aún ser mejorados, bien legislativamente, bien a través de la negociación colectiva, bien por la propia jurisprudencia que vaya dando luz a aquellas “zonas oscuras” de la ley. Y para ello, resulta fundamental en el ámbito de la conciliación, la introducción de políticas desde una nueva perspectiva de género que fomente su

transformación, la necesidad de superar los roles tradicionales, y desligar a la mujer como única destinataria de estas políticas, a la vez que se promueve la corresponsabilidad en el cuidado y en el ámbito doméstico.

2. Justificación

A la hora de decidir nuestro tema de estudio, hemos considerado en primer lugar que la conciliación y su relación con el tiempo de trabajo es una cuestión que cada vez despierta un mayor interés en todos los ámbitos sociales y tiene mucho que decir en la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, si bien, como veremos, su desarrollo no puede ligarse exclusivamente con el principio de igualdad y no discriminación a través de políticas de acción positiva hacia la mujer, sino que requiere además de cambios estructurales en las relaciones de género que acaben con la división sexual del trabajo. De igual actualidad es la controversia en la que nos centraremos más específicamente y que, como decíamos en el apartado anterior, viene produciéndose en torno a recientes pronunciamientos judiciales a propósito de la reforma operada por la LOI 3/2007 en el artículo 34.8 E.T.

Nuestro propósito es observar el grado de aplicación de la normativa a la que estamos haciendo referencia, y su relación con la consecución de la igualdad efectiva. Y es que, como veremos, muchas veces la ambigüedad en la redacción de la norma, su falta de claridad y los conflictos que de su aplicación se derivan, acaban solventándose en los tribunales sociales. En este sentido estudiaremos la respuesta jurisprudencial, e incluso la formación de una doctrina de aplicación en determinados supuestos, y su relación con la consecución de la igualdad efectiva de oportunidades en el ámbito laboral de mujeres y hombres.

3. Objetivos e hipótesis

Nuestro objetivo general será analizar, desde una perspectiva transformadora de género, el marco teórico y jurídico de los derechos de conciliación de nuestro ordenamiento y sus limitaciones, para a continuación introducirnos en el estudio de los problemas resultantes en torno a la aplicación del derecho a la adaptación de la jornada del nuevo apartado 8 del 34 E.T. Ello nos ayudará a determinar por una parte, si las políticas de conciliación obedecen efectivamente al desarrollo de la igualdad entre géneros o si por el contrario contribuyen a mantener la desigualdad existente e incluso son generadoras de nuevas desigualdades. A su vez, nos proponemos determinar la distancia existente entre igualdad formal y material en el ámbito laboral en materia de conciliación. Diagnosticaremos los que, a nuestro juicio, se

consideran obstáculos en la promoción de la igualdad efectiva de oportunidades y aportaremos algunas ideas prácticas para superarlos.

Desde este objetivo general, se plantearán los siguientes objetivos específicos:

-Analizaremos someramente el desarrollo normativo y jurisprudencial que existe sobre el principio de igualdad y no discriminación entre géneros, tanto en el ámbito internacional y comunitario como en el interno, ello desde una perspectiva eminentemente práctica, que nos ayude a entender la construcción del género en el orden jurídico, tratando de contrastar la formulación del principio de igualdad con la práctica jurídica y el desarrollo efectivo de los derechos. Acabaremos realizando un repaso de las medidas de conciliación de la vida familiar, laboral y personal de nuestro ordenamiento.

-Estudiaremos la relación entre el trabajo, el tiempo y el género. Para ello resulta fundamental analizar la división sexual del trabajo, así como las propuestas desde el feminismo para combatirlo. A continuación revisaremos los datos más actuales en torno a la situación laboral de mujeres y hombres, tanto en la UE como en nuestro país, así como el avance de resultados, hecho público en julio de este año, de la encuesta de empleo del tiempo 2009-2010, que tiene por objeto conocer la dimensión del trabajo no remunerado realizado en los hogares, así como la distribución de las responsabilidades familiares del hogar y la participación de la población en actividades culturales y de ocio. Ello nos dará una idea, entre otras cosas, sobre el actual estado de salud de la división sexual del trabajo. Nos detendremos en algunas consideraciones que tienen que ver con el trabajo “remunerado” y “no remunerado” de las mujeres, así como en la capacidad de decisión del empresariado acerca del tiempo de trabajo y sus límites, dado que éste es uno de los puntos de fricción en el desarrollo de los derechos de conciliación. Por último, haremos un análisis sobre cómo ha sido regulado el tiempo en la LOI 3/2007.

-Identificaremos algunos discursos existentes en torno a la conciliación y sus diferentes significados, así como algunas voces que no están presentes en los discursos.

-Revisaremos la reciente doctrina constitucional sobre los derechos de conciliación, que ha venido a relacionarlos directamente con el principio de igualdad y no discriminación y la protección a la familia, así como las limitaciones que para la igualdad efectiva de oportunidades ofrece esta doctrina al reforzar la idea de la conciliación ligada únicamente a la mujer; y propondremos algunas ideas para su reforzamiento, desde el cambio de perspectiva que promueve la LOI 3/2007 en los derechos de conciliación y la introducción de la vida personal, conectándolos con el principio de dignidad humana recogido en el art. 10.1.CE y de otros derechos fundamentales en los que ésta se proyecta; finalmente, estudiaremos los mecanismos de ponderación entre todos los derechos fundamentales en juego de las y los trabajadores, por un lado, y la libertad de empresa, por otro, con ocasión del ejercicio de los derechos de conciliación.

-Analizaremos los pronunciamientos de la doctrina científica acerca del significado de estos nuevos derechos de conciliación que afectan también a la vida personal, así como del nuevo art. 34.8 ET, e igualmente revisaremos la diversidad de respuestas jurisdiccionales en torno al ejercicio por las y los trabajadores de su derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada, así como sus limitaciones a raíz de los pronunciamientos del Tribunal Supremo en sus sentencias de 13 y 18 de junio de 2008. Por último, revisaremos el estrecho cauce procesal previsto por el legislador para el ejercicio de estos derechos y aportaremos algunas ideas en este sentido de cara a los conflictos que surjan en la práctica.

-Finalmente, estudiaremos en qué medida la negociación colectiva ha desarrollado, concretado y mejorado aquellos preceptos legislativos que estamos tratando.

Hipótesis general:

La conciliación, como nuevo principio jurídico, se ha visto impulsada por el legislador en la última década mediante la aprobación de diferentes normas que desarrollan medidas para su incorporación, y el favorecimiento de las y los trabajadores en la compatibilización de la vida personal y familiar con su desarrollo profesional. Pero en la práctica siguen existiendo obstáculos y barreras estructurales para la plena equiparación laboral de hombres y mujeres, puesto que, por una parte, continúan siendo las mujeres las que de forma mayoritaria se acogen a estas políticas de conciliación; por otra parte, nos encontramos con importantes “resistencias” en todos los ámbitos de la vida social y laboral frente a ellas; y por último, algunas lagunas y vacíos legales en las normas que garantizan la igualdad están provocando inseguridad jurídica, así como contradicciones entre dicha normativa y su aplicación efectiva, irregularidades que responden tanto a una falta de adaptación y ajuste de aquéllas a la realidad social cuanto a las prácticas de los operadores socio-jurídicos en su conjunto, todo ello unido al planteamiento económico productivo capitalista que pospone continuamente los intereses de las y los trabajadores en beneficio de los intereses empresariales.

Hipótesis derivadas:

En cuanto al sistema social de género:

-La división sexual del trabajo permanece inalterable. La tradicional asignación de roles e identidades sexuales continúa operando.

-Existen resistencias culturales de la población que condicionan las actitudes y los comportamientos de los hombres y las mujeres en el trabajo a la vez que ponen de manifiesto una brecha que separa los discursos de las prácticas cotidianas. El modelo de trabajador-ra construido sobre un trabajador masculino con disponibilidad completa, así como la idea de que el mejor trabajador-ra es el que más horas permanece en el centro de trabajo, es un modelo que aún continúa vigente.

En cuanto a las políticas de conciliación:

-Tanto la protección social derivada de las medidas de conciliación como las acciones positivas encaminadas a asegurar el disfrute de las mismas resultan limitadoras e insuficientes

si no van acompañadas de políticas efectivas sobre el uso del tiempo y de estrategias de cambios estructurales.

-Las políticas de conciliación se han desarrollado conjuntamente con las políticas activas de empleo, lo que ha generado un empleo específicamente femenino, asociado al trabajo a tiempo parcial, que resta poder adquisitivo y derechos a las mujeres.

-Las políticas de conciliación han sufrido un proceso de cooptación desde la idea feminista inicial sobre la necesidad de compartir trabajo y vida.

-Las políticas de conciliación han generado nuevas desigualdades entre géneros que se entrecruzan con otros factores como la nacionalidad, la clase o la condición económica.

En cuanto al acceso y mantenimiento en el trabajo de las mujeres:

-La continuidad en el trabajo de las mujeres se ve afectada por su rol reproductivo y por la asunción, de forma casi exclusiva, de las responsabilidades familiares y del cuidado.

-El trabajo doméstico y de cuidado, que mayoritariamente realiza la mujer, se encuentra minusvalorado tanto económica como socialmente.

-Por otra parte, el discurso hegemónico de la conciliación considera que se trata de una “solución” dirigida principalmente a las mujeres, lo que da lugar a un efecto perverso: su discriminación en el mercado de trabajo. La ley regula derechos que frecuentemente se perciben como costes por parte de la empresa. Y es la mujer -más o menos explícitamente- la titular de esos derechos, quien va a tratar de ejercerlos más activamente. El resultado va a ser la realimentación constante de la exclusión y la discriminación laboral de la mujer.

En cuanto a las empresas:

-La organización horaria en las empresas supone un ejercicio de poder establecido en amplios términos legales con una incidencia fundamental en la vida de las y los trabajadores y que contrasta con la escasa o nula capacidad de disposición de éstos sobre su tiempo de trabajo.

-Existe un profundo conflicto de intereses entre las y los trabajadores y las empresas en relación con la conciliación de la vida personal, familiar y la vida laboral. Ese conflicto se acentúa cuando el trabajador-ra pretende ejercer su derecho a adaptar su jornada de trabajo sin pérdida de retribución económica y en un horario no convenido inicialmente.

-Desde las empresas, las cargas familiares se perciben, con frecuencia, como una amenaza potencial para el rendimiento laboral, lo que se pone claramente de manifiesto desde el proceso de selección de personal.

-El incumplimiento de los derechos de conciliación por las empresas no parece presentar riesgo alguno.

En cuanto a la negociación colectiva:

-La negociación colectiva no ha desarrollado aún suficientemente la normativa general en lo que atañe a políticas de conciliación. Ello obedece a que los agentes sociales,

mayoritariamente hombres, no se consideran afectados por las mismas, lo que hace que se prioricen otras cuestiones.

A su vez, las empresas empiezan a utilizar las medidas de conciliación relacionadas con una mayor flexibilidad en las relaciones laborales, a modo de herramientas de gestión de los recursos humanos, para primar sólo a determinados sectores privilegiados de las plantillas.

En cuanto al control jurisdiccional:

Existen diferentes maneras de entender el alcance de las normas, así como también formas diferentes de entender su papel. Esto se traduce en la adopción por determinados órganos judiciales de una interpretación reduccionista y formalista de la norma apartándose del deber de ponderación de los derechos fundamentales en juego. Por otro lado, otra serie de órganos judiciales consideran que su función alcanza a completar mediante la jurisprudencia aquellos vacíos o lagunas que el legislador ha generado, y hacen una interpretación extensiva al realizar una lectura más integradora de la norma conectada con el principio de no discriminación por razón de género, pero que a la postre continúa siendo limitadora por cuanto residen únicamente en la mujer el papel de la conciliación.

4. Metodología

Siguiendo a Villaseñor Rodríguez y Gómez García¹, el presente trabajo de investigación se inscribiría en la categoría de investigación jurídica documental al aproximarnos al Derecho mediante el estudio y análisis de documentos para nuestra investigación, a través del manejo de fuentes jurídicas primarias –normativa, jurisprudencia, convenios colectivos- y secundarias –doctrina científica-. A su vez, consideramos que cabría también su calificación como investigación jurídica experimental por cuanto nos aproximaremos a otra disciplina más marcadamente empírica como es la sociología jurídica, puesto que la introducción de la perspectiva de género en nuestra investigación propondrá una explicación del Derecho relacionándolo con el contexto histórico y social y los discursos. Como sabemos, el género se ha construido sobre las categorías de “femenino” y “masculino”, en torno a las cuales se organizan las instituciones básicas de la vida social humana: familia, trabajo, política..., por lo que la aplicación de una perspectiva de género en nuestro trabajo implicará una revalorización crítica de los conceptos tradicionales del Derecho que no han tenido en cuenta tal perspectiva. Ello a su vez constituye un instrumento de movilización en el conjunto de las acciones políticas generales hacia el objetivo de la igualdad. Todo lo cual deviene en una investigación aplicada, ya que finalmente proponemos reformas, medidas y estrategias de actuación ante los tribunales que pueden comportar un beneficio social directo.

¹ Villaseñor Rodríguez, Isabel y Gómez García, Juan Antonio, *Investigación y documentación jurídicas*, 1º ed. (Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2009)

En la realización de este trabajo hemos utilizado las metodologías específicas que hemos estudiado a lo largo del segundo año del máster para el desarrollo de investigaciones relacionadas con políticas de igualdad. Así, con la finalidad de aproximarnos a un estado de la cuestión y centrando su selección en el tema que nos ocupa, hemos trabajado con las siguientes herramientas de análisis:

- Revisión y estudio tanto de normativa europea como interna.
- Revisión de la literatura jurídica, consistente en estudios de doctrina científica.
- Revisión de jurisprudencia comunitaria, así como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y Tribunales de lo Social.
- Revisión de bibliografía relacionada con estudios feministas y de género desde diferentes perspectivas: sociológica, histórica, política, filosófica, etc.

Los recursos documentales se han obtenido a través de la propia bibliografía adquirida para la elaboración del trabajo así como a través de las suscripciones a las bases de datos electrónicas:

www.westlaw.es

www.tirantasesores.com

www.laleydigitalespecializadas.laley.es

Del mismo modo, como parte de las metodologías aplicadas a la investigación, hemos utilizado también el análisis crítico del discurso, ACD, técnica a la que hemos tenido ocasión de aproximarnos en el seminario impartido por la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona sobre metodología de investigación feminista (edición 2010). El ACD, resulta una herramienta útil de análisis tanto a la hora de comprender cómo interactúa el discurso jurídico con los demás discursos cuanto para evidenciar las relaciones de poder que se construyen discursivamente y las voces que no están presentes en dichos discursos. Consideramos que sólo visibilizando los mecanismos y relaciones de poder y realizando propuestas para cambiar dichas situaciones, puede el Derecho actuar como una herramienta de cambio social.

Por lo que respecta a la redacción de nuestro trabajo, en lógica coherencia con la perspectiva de género, hemos empleado un lenguaje no androcéntrico, optando por aquellos términos que eviten el masculino genérico en la medida de lo posible. De este modo y aun cuando a veces su lectura pueda resultar reiterativa, hemos intentado nombrar en las personas del singular teniendo presente tanto el masculino como el femenino pero utilizando el artículo masculino, mientras que en las personas del plural hemos optado por nombrar los artículos en femenino y masculino y el nombre en el genérico masculino, coordinando todo ello con la fluidez de la prosa. En el mismo sentido, a la hora de referenciar a autoras y autores se ha optado por mencionar su nombre y dos apellidos cuando se citan por primera vez en el texto, utilizando, en el caso de una segunda o más citas, únicamente sus apellidos. De este modo tratamos principalmente de visibilizar a las autoras.

En cuanto al sistema de citas y referencias, hemos optado por el manual de estilo Chicago, al ser éste el estilo que con mayor frecuencia se utiliza en la redacción de trabajos jurídicos de investigación. A su vez, para una mayor agilidad del lector-ra en la localización de la referencia empleada, se han introducido las mismas como notas a pie de página, procurando, en la medida de lo posible, señalar el número de página concreta consultada e incluyéndose igualmente al final del trabajo toda la relación de las referencias bibliográficas completas.

Para la gestión documental de nuestra biblioteca, así como para el uso sistemático y adecuado de citas y la bibliografía, hemos utilizado la herramienta “Zotero” desarrollada por el Centro de Historia y Nuevos Medios de la Universidad de George Mason (EEUU) y que se encuentra disponible en versión beta de forma pública. Esta herramienta consiste en una extensión para el navegador Firefox que permite a los usuarios recopilar, administrar y citar investigaciones de diversos orígenes desde el navegador, a la vez que permite introducir y gestionar citas manualmente. Es por tanto una aplicación de administración de referencias usada habitualmente en la escritura de ensayos y artículos.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO Y JURÍDICO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

1. La construcción del género en el ordenamiento jurídico a través del principio de igualdad y no discriminación

Analizaremos en esta sección la manera en que, a lo largo del tiempo, el principio de igualdad y no discriminación se ha ido consolidando en los distintos niveles normativos, así como su influencia en el desarrollo de las políticas de conciliación y, por ende, en la delimitación conceptual de los géneros.

1.1. Breve pero necesaria vindicación del feminismo como inspirador de los avances en la construcción jurídica del género

Si nos preguntamos cómo y cuándo se ha formado una identidad *feminista*, independientemente de otros factores como la clase, la raza o la condición sexual, debemos remontarnos al siglo XVIII. Esta identidad, como nos explican Celia Amorós y Ana de Miguel², ya comenzó a articularse en la Revolución Francesa frente a la manifiesta exclusión que se hacía de las mujeres del ámbito público y la ciudadanía en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Esta identidad se apoyaba, además, en la idea común de la dominación patriarcal y en el consiguiente interés de las mujeres por modificar el inmutable destino que la llamada “era de los cambios” les continuaba asignando. Aunque en los países democráticos no es sino hasta el siglo XX cuando las mujeres acceden al derecho al voto, debemos tener presente que los Derechos -algunos ya plenamente efectivos, otros meramente formales aún- de los que hoy disfrutamos son resultado, guste o no reconocerlo, de una larga lucha de mujeres ilustradas, sufragistas, socialistas, liberales, radicales, ecologistas, ciberfeministas, postfeministas, que conviene tener siempre presente, máxime en estos momentos en los que la difuminación del sujeto político “mujeres” hace necesarias las alianzas entre todos los grupos posibles. Como bien dice Judith Astelarra, si bien el feminismo no tiene en exclusiva el *copyright* sobre la definición de los problemas de las mujeres, “el movimiento feminista siempre ha sido quien ha iniciado los procesos sociales necesarios para producir los cambios requeridos”³. No podemos por tanto afrontar nuestro trabajo sin referirnos, aun de manera breve, a las diferentes actuaciones feministas que a través del tiempo han ido conquistando derechos como los que después estudiaremos, y en las que las mujeres, como

² Amorós Puente, Celia y De Miguel, Ana, *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De la Ilustración al segundo sexo*, vol. 1, 3 vols., 2º ed. (Madrid: Minerva, 2007), p.69.

³ Astelarra, Judith, *Veinte años de políticas de igualdad*, 2º ed., Feminismos (Madrid: Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 2005), p.359.

factor común, han venido denunciando que a pesar de la evolución social, se mantenía sin embargo la discriminación y jerarquía entre los géneros. Recordarlas es, más que un homenaje, una necesaria llamada al origen que nos ayude a comprender la construcción jurídica del género.

Hasta hace tan sólo unas décadas existía una ausencia significativa en los libros de texto acerca de la participación de las mujeres en los movimientos políticos y sociales a lo largo de la historia, participación que los *Women's Studies*, desde diferentes disciplinas, se han ocupado de visibilizar y re-construir a través de una perspectiva crítica de género. Christine Fauré, en su *Enciclopedia histórica y política de las mujeres*, ha compilado toda una evaluación de las acciones reales en las que las mujeres participaron en momentos clave de la historia de Occidente, momentos de importantes transformaciones políticas, poniendo en evidencia que desde el nacimiento de los Estados modernos hasta nuestros días, los grandes acontecimientos que han marcado la historia dan prueba de su presencia y su movilización. Así, reflexiona esta autora, “los derechos del hombre, esos principios que las sociedades occidentales exhiben tan ufanas y que son la garantía de su reconocimiento democrático, no integran la igualdad entre los sexos hasta el siglo XX”⁴.

Podemos decir que la primera *Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana*, de Olympe de Gouges, se inscribe en lo que Fauré denomina una reactualización de los actos constitutivos de la sociedad de la que fueron testigo los primeros años de la Revolución. Este texto, fechado sobre 1791, pasó relativamente inadvertido en el momento de su publicación. Hubo que esperar a la socialista Flora Tristán (1803-1844) para que “declarar los derechos” se volviese a considerar un acto significativo de emancipación femenina. Un año más tarde, en 1792 se publica en Londres *Vindicación de los derechos de la mujer* de la periodista inglesa Mary Wollstonecraft, siendo este libro acogido, al contrario que su predecesor y desde su primera edición, con mucho éxito y como una obra decisiva de la defensa de la condición femenina. Este libro retoma una serie de convicciones y una forma de razonamiento que Wollstonecraft había empleado anteriormente contra la historia y la tradición a propósito de los derechos del hombre.

Tanto Olympe de Gouges como Mary Wollstonecraft contribuyeron a extender los derechos del hombre a las mujeres, una empresa intelectual osada e inspirada en gran medida en los debates constitucionales que acababan de desarrollarse en Francia. No obstante, concluye Fauré, “la situación cambió en la segunda mitad del siglo XVIII. El arquetipo de la mujer culta, prolongado por las mujeres de los salones ilustrados, perdió su atractivo y se agotó. Las figuras que encarnarían a partir de entonces la independencia y los peligros de la modernidad –especialmente, los enciclopedistas- dejaron fuera de juego las tentativas de igualdad entre mujeres y hombres. Propagaron la idea, que se volvió popular, de que “a cada

⁴ Fauré, Christine, “De los derechos del hombre a los derechos de la mujer: una conversión intelectual difícil”, en *Enciclopedia histórica y política de las mujeres. Europa y América*, 1º ed. (Madrid: Akal, 2010), pp.193-208.

sexo le correspondía un destino particular, derivado de su constitución física”. Esta valoración social de la determinación sexual de los individuos, heterogénea al debate constitucional del que había nacido la reivindicación de los derechos de la mujer, sellaba el fracaso del razonamiento que las mujeres eruditas habían emprendido sin asumir sus consecuencias en la vida pública: a iguales facultades, iguales derechos”⁵.

Será sin duda, como nos indican Amorós y De Miguel, a lo largo del siglo XIX cuando se desarrollarán importantes movimientos de mujeres que lucharon por cambiar esta situación de exclusión y servidumbre. El debate social en torno a la situación de las mujeres y las relaciones entre los sexos fue uno de los temas de la época. En 1848, en el estado de Nueva York, se aprobó la Declaración de Séneca Falls, uno de los textos fundacionales del sufragismo. En Europa, el movimiento sufragista inglés fue el más potente y radical. Desde 1866 en que el diputado John Stuart Mill, autor de *La sujeción de la mujer*, presentó la primera petición a favor del voto femenino en el Parlamento, no dejaron de sucederse iniciativas políticas. A lo largo del siglo XIX se evidencia la heterogeneidad del movimiento feminista, tanto dentro del sufragismo como también en la corriente socialista. El marxismo, articulando la llamada “cuestión femenina” dentro de su teoría general de la historia ofrecía una nueva explicación del origen de la opresión de las mujeres y una nueva estrategia de emancipación a través de su retorno a la producción y a la independencia económica. Pese a las divergencias entre sufragistas y socialistas, se comienza a fraguar una identidad feminista común centrada en deslegitimar la ideología de la naturaleza diferente y complementaria de los sexos –especialmente el discurso sobre la inferioridad de las mujeres- y en reclamar la aplicación universal de los principios ilustrados y democráticos. En cuanto a las políticas reivindicativas, la mayor unidad se forjó en torno a lo que Amorós y De Miguel denominan “las políticas de la inclusión en la esfera pública”⁶: derecho al sufragio, al trabajo asalariado y a la educación superior.

Sin embargo, una vez constatadas las insuficiencias de la igualdad formal, las mujeres se plantean la necesidad de establecer mecanismos sociales y políticos como la discriminación positiva y las cuotas capaces de romper la dinámica excluyente del sistema patriarcal. A la vez, el feminismo radical acaba redefiniendo y revolucionando las políticas feministas hacia la esfera privada. Kate Millet en su obra *Política sexual* define la política como el conjunto de estrategias destinadas a mantener un sistema de dominación patriarcal de la vida, que hasta entonces se consideraban personales y “privadas”, y pone de manifiesto las relaciones de poder que estructuran la familia y la sexualidad. El conocido eslogan *Lo personal es político* contiene un componente movilizador, hacia la acción, y muestra la estrecha vinculación entre el análisis teórico y la práctica que caracteriza al feminismo. Señalan Amorós y De Miguel que “los conceptos de género y patriarcado, acuñados por el feminismo radical y hoy sometidos a crítica y debate, serán en buena medida el punto de apoyo común desde el que el feminismo

⁵ Ibid. p.208.

⁶ Amorós Puente, Celia y De Miguel, Ana, *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De la Ilustración al segundo sexo*, vol. 1. *Cit.*, p.64.

ha hecho visible y analizable el conflicto entre los géneros. Con ellos ha conseguido cuestionar el farragoso terreno de la “naturaleza” para explicar la situación social de las mujeres, para contestar a la cuestión de “¿qué pasa con las mujeres?”⁷.

A la misma vez se diagnosticó la existencia de una fuerte dicotomía entre lo público (la economía, la política y la cultura) y lo privado (la familia) y se reivindicó la necesidad de valorar y poner en el mismo nivel de importancia para el funcionamiento social el rol de las mujeres en la esfera doméstica dado que la familia es también una unidad de producción de bienes y servicios que descansa sobre el trabajo no sólo no remunerado, sino no reconocido de la mujer. Estas reivindicaciones feministas serán clave para reflexionar posteriormente sobre cómo se ha llevado a cabo el desarrollo de las políticas de igualdad de género y más concretamente de las políticas de conciliación sobre las que nos centraremos en este trabajo, así como la necesidad de repensar algunos de estos presupuestos para su desarrollo real y efectivo. Contemplamos, no sin preocupación, como las resistencias sociales y político-jurídicas frente al reconocimiento y ejercicio de determinados derechos favorecedores de la igualdad manejan a menudo conceptos similares a los que a lo largo de la historia hacían frente a dichas reivindicaciones, tales como la “complementariedad de los sexos”, las labores de cuidado como algo propiamente femenino, la suficiencia de la “igualdad formal” recogida universalmente en las constituciones, etc. De ahí que no debemos olvidar el bagaje cultural del que proceden tales derechos, y cuya utilización en el debate intelectual resulta tan pertinente ahora como entonces.

1.2. Normativa internacional y comunitaria sobre el principio de igualdad y no discriminación

La igualdad entre hombres y mujeres es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos. Ya desde el preámbulo de la Carta fundacional de Naciones Unidas, o la Declaración de Derechos Humanos de 1948, en su art. 2, se hace una proclama de la igualdad formal de los derechos de hombres y mujeres, si bien este reconocimiento genérico no supone un gran avance en la igualdad. Por otro lado, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece en su artículo 2.1 la obligación de los Estados de garantizar los derechos en su territorio, sin ninguna diferenciación, tampoco por razón de sexo. El principio de la igualdad y la no-discriminación está también enunciado en los artículos 3 y 26 del Pacto, y el mismo texto legal contiene otras referencias explícitas a la no diferenciación por razón de sexo en el ejercicio de los derechos, junto a otros derechos que son importantes para garantizarla (art. 16, igualdad ante la ley, art. 17, derecho a la vida privada y a la vida familiar, etc.). En el mismo sentido, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo año también contiene una prohibición de la discriminación por razón de

⁷ Ibid. p.74.

sexo en el artículo 2, que siguiendo la estructura del Pacto de Derechos Civiles y Políticos se completa con la obligación de los Estados Parte de garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en igualdad, recogida en el artículo 3. De acuerdo con Rosario Tur Ausina⁸, ambos textos suponen una mayor aproximación a la necesidad de que la igualdad en el goce de los derechos sea efectiva, al margen de la titularidad universal que corresponde a toda persona, incluyendo asimismo cláusulas antidiscriminatorias en el ejercicio de los derechos que mencionan, en particular, el sexo como causa especialmente sospechosa de diferenciación arbitraria. Aunque los primeros años en la acción de Naciones Unidas se centran en la igualdad formal o jurídica y en la extensión de los derechos civiles y políticos, es de destacar que ya desde los textos aprobados en los años 40 del pasado siglo se visibilice con una cierta entidad propia y singular –aunque insuficiente a largo plazo-, la igualdad por razón de sexo, cuando en no pocos Estados signatarios todavía las mujeres no tenían siquiera reconocido el derecho de sufragio.

Estos avances normativos, a los que debemos añadir la labor de documentación e investigación de Naciones Unidas, no se correspondían, empero, con un aumento de la igualdad real y efectiva en las relaciones sociales. De ahí que se implementasen instrumentos específicamente dirigidos a tratar el problema, sustancialmente a partir de las Conferencias Mundiales que se inician en 1975. Tur Ausina⁹ describe los hitos más relevantes de cada una de ellas:

-La de México (1975) contempla tres objetivos clave: la plena igualdad de mujeres y hombres, eliminando toda forma de discriminación; la completa participación e integración de la mujer en el desarrollo; y la valoración de la contribución de aquéllas al mantenimiento de la paz mundial. Con posterioridad, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983, se define por primera vez la discriminación contra la mujer y la necesidad de adoptar iniciativas para su erradicación. CEDAW constituye una suerte de “Carta de los Derechos Humanos de las mujeres”, y un documento central del acervo de Naciones Unidas por la igualdad de mujeres y hombres. Junto al paradigma individualista y subjetivo presente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, significa de algún modo el triunfo del paradigma colectivo, que atiende a los derechos de las mujeres como grupo. Pero asimismo consolida jurídicamente -en tanto se eleva a norma jurídica, *hard law*-, un novedoso doble enfoque garantista de la discriminación por razón de sexo: así, los Estados estarían obligados en sus constituciones y en la legislación correspondiente a regular el principio de igualdad de mujeres y hombres. Ahora bien, no se trata de llevar a cabo un simple reconocimiento, pues este principio ha de ir acompañado de su

⁸ Tur Ausina, Rosario, “Igualdad y no discriminación por razón de sexo en Naciones Unidas. Proceso de evolución hacia el género en el contexto de la mundialización de las estrategias para la igualdad de mujeres y hombres”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales* N.º. 11, pp. 247-291.

⁹ *Ibid.*

efectiva puesta en práctica con las medidas idóneas para ello. Por ello, la Convención articula mandatos que vienen a representar el antecedente inmediato de la construcción del género en Pekin (1995), y cuya protección se dirige tanto al ámbito público –con el propósito de modificar patrones socioculturales- como al sector privado –si bien centrado en la educación de los hijos-

-La de Copenhague (1980) busca dar prioridad a una igualdad de carácter más material, centrada en las oportunidades y las responsabilidades y en los ámbitos estratégicos del acceso a la educación, las oportunidades en el empleo y la atención a la salud.

-La de Nairobi (1985) recoge los inicios del *mainstreaming*, la igualdad de mujeres y hombres se inserta en todas las esferas en que se desenvuelve la persona, y por ello la participación de la mujer ha de lograrse también en cualquier ámbito, y no sólo en el referido propiamente a las “cuestiones de mujeres”.

-La de Pekin (1995) significa el tránsito de la “mujer” al “género”. El objetivo ahora es combatir una discriminación no marcada tanto por diferencias naturales o biológicas, sino por razones sociales de carácter “estructural”, siendo preciso modificar las instituciones, el propio proceso de adopción de decisiones políticas y económicas, e incluso las mismas relaciones entre hombres y mujeres. Asimismo se profundiza en el *mainstreaming* mediante la introducción y consideración de la perspectiva de género en todos los ámbitos y dimensiones vitales, incluso con carácter preventivo, al objeto de analizarse las repercusiones que una determinada política o norma tendrá sobre mujeres y hombres (“el impacto de género”). Un tercer concepto fundamental es el de *empowerment*, que de una parte implica la toma de conciencia del poder que, individual o colectivamente, tienen las mujeres, lo que les permitiría recuperar su dignidad como personas. Y por otro lado, ya desde una vertiente de carácter socio-político –y no meramente numérico- se trataría de que las mujeres estuvieran presentes de acuerdo con criterios de representación equilibrada en los procesos de toma de decisiones. Pekin recoge los esfuerzos desplegados en las anteriores conferencias, y es revisada posteriormente en sendas sesiones especiales celebradas en los años 2000 (Pekin+5) y 2005 (Pekin+10). Por otro lado, la inclusión de la igualdad de hombres y mujeres entre los Objetivos del milenio proclamados en la Declaración del Milenio de septiembre de 2000 en Nueva York ayuda a fijar la idea de que, sin la lucha por los derechos de las mujeres, el desarrollo de las civilizaciones y el avance de los derechos humanos no será posible, comprometiendo no sólo a los Estados sino también a la propia Organización de las Naciones Unidas.

Paloma Durán Lalaguna¹⁰ señala que la celebración de las conferencias ha abierto la puerta a la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales y, como consecuencia de todo ello, la igualdad entre mujeres y hombres ha pasado de ser una cuestión de las mujeres, trabajada por mujeres y respaldada por mujeres, a ser considerada como un problema social, cuya solución requiere involucrar a toda la sociedad.

¹⁰ Durán Lalaguna, Paloma, “La igualdad de género en el contexto internacional”, en *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad*, 1º ed. (Madrid: Lustel, 2009), pp. 317-335.

Tur Ausina¹¹, empero, al valorar la labor de Naciones Unidas, y aun destacando el “valioso potencial de ideas, conceptos y estrategias ofrecidos a los Estados”, destaca que no sólo resulta complejo cambiar las estructuras sociales en los mismos –a tenor de su heterogeneidad, el peso de la tradición y de la cultura, en la resistencia del poder, etc...-, sino que la propia Organización de Naciones Unidas “se revela como ejemplo de todas esas resistencias (la inercia de “feminizar” organismos vinculados a las “cosas de mujeres”, el escaso peso de éstas en puestos dirigentes, la propia falta de recepción de la idea de transversalidad de género en los Objetivos del Milenio,...)”. Por ello manifiesta la necesidad de implementar todo un conjunto de estrategias en los Estados que aborden la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Reclama así la necesidad de reivindicar una “Agencia Mundial para la Igualdad de Mujeres y Hombres” que “desde una importante posición internacional de poder, fomento, ayude y vigile”.

La igualdad es también un principio fundamental en la Unión Europea. Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, la igualdad como misión de la Unión, el reconocimiento de acciones positivas, el *mainstreaming* y la lucha contra la discriminación, son objetivos que deben integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros. Así, en su artículo 2, se reconoce la igualdad como un principio fundamental que debe materializarse en la integración del principio de igualdad en todas las políticas comunitarias (art. 3.2) y en la aplicación de medidas específicas a favor de las mujeres (arts. 137 y 141). Aunque ya inicialmente el Tratado de Roma de 1957 presentaba la peculiaridad de incluir el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres (art. 119), sin que apareciera en el texto mención alguna a otros aspectos del principio de no discriminación -salvo en lo relativo a la nacionalidad, o a otros derechos fundamentales, la justificación de dicha inclusión era de carácter económico-, la mención a la igualdad entre hombre y mujer en el Tratado de la Unión Europea, art. 2, tras su reforma por el Tratado de Amsterdam, cuenta ya con connotaciones propias, superando su inicial justificación económica para convertirse en un objetivo social que comienza a aglutinar su inicial “presencia fragmentaria”¹². En cuanto al enfoque del *mainstreaming*, aunque éste se adopta formalmente en las políticas comunitarias a partir de 1996, será en dicho Tratado donde se desarrollará su importancia en la consecución de la igualdad material, así como en la adopción de acciones positivas en el ámbito profesional. Siguiendo a Tur Ausina¹³ el Tratado de Amsterdam, en definitiva, configura la igualdad a través de una serie de postulados (el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales -pasando el TJUE a tener competencia en caso de

¹¹ Tur Ausina, Rosario, “Igualdad y no discriminación por razón de sexo en Naciones Unidas. Proceso de evolución hacia el género en el contexto de la mundialización de las estrategias para la igualdad de mujeres y hombres”. *Cit.*

¹² Miranda Boto, J.M., “Igualdad y Constitución Europea: de presencia fragmentaria a valor omnipresente”, en *Igualdad y Constitución Europea: de presencia fragmentaria a valor omnipresente* (Madrid: MTASS, 2005), p.585.

¹³ Tur Ausina, Rosario, “Las políticas de igualdad de género en Europa: Unión Europea y Consejo de Europa”, en *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad*, 1º ed. (Madrid: Lustel, 2009), pp. 337-366.

incumplimiento de los derechos fundamentales por parte de las instituciones de la Unión-, las acciones positivas, la igualdad como misión global de la UE y la lucha contra la discriminación) que en la práctica suponen la introducción de la igualdad material, real y efectiva mediante la posibilidad de adopción de medidas formalmente desigualitarias, destinadas a la consecución de una paridad real entre hombres y mujeres (acciones positivas). Y de otro lado, el propósito de acoger la noción de transversalidad de la igualdad (*mainstreaming*) en las diversas políticas de la Unión, mediante la que se consigue implicar a todas y cada una de las medidas adoptadas en el seno de esta organización, en una más amplia política de igualdad de sexos. El Tratado de la Unión actualmente vigente -Niza del año 2000-, en vigor desde el 1 de febrero de 2003, reproduce los contenidos referidos a la igualdad de mujeres y hombres consagrados en Ámsterdam.

Por otro lado, en la Carta de los derechos fundamentales de la UE, firmada en Niza en el año 2000, se reconocerán las acciones positivas en el artículo 23.2 en relación con la igualdad de mujeres y hombres en todos los ámbitos. Sin embargo, dada la carencia de eficacia jurídica del texto es difícil encontrar algo más que una proclamación de intenciones; de modo que, salvo la modificación procedimental para la toma de decisiones, no introdujo grandes cambios sobre lo previamente alcanzado en materia social.

La Constitución Europea (non nata) de 2004, como norma suprema que no depende de la voluntad política de un determinado Gobierno eleva considerablemente el escenario expuesto y contenido en los textos anteriores. Así, destaca por visibilizar y fijar al máximo nivel normativo la igualdad entre mujeres y hombres. Ya en su preámbulo aparece la igualdad de las personas como “uno de los valores que sustentan el humanismo”; el art. 2, que recoge los valores de la Unión, incluye tanto la igualdad como la no discriminación; el art. 3 anuncia que la Unión combatirá la marginación y la discriminación y proclama el deseo de fomentar la igualdad entre mujeres y hombres; el art. 4 recoge las libertades fundamentales y la no discriminación por razón de la nacionalidad. En su segunda parte contiene “la Carta de los derechos fundamentales de la Unión” y su preámbulo recoge la igualdad entre los “valores indivisibles y universales”, el Título III lleva como rúbrica “La Igualdad” e incluye la declaración de igualdad de todas las personas ante la Ley (art. II-80), y manifiesta la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. II-81); expresamente declara en el art. II-83, sobre la “igualdad de mujeres y hombres”, que ésta deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución y que “el principio de igualdad no impide el mantenimiento de ventajas concretas a favor del sexo menos representado”. La Constitución Europea por tanto, da un paso definitivo, recompone el reconocimiento fragmentario del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en los diferentes ámbitos y lo eleva a “Derecho Fundamental” de la Unión, que expresamente tiene su traducción en el ámbito de las relaciones laborales prestando acomodo a las “acciones positivas” que declara compatibles con el principio de

igualdad de género¹⁴. El Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007¹⁵, que viene a sustituir a la Constitución Europea, reitera el contenido de las previsiones adoptadas por ésta en materia de igualdad, asumiendo la posibilidad de adopción de medidas positivas a las que aludía el Tratado de Ámsterdam, aunque nuevamente limitadas al ejercicio de la actividad profesional. La consagración de la igualdad, la lucha contra la discriminación por razón de género, las medidas positivas y el *mainstreaming* se convierten así en referentes inexcusables para los Estados, dentro de lo que se denomina “derecho constitucional europeo”.

El proceso de expansión ha discurrido, en el ámbito comunitario, en paralelo a otro proceso no menos importante para la actual concepción del principio de no discriminación por razón de género. Se trata del afianzamiento de los derechos fundamentales, que ha venido a proporcionar una base cada vez más sólida a aquella expansión del principio de igualdad en materias que no estaban previstas en los tratados fundacionales. Así, se ha ido consolidando la idea de que el principio de igualdad y no discriminación ha evolucionado hasta convertirse en uno de los derechos fundamentales de la UE, plasmado en las distintas Directivas Comunitarias que prohíben la discriminación por razón de género en ámbitos tan dispares como el acceso al empleo, la formación y promoción profesional, y las condiciones de trabajo (Dir. 76/207, modif. por la Dir. 2002/73), en materia de Seguridad Social (Dir. 79/7 y Dir. 86/378 CEE), en lo relativo al ejercicio de actividades por cuenta propia (Dir. 86/613), en lo que se refiere a los medios de prueba de la discriminación (Dir. 97/80 y Dir. 98/52), en la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991 (sin carácter normativo) relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, en lo relativo al acceso a bienes y servicios o su suministro (Dir. 2004/113) o, también, en materia de protección de la mujer trabajadora por razón de embarazo y la maternidad (Dir. 92/85) y de permisos parentales (Dir. 96/34, modificada por la Dir. 97/75)¹⁶.

a) Desarrollo del principio de igualdad y no discriminación como derecho fundamental comunitario

El principio comunitario de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres contiene en su formulación y su desarrollo legislativo y jurisprudencial los elementos más característicos de la propia integración europea. Aunque su configuración está limitada tanto material como temporalmente, han sido las intervenciones del legislador comunitario y, en especial, del Tribunal de Justicia interpretando este principio, así como las derivaciones del

¹⁴ Sevilla Merino, Julia y Ventura Franch, Asunción, “Evolución del derecho social europeo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº. 57 (2005), pp. 75-91.

¹⁵ Pendiente todavía de ratificación por algunos Estados miembros, por lo que se trata de un texto que por el momento no está en vigor, y que modifica el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) -denominaciones nuevas para los Tratados anteriormente existentes, los Tratados originarios-.

¹⁶ Ortíz Lallana, M.C. y Sesma Bastida, B., “La protección del trabajo femenino: Análisis comparativo en el marco autonómico, nacional y europeo”, *IER* (2005), p. 9.

mismo, las han tenido consecuencias de gran alcance tanto en el derecho comunitario como en los derechos nacionales.

Tal y como analiza Rosa María Virolés¹⁷, podemos decir que el principio de igualdad, así como los mecanismos efectivos de aplicación y control de éste, han tenido una implantación progresiva, sobre todo en el ámbito jurisprudencial. Así, el reconocimiento del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ordenamiento comunitario se recoge expresamente en el art. 119 del Tratado de Roma de 1957, si bien está limitado al ámbito social y referido a una cuestión específica, la igualdad de retribución.

Aunque la ampliación del alcance del principio de igualdad entre mujeres y hombres ha sido obra del legislador comunitario en sucesivas Directivas a partir de 1975, el impulsor de su reconocimiento como principio fundamental de la Unión Europea ha sido el TJUE. De esta forma, la interpretación que ha ido realizando el TJUE del artículo 119 (artículo 141 desde con la entrada en vigor del tratado de Ámsterdam y ahora 157 TFUE¹⁸), y la intervención creciente y paralela del legislador comunitario han permitido ampliar progresivamente el ámbito material de aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres. No obstante, el tribunal comunitario ha estado en todo caso limitado, como decimos, en todo caso por este punto de partida, de modo que sólo en un ámbito específico pudo consagrar un derecho de igualdad plenamente aplicable y que desbordaba el ámbito de aplicación natural del principio de igualdad restringido al campo social, y más concretamente al remuneratorio.

No es hasta el Tratado de Ámsterdam, aprobado en 1997 y en vigor desde mayo de 1999 cuando se ha establecido una disposición general que contiene un principio de igualdad entre mujeres y hombres. En este proceso, desarrollado fundamentalmente en las tres últimas décadas y una vez consolidado el mercado común, se puede apreciar un esforzado intento del TJUE por expandir los efectos del principio comunitario de igualdad a través de una interpretación amplia de preceptos fundamentales, especialmente del art. 119 del Tratado CE (actual 157 TFUE), pero también a través de una interpretación avanzada de distintas disposiciones de las Directivas comunitarias. Sin embargo, como apunta Virolés, algunos ejemplos como la constitucionalización de la *sentencia Barber* (de 17 de mayo de 1990, C-262/88), limitando en el tiempo los efectos del artículo 119 Tratado CE con el fin de impedir que el TJUE pudiese considerar el efecto directo de la nueva cláusula sobre el principio de igualdad, son algunas muestras representativas de la reticencia de los Estados miembros hacia una interpretación progresiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres por parte del TJUE.

¹⁷ Virolés Piñol, Rosa, "Análisis de la doctrina del TJCE relativa al despido discriminatorio por razón de sexo", (presentado en: La internacionalización de las relaciones laborales: OIT y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Análisis crítico, Alicante: Consejo General del Poder Judicial y Comisiones Obreras del País Valencià, 2009).

¹⁸ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Texto consolidado tras el Tratado de Lisboa que sustituye al anterior Tratado de la Comunidad Europea TCE.

No obstante, “las nuevas perspectivas abiertas por el Tratado de Ámsterdam parecen confirmar definitivamente la vía del desarrollo progresivo del principio de igualdad y constituyen el paso natural hacia delante del principio de igualdad entre mujeres y hombres cuya interpretación actual rompe las costuras del ámbito que le había diseñado el Tratado fundacional comunitario. De este modo, la nueva previsión constitucional del principio de igualdad, tal como resulta del Tratado de Ámsterdam, parece abrir una puerta a la expansión del legislador y a la del juez comunitario, pero no sólo, como era tradicional, a través de la asunción de competencias, sino con una base específica, el nuevo artículo 13 Tratado CE”¹⁹. La progresividad supone pues, una evolución de la consideración de un principio de igualdad entre mujeres y hombres fundado en motivos estrictamente económicos hasta adoptar un principio de igualdad que tiene una fundamentación propia de un Derecho Fundamental. Se ha pasado de establecer una mera prohibición de las diferencias retributivas a disponer de una obligación de garantizar y fomentar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, hasta el punto de convertir el objetivo de la igualdad de trato en un elemento fundamental, “transversal”, de todas las actuaciones de la Unión Europea.

Como se ha visto, el principio de igualdad y no discriminación superó, a la luz del TJUE, los estrictos términos del antiguo art. 119 TCE (únicamente referidos al ámbito retributivo) y desarrolló nuevas dimensiones en la política comunitaria. La ingente labor interpretativa del TJUE no sólo llegó a reconocer tal principio antidiscriminatorio como derecho fundamental autónomo respecto a lo establecido en el antiguo art. 119 TCE, sino también con un carácter que trascendía lo establecido en las directivas comunitarias en desarrollo de dicho precepto sobre discriminación por género. En definitiva, esta notable actuación del TJUE trajo consigo, para la política social comunitaria, los siguientes avances:

Por una parte sirvió para normativizar desde la perspectiva del género un objetivo igualatorio que se había producido tan solo con alcance recomendatorio.

Por otro lado, supuso también la normativización comunitaria de un aspecto del derecho fundamental a la igualdad que, hasta entonces, se había situado meramente en el ámbito de los principios. De este modo, mostraba la voluntad de trascender una finalidad meramente económica para introducir conceptos relacionados con los derechos humanos y fundamentales.

Así pues, siguiendo a M^a Amparo Ballester²⁰, la evolución del principio de igualdad y no discriminación se ha venido caracterizando por una serie de aspectos relevantes:

a) En el derecho originario presentaba una formulación taxativa, cerrada y causal en torno a las discriminaciones por razón de género y nacionalidad.

b) La prohibición de discriminación por género, establecida en el antiguo art. 119 TCE, se incorporó desde una perspectiva estrictamente económica, pero a raíz de ella, al menos, el

¹⁹ Virolés Piñol, Rosa, “Análisis de la doctrina del TJCE relativa al despido discriminatorio por razón de sexo”. *Cit.*

²⁰ Ballester Pastor, María Amparo, “Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar”, en *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), pp.17-78.

TJUE desarrolló un tratamiento comunitario del derecho a la no discriminación. Proceso en el que la introducción de los Derechos Fundamentales en sus criterios aplicativos adquirió una importancia fundamental.

c) Al mismo tiempo se produjo un importante desarrollo normativo del derecho a la no discriminación por razón de género a través de directivas que expandieron el alcance de lo establecido en el art. 119 TCE original. Tales normas tuvieron que aprobarse por medio de procedimientos inespecíficos, habilitados mediante de instrumentos residuales previstos para la consecución de objetivos comunitarios secundarios, que requerían unanimidad en su de aprobación. Pese a ello, aportaron una mayor libertad reguladora a las instituciones comunitarias legislativas, que ya contaban con un precedente judicial altamente comprometido con la cuestión antidiscriminatoria.

d) Desde sus primeros pronunciamientos el TJUE reconoció la eficacia directa horizontal (entre particulares) del derecho a la no discriminación retributiva establecida en el antiguo art. 119 TCE. Este principio implica la existencia de un contenido esencial de dicho derecho fundamental, prioritario en el desarrollo de eventuales directivas comunitarias. Sin embargo, es posible apreciar cierta reticencia del resto de instituciones comunitarias frente al desarrollo y consolidación del principio de igualdad y no discriminación. De ahí que el desarrollo normativo posterior integre la interpretación jurisprudencial pero suponga al mismo tiempo un freno a su futura evolución, por medio del establecimiento expreso de parámetros más precisos.

b) Limitaciones del principio antidiscriminatorio como derecho fundamental comunitario

Como ya hemos dicho, entre la inicial redacción del art. 119 TCE, sobre la discriminación retributiva por razón de sexo (en su texto original) hasta la actual redacción del art. 157 TFUE (antes art. 141 TCE) y del art. 19 TFUE se han sucedido textos normativos comunitarios y pronunciamientos jurisprudenciales que han ido consolidando el principio de igualdad y no discriminación como uno de los más firmes de la política social comunitaria. Existe, ciertamente, una elevación formal del mismo, que como nos dice Ballester Pastor, “supera las esferas del *soft law* y llega a situarla directamente como fuente del derecho comunitario al más alto nivel”, aunque de ello no cabe concluir que exista, como podría parecer, un principio antidiscriminatorio comunitario generalista al estilo de los establecidos en los ordenamientos internos. El art. 19 TFUE (antidiscriminatorio general) se limita a configurar una competencia comunitaria sobre la materia, pero carece de contenido sustantivo directamente aplicable. Solamente existe gracias al reconocimiento desde antiguo por la jurisprudencia del TJUE de la aplicación directa del principio antidiscriminatorio por género configurado en el actual art. 157 TFUE. De otro lado, no existe un principio general comunitario de igualdad de trato, si no que se reconocen tan sólo específicas causas de discriminación prohibidas, con

específicos regímenes jurídicos y excepciones. Ballester Pastor nos advierte de una serie de acontecimientos de naturaleza normativa y jurisprudencial que podrían estar indicando una cierta alteración en la tendencia evolutiva de la cuestión antidiscriminatoria, apreciándose por un lado un cierto retroceso -más llamativo si cabe- en la doctrina reciente del TJUE, así como de cambios y evoluciones de su significado en su sentido tradicional. La posibilidad de cierto retroceso o matizada evolución en el desarrollo del principio de igualdad y no discriminación se advierte con particular intensidad en sentencias como la del *asunto Abrahamsson* (de 6 de julio de 2000, C-407/98), que se pronuncia sobre las cuotas que configuran la preferencia femenina cuando haya igualdad total y estricta de méritos; el *asunto Herrera* (de 28 de octubre de 2004, T-219/02, T-337/02), que vacía de contenido el concepto de discriminación por razón de edad; o el *asunto Cadman* (de 3 de Octubre de 2006, As. C-. 17/05) que introduce un factor que exceptúa la aplicación de la modificación de la carga de la prueba, lo cual podría abrir el camino a otros factores, no sólo en el ámbito de la discriminación por género sino también en el resto de causas prohibidas. Pronunciamientos claramente regresivos como éstos conviven con otros más esperanzadores como el *asunto Coleman* (Discriminación por vinculación, STJUE de 17 de Julio de 2008, C-303/06), al menos porque abren nuevas vías para el desarrollo de la protección. Por otra parte, la autora nos advierte de una diferencia importante en el grado de protección atribuido a las distintas causas: el género como causa clásica de discriminación prohibida mantiene su nivel tradicional, aunque algunas de sus vertientes nuevas han tenido una evolución diferente; en contraste, otros motivos de discriminación van configurando su marco normativo de modo dispar: la edad se difumina hasta prácticamente desaparecer como causa de discriminación prohibida, en tanto que la orientación sexual y la discapacidad surgen como causas de particular entidad.

No obstante, Tur Ausina subraya que tanto la Constitución Europea como el Tratado de Lisboa, han acogido de un modo algo más generoso la igualdad de mujeres y hombres desde muy distintas dimensiones: como objetivo de la Unión, como derecho fundamental, desde la estrategia del *mainstreaming* y desde la lucha contra la discriminación y en el ámbito de las políticas sociales, elementos que constituyen “un referente inexcusable para los Estados miembros, dentro de lo que puede considerarse un nuevo ‘derecho constitucional europeo’ en materia de género”²¹ que, a la larga, supone un avance en la “rematerialización constitucional experimentada por esta organización supranacional: desde una Unión económica, hasta una Unión más política y social que pretende postular la defensa de los intereses ligados al ser humano, si bien coexistiendo junto a los objetivos económicos”²², constituyendo así el marco jurídico básico para la efectiva promoción y tutela de la igualdad de mujeres y hombres, junto con el *soft law* (recomendaciones, resoluciones, programas, etc.) y la labor del Tribunal de Justicia.

²¹ Tur Ausina, Rosario, “Las políticas de igualdad de género en Europa: Unión Europea y Consejo de Europa”. *Cit.*, pp.355-356.

²² *Ibid.*

Para finalizar este apartado, debemos destacar que la progresiva construcción del principio de igualdad y no discriminación en los distintos niveles de regulación jurídica que hemos expuesto ha ido configurando a su vez los derechos de conciliación en un doble sentido: por un lado, inspirando su desarrollo como una herramienta en la consecución de la igualdad en el empleo; pero por otro provocando el efecto negativo de “feminizar” la conciliación, contribuyendo de este modo a su consideración como una cuestión exclusivamente atinente a las mujeres, lo que a la larga ha venido redundando en la generación de nuevas desigualdades, aspectos sobre los que abundaremos a lo largo de este trabajo.

1.3. La Constitución Española y el principio de igualdad y no discriminación. La ausencia de perspectiva de género en la Carta Magna

Con la aprobación de la Constitución se introdujo el principio liberal de igualdad en su significado formal. Sin embargo, pese al potencial interpretativo que como tal encerraba el art. 14 al regular la igualdad de todos los españoles ante la ley y prohibir la discriminación por razón de sexo, las discusiones parlamentarias en sede constituyente no reflejan el problema referente a la igualdad entre mujeres y hombres que en aquel momento reivindicaba firmemente el movimiento feminista. Por dicha razón el hecho de que el sexo se regule conjuntamente con otra serie de desigualdades sociales en la Constitución obedece más bien a la realidad de que las mujeres, por razón de género, han sido discriminadas históricamente en todas las sociedades²³. La primera referencia a la igualdad en nuestra Constitución aparece en el art. 1.1, al configurarla como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Por su parte, el art. 14 reconoce la igualdad como derecho público subjetivo, igualdad ante la ley en su sentido formal, además de un principio de no discriminación por las concretas causas de nacimiento, raza, sexo, religión y opinión. Esta cláusula no sólo conlleva un mandato negativo de evitación de trato desigual, sino también, complementado con el art. 9.2, uno positivo de remoción de obstáculos para lograr la igualdad de cualesquiera grupos sociales marginados hasta entonces. La igualdad formal del art. 14 como principio liberal, por tanto, se completa con el mandato del art. 9.2 configurando así el aspecto social del actual modelo de Estado. Se trata del alcance promocional de la igualdad como obligación de los poderes públicos de facilitar las condiciones para que, tanto en el ámbito individual como grupal, sea real y efectiva; por ello se deberán eliminar los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio. Sin embargo, como ha

²³ Ventura Franch, Asunción y Sevilla Merino, Julia, “Fundamento Constitucional de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Especial referencia a la participación política”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (2007): “el sexo ha sido, y sigue siendo, un factor de relevancia social que tiene implicaciones jurídicas desfavorables para las mujeres. Históricamente las mujeres han sido relegadas en la sociedad y esta marginación ha alcanzado la categoría de norma. Aunque actualmente no sucede de la misma manera, el sexo femenino sigue siendo un factor relevante que aparentemente no se tiene en cuenta, pero en la práctica resulta determinante para el desarrollo de las relaciones sociales y por tanto de las relaciones jurídicas. El sexo es un factor importante que sitúa a todas las mujeres en una categoría jurídica inferior en relación al hombre, por el simple hecho de pertenecer a ese grupo”.

puesto de manifiesto Julia Sevilla, “la igualdad como valor (art. 1 CE), como derecho (art. 14 CE) y promoción de este valor por parte de los poderes públicos (art. 9.2 CE) no es suficiente para producir la necesaria transformación de las estructuras creadas por una sociedad patriarcal y sostenidas por unos textos legales que consideraban compatible la proclamación de la igualdad, como derecho de todos, con la situación de desigualdad de las mujeres”²⁴. O, en palabras de Ventura Franch: “El texto constitucional, no hace referencia a la mujer, ni individualmente ni como grupo, siempre que la Constitución menciona directamente a la mujer y al hombre es para igualarlos jurídicamente -Art. 32.1 CE-, o para reforzar la prohibición de discriminación –Art. 35 CE-, o para establecer diferencias en perjuicio de la mujer –Art. 57.1 CE-. La CE no parte de la realidad de la mujer como grupo social marginado”²⁵. Es preciso por tanto erradicar el concepto de igualdad, defendido desde una concepción liberal, como el tratamiento indiferenciado de todos los ciudadanos por parte de los poderes públicos, requiriéndose tomar el mandato de no discriminación y conjugarlo con el ideal de la igualdad jurídica para construir un concepto de igualdad que no tenga como referente al hombre y lo masculino. Y es que, como decimos, las primeras reivindicaciones por la igualdad de género que partían del referente del modelo masculino han puesto de manifiesto la existencia de una disociación entre las normas y la realidad social, puesto que si bien las mujeres se han ido incorporando a la esfera pública, los hombres no se han incorporado a la esfera privada.

En consecuencia, para plantear una construcción del Derecho desde una perspectiva de género es preciso abordar, tal y como expresa Ángela Figueruelo, “una reforma constitucional que introduzca el espacio de la privacidad en el sector público, para que la mujer pueda ser sujeto pleno de derechos en la práctica”²⁶. Y el primer paso, siguiendo a la misma autora, sería el de asumir y llevar a la práctica el convencimiento de que la igualdad no se consigue cuando se tienen los mismos derechos que los hombres, sino cuando nos encontramos en una situación que permita elaborar normas jurídicas que respondan a la suma de los dos géneros, comenzando por la obtención de una auténtica democracia paritaria. La paridad pretende poder eliminar la exclusión de las mujeres de la participación política y de la toma de decisiones. Se hace necesario por tanto constitucionalizar este derecho que ha sido recientemente configurado en la LOI 3/2007²⁷.

²⁴ Sevilla Merino, Julia, “Igualdad, paridad y democracia”, en *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades* (Granada: Comares, 2006), pp. 381-408.

²⁵ Ventura Franch, Asunción, “Igualdad real y reforma constitucional”, en *Género, Constitución y Estatutos de autonomía*, Estudios Goberna (Madrid: INAP-Goberna, 2005), pp 267-280.

²⁶ Figueruelo Burrieza, Angela, “Setenta y cinco años de sufragio femenino en España perspectiva constitucional”, *Criterio Jurídico Santiago de Cali VII* (2007), pp.141-162.

²⁷ Así en su art. 14 se establece la participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones como un criterio general de actuación de los poderes públicos, término con el que se refiere a todos sin excepción, incluido el poder judicial. Este principio se concreta en la reforma que las Disposiciones Adicionales de la norma realizan en diversas leyes vigentes, entre ellas la Ley Orgánica de Régimen General Electoral, de forma que por composición equilibrada se entenderá la presencia de hombres y mujeres de tal modo que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el 60% ni sean menos del 40%. Tanto este principio general como su concreción deberían ser constitucionalizados, mediante la reforma de los Art. 68 y 69 CE, en aras a la consecución de la igualdad real desde el mismo momento de la elaboración de las normas. En tales preceptos se habla simplemente de sufragio universal, libre, igual, etc., así como de que todos los españoles son electores y elegibles, apelación a la igualdad formal que como hemos visto resulta insuficiente.

Históricamente el discurso jurídico ha reflejado la idea de la desigualdad entre mujeres y hombres, apelando a la complementariedad de los sexos para poder legitimar una subordinación en un mundo donde supuestamente regía el principio de igualdad²⁸. La mujer, aunque ha sido objeto de derecho, al haberse configurado constitucionalmente como sujeto jurídico-político por extensión del sujeto hegemónico universal -el hombre- ha carecido de independencia y autonomía con respecto al abstracto universal masculino, razón por la que, en lo que respecta a la regulación de los contenidos propiamente normativos, no ha tenido la condición de sujeto titular de los derechos más importantes del Estado moderno. La norma constitucional, en especial desde la aparición del Estado social y democrático de derecho, se revela como la principal herramienta jurídica para la adquisición del estatus ciudadano con todo su catálogo de derechos y deberes. Consecuentemente, la constitucionalización de derechos con perspectiva de género recogidos recientemente en leyes orgánicas u ordinarias sería la vía idónea para modificar la estructura patriarcal del Estado. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que determinados Estatutos de Autonomía, como norma institucional básica de las Comunidades Autónomas, ya han intentado introducir con mayor o menor fortuna esta perspectiva de género. Las recientes reformas estatutarias han incidido singularmente en la igualdad de mujeres y hombres a través de diversos mecanismos. En lo que atañe a la conciliación se acoge el particular compromiso de procurar la compatibilidad de la vida familiar y laboral en los Estatutos Valenciano, Catalán, Andalúz, Balear, Aragonés y Castellanoleonés²⁹. Especialmente destacable es el Balear por cuanto al vincular la no

²⁸ Sevilla Merino, Julia, "Igualdad, paridad y democracia". *Cit.*

²⁹ Cataluña:

Art. 40. Protección de las personas y de las familias 1. Los poderes públicos deben tener como objetivo la mejora de la calidad de vida de todas las personas.

2. Los poderes públicos deben garantizar la protección jurídica, económica y social de las distintas modalidades de familia previstas en las leyes, como estructura básica y factor de cohesión social y como primer núcleo de convivencia de las personas. Asimismo, deben promover las medidas económicas y normativas de apoyo a las familias dirigidas a garantizar la conciliación de la vida laboral y familiar y a tener descendencia, con especial atención a las familias numerosas.

Andalucía:

Artículo 168. Conciliación de la vida laboral, familiar y personal: La Comunidad Autónoma impulsará políticas que favorezcan la conciliación del trabajo con la vida personal y familiar.

Baleares:

Artículo 17 No discriminación por razón de sexo: 1. Todas las mujeres y hombres tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal, y a vivir con dignidad, seguridad y autonomía.

2. Las Administraciones públicas, según la Carta de Derechos Sociales, velarán en todo caso para que las mujeres y los hombres puedan participar plenamente en la vida laboral, social, familiar y política sin discriminaciones de ningún tipo y garantizarán que lo hagan en igualdad de condiciones. A estos efectos se garantizará la conciliación de la vida familiar y laboral.

3. Todas las personas tienen derecho a no ser discriminadas por razón de su orientación sexual.

Aragón:

Artículo 26 Empleo y trabajo: Los poderes públicos de Aragón promoverán el pleno empleo de calidad en condiciones de seguridad; la prevención de los riesgos laborales; la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo; la formación y promoción profesionales, y la conciliación de la vida familiar y laboral.

Castilla León:

Artículo 16. Principios rectores de las políticas públicas: Los poderes públicos de Castilla y León deben orientar sus actuaciones de acuerdo con los principios rectores que establecen la Constitución y el presente Estatuto. En el ejercicio de sus competencias, deben promover y adoptar las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de los siguientes objetivos: 13. La protección integral de las distintas modalidades de familia, garantizándose la igualdad de trato entre las mismas, favoreciendo la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, la información, formación y orientación de las familias y la atención a las familias con necesidades especiales.

discriminación por razón de sexo con el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad (art. 17.1) para a continuación referirse a la conciliación (ap.2) configura una regulación avanzada en la dirección de contemplar los derechos de conciliación en toda su naturaleza y alcance.

La ausencia de perspectiva de género en la Carta Magna española, se explica en cierto modo por el hecho de que la propia redacción del texto se llevó a cabo con la ausencia del enfoque que sin duda hubieran aportado a su desarrollo las políticas feministas. En la Ponencia Constitucional que redactó el Anteproyecto sólo participaron siete hombres y en la correspondiente Comisión de Asuntos Constitucionales sólo estuvo presente una mujer, Teresa Revilla López, del partido conservador de la UCD. Lo cierto es que son numerosos los aspectos de la redacción final en los que se refleja esa ausencia de perspectiva, aunque no cabe duda de que nuestra norma suprema constituyó un importante avance en la igualdad de derechos de la mujer. Para Balaguer, la falta de reconocimiento del hecho esencial de la desigualdad histórica en la Constitución es uno de sus mayores inconvenientes: “No reconocer el retraso de la mujer respecto del hombre ha tenido como consecuencia dar siempre por sobreentendida una igualdad que no existía”³⁰.

En general, la ausencia de perspectiva de género en nuestro ordenamiento jurídico, como nos dice Teresa Pérez del Río, ha hecho que “las normas adoptadas hasta el momento en materia de género, no han cumplido adecuadamente ninguno de los requisitos señalados: no han definido bien las conductas prohibidas, no han contado con instrumentos procedimentales y sancionadores adecuados para la tutela antidiscriminatoria y han sido escasos los instrumentos promocionales adoptados, muchas veces contradictorios con los objetivos que deberían perseguirse. Pero sobre todo, no han sido suficientemente conocidas o aplicadas, al menos no en toda su significación y alcance, ni por los operadores jurídicos ni por los interlocutores sociales, ni por sus destinatarios. En resumen no ha existido o al menos no se ha demostrado la existencia de una voluntad política firme de terminar con la situación de discriminación de las mujeres y de conseguir que la igualdad de género sea real y efectiva como exige la Constitución en su art.9.2”³¹. En este sentido las recientes reformas de los Estatutos de Autonomía vienen de alguna manera a enmendar esta situación al incidir en la perspectiva de género como un valor fundamental que debe guiar todas las políticas públicas. Así son de destacar el Estatuto Catalán o el Andaluz, a modo de ejemplo, que reiteran con diversas fórmulas el mandato del art. 9.2 de la CE pero con alusiones específicas a la igualdad de género o a la lucha contra el sexismo³².

³⁰ Balaguer, María Luisa, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, 1º ed., Feminismos (Madrid: Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 2005).

³¹ Pérez del Río, Teresa, “La discriminación por razón de género. Las fuentes reguladoras”, *Actum Social*, Enero 2008.

³² Ruiz Seguí, Soledad, “Análisis y evaluación de las políticas de igualdad en el Estado Social y Democrático de Derecho: marco constitucional y estatutario”, en *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía* (Madrid: INAP-Goberna, 2005). Tal y como nos expresa esta autora, en el caso del Estatuto de Andalucía, la voluntad de extender de forma transversal la perspectiva de género en las políticas públicas constituía un objetivo fundamental desde el mismo inicio del procedimiento de reforma.

1.4. La construcción del género en el ordenamiento jurídico laboral

Dado el objeto de análisis de nuestro trabajo, nos limitaremos a realizar, aunque sea someramente, un repaso a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo concerniente al principio de igualdad de acceso y permanencia en el mercado laboral de mujeres y hombres.

Afirma Balaguer³³ que la relación entre el derecho laboral y el género es especialmente importante en la construcción de la igualdad, siendo uno de los sectores del ordenamiento jurídico donde este principio más ha evolucionado. Entre otros motivos porque dada la exigua regulación de la situación de la mujer en la Constitución, el Tribunal Constitucional ha tenido que ir construyendo un cuerpo de doctrina sobre el principio de igualdad y no discriminación por razón de género, si bien la misma presenta las contradicciones e incoherencias de una institución que se renueva periódicamente y que en el caso del género no comparte de forma unánime una visión global acerca de las teorías feministas que apoyan y sostienen la necesidad de llegar a la igualdad plenamente efectiva entre mujeres y hombres. Y es que las consecuencias de aplicar a la desigualdad de género instrumentos jurídicos como la razonabilidad o la justificación de la discriminación, sin considerar sus propias especificidades, ha dado lugar a una jurisprudencia algunas veces confusa e incluso contradictoria.

En una primera etapa caracterizada por lo que podríamos denominar “indiferenciación de género” encontramos una ausencia total de esa perspectiva, así como un marcado rigor formal en la interpretación del art. 14 CE y una identificación de las medidas protectoras con los principios generales del derecho laboral y la teoría de los derechos adquiridos, que exige la extensión a los hombres de aquellos derechos que disfrutaban las mujeres. El Tribunal Constitucional había entendido que todos aquellos derechos que se incorporaban al contrato de trabajo, de forma individual o colectiva, entraban a formar parte de los derechos adquiridos de los trabajadores, que en un Estado Social y democrático de derecho eran conquistas irreversibles que no podían eliminarse. Así, extendió durante esta etapa a los hombres una serie de condiciones de trabajo sobre descansos y nocturnidad, que la legislación franquista mantenía en el trabajo de las mujeres.

En una segunda etapa de “diferenciación de género”, y siendo consciente el Tribunal Constitucional de los efectos futuros que estas sentencias podrían tener en el ordenamiento jurídico-laboral, cambia el criterio respecto de la extensión de estos “beneficios” y deja de considerarlos derechos, sino más bien medidas paternalistas del franquismo respecto de las mujeres que no deben extenderse en su aplicación. La STC 19/1989 de 31 de enero rompe definitivamente esta igualdad por arriba, manteniendo ciertas posiciones favorables a la mujer, que no se van a extender al hombre y cuya línea de razonamiento aparece ya desvinculada del análisis puramente formal respecto de la igualdad de mujeres y hombres. La sentencia considera que no son equiparables las posiciones de ambos en el sector productivo:

³³ Balaguer, María Luisa, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género. Cit.*, p.259.

no hay ahora ya extensión de las medidas protectoras de la mujer al hombre, sino de estas medidas a las mujeres en compensación de otras pérdidas históricas. Y en ese sentido la STC 76/1990 fija criterios importantes acerca de cómo debe interpretarse el derecho de igualdad reconocido en la Constitución. Esta línea de razonamiento entra ya de lleno en la igualdad material que el Tribunal Constitucional mantendrá inalterable.

En resumen, esta segunda etapa se caracteriza por lo siguiente:

- Las solicitudes de amparo rebasan la consideración histórica de la reparación de daños y se adentran en la legislación postconstitucional y las posibilidades de un control de constitucionalidad de las normas laborales que han sido ya aprobadas en la etapa democrática, pero que pueden contener un trato discriminatorio.

-Surgen situaciones específicas que no se relacionan para nada con las condiciones de trabajo de los hombres –meramente biológicas-, y por tanto exigen respuestas específicas de género.

-El avance legislativo del Estado Social somete al Tribunal Constitucional a un control normativo que también precisa la construcción de un concepto de igualdad material, dado que el Tribunal tiene que validar constitucionalmente leyes que establecen medidas de acción positiva de colectivos socialmente marginados del mercado laboral.

Esta segunda etapa, que no tiene una evolución lineal sino que está sometida a avances y retrocesos, acaba sin embargo por imponerse a lo largo de la década de los noventa, reafirmandose progresivamente.

En un paso más, el Tribunal tendrá que diferenciar entre medidas protectoras contrarias a la igualdad y medidas de fomento de la igualdad, como las acciones positivas, sustentadas en base al art. 9.2 CE. Para ello establece el criterio distintivo de que esa norma surja por una desigualdad de partida y tenga como finalidad la igualdad, algo que no ocurre en las normas protectoras. En función de este análisis surge un importante elemento de construcción de la igualdad: las acciones positivas. Y a partir de aquí se invierte el razonamiento, pasando del análisis de la igualdad formal a la igualdad real. Si hasta ese momento el Tribunal Constitucional ha considerado que hechos iguales debían alcanzar las mismas consecuencias jurídicas, a partir de esta sentencia, el proceso de razonamiento será que los mismos hechos puedan alcanzar diferentes consecuencias jurídicas, si esa diferencia está justificada por la posición en la que se encuentran los grupos aparentemente desfavorecidos. Pero esa nueva consideración del derecho de igualdad, buscando la igualdad material, y con un mayor contenido de justicia distributiva, es, desde el punto de vista técnico, mucho más difícil de instrumentar para resolver satisfactoriamente la igualdad material.

Esta búsqueda de la igualdad material obliga al Tribunal a introducir el concepto europeo de “discriminación indirecta”. La discriminación indirecta exige una labor de indagación, dice el Tribunal Constitucional, acerca de lo que aparentemente no es discriminatorio porque, en abstracto, tenga una justificación objetiva razonable, pero en el

fondo encubre una discriminación. Así, en la STC 145/1991 ya se utiliza este concepto al estimar el recurso de amparo de discriminación de diferencias salariales entre limpiadoras y peones, que había sido desestimado en la jurisdicción ordinaria por no tratarse de la misma categoría profesional, lo que justificaba diferentes salarios. Un avance importante en la doctrina de la discriminación indirecta lo constituye asimismo la STC 41/1999 que considera discriminatorio el sistema de contratación de una empresa que sistemáticamente evita contratar a mujeres en sus ofertas de trabajo. En este caso, el Tribunal considera que el principio dispositivo que rige el proceso laboral debe atenuarse con un principio de investigación del juez tendente a facilitar la actividad probatoria de esos indicios de la parte actora, y que hubiera puesto de manifiesto cómo a veces los criterios neutros producen un resultado adverso en la contratación. Y en estos casos, cabe poner límites a la libertad empresarial. Sin embargo, la importancia de tales afirmaciones se minimiza si tenemos en cuenta que el Tribunal Constitucional finalmente no aplica el art. 144 CE sino el art. 24.1 CE, atinente a la falta de tutela, con lo que no se condena directamente a la empresa, sino que únicamente se retrotraen las actuaciones para facilitar la actividad probatoria. A través del mecanismo que ofrece la discriminación indirecta el Tribunal puede profundizar en un procedimiento hasta llegar a conocer todas las circunstancias impeditivas de un derecho, sin sujeción a los mecanismos rígidos que hasta entonces habían condicionado la aplicación del art. 14 CE, porque el análisis del supuesto de hecho, cuando se utiliza la discriminación indirecta, lo que hace es un sencillo planteamiento de reversibilidad. Si este supuesto en el caso de las mujeres tiene efectos distintos que en el caso de los hombres, y si la conclusión resulta positiva, entonces es porque se está produciendo una discriminación indirecta.

En cuanto a las características fisiológicas de la mujer y su relación con el acceso y permanencia en el empleo, el Tribunal Constitucional ha abordado principalmente dos cuestiones:

-La maternidad: Los problemas relacionados con el despido de la mujer embarazada se remontan a muchos años atrás y el TC ha hecho una de sus contribuciones más firmes a la doctrina de los despidos discriminatorios enfrentándose a ellos. Con anterioridad a la publicación de la LCVFL 39/1999, la redacción del Art. 55 del ET establecía los siguientes criterios:

a) Si el motivo real del cese era el embarazo de la trabajadora el despido era nulo radical.

b) Si la trabajadora aportaba indicios de la existencia de móvil discriminatorio, correspondía a la empresa la carga de acreditar que su decisión extintiva obedecía a causas reales y ajenas a la vulneración del derecho fundamental y a la no discriminación. Para ello, además se requería que la empresa conociese la existencia del embarazo.

La publicación de la LCVFL 39/1999 supuso un paso adelante introduciendo una nueva redacción del Art. 55.5 b) ET: el despido de la trabajadora es nulo desde el comienzo del

embarazo hasta la terminación del periodo de suspensión siempre que no se califique como procedente. Ello, como decimos, supuso un avance en el sentido de que parecía no ser necesario ya que la empresa conociese dicha situación, otorgándosele una protección objetiva al embarazo con independencia de que hubiese o no motivos discriminatorios detrás de la decisión extintiva. Esta cuestión del conocimiento o no por la empresa del estado de gestación de la mujer dio lugar a multitud de divergentes interpretaciones judiciales, siendo el Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de julio de 2006, Rec. 387/05 en unificación de doctrina, aunque con un importante voto particular, el que interpretó dicho precepto en el siguiente sentido:

1º) Para que el despido de la mujer embarazada fuese nulo tenía que ser discriminatorio.

2º) Para ser discriminatorio, a su vez, la empresa debía conocer la situación de embarazo.

Los argumentos, a grandes rasgos, del Tribunal Supremo fueron los siguientes:

- a) La LCVFL 39/1999 concibió dicha calificación como un supuesto particular de “despido discriminatorio”; esto es, despido nulo por lesión de derechos fundamentales que se apoyaba en el principio de seguridad del art. 9.3. CE
- b) Que una de las fuentes de inspiración de la LCVFL 39/1999 era la propia Directiva 92/1985 que exigía la comunicación por la trabajadora de su embarazo a la empresa como requisito para la activación de los derechos y garantías previstos en la Ley.

El debate sobre el conocimiento o no por la empresa de la situación de gestación acabó finalmente en el Tribunal Constitucional y se resolvió con la STC 92/2008, en cuyo razonamiento el tribunal viene a exponer que la nueva redacción del Art. 55.5.b), introducida por la LCVFL 39/1999, lo que hacía era añadir al régimen de nulidad de los despidos discriminatorios una protección más intensa consistente en que basta la situación de embarazo -y por supuesto la inexistencia de causa procedente extintiva- para que se declare el despido nulo, y ello porque se trata de una “nulidad objetiva” que opera al margen de que existan o no indicios de trato discriminatorio. Por otra parte, el hecho de que la Directiva 92/1985 prevea la comunicación del embarazo es irrelevante para el TC, puesto que la LCVFL 39/1999 proporciona una protección que mejora ese mínimo comunitario. Por último, no considera tan relevante el propósito de la norma frente a los despidos discriminatorios, porque esa finalidad no excluye la elección de la nulidad objetiva del despido como instrumento de lucha contra la discriminación, sino que permite una tutela más completa y más efectiva, pues exime a la trabajadora de la obligación de comunicar el embarazo y de probar la existencia de indicios, incluido el conocimiento; una prueba bastante difícil en muchos casos. En orden a la tesis de la nulidad objetiva automática establecida en esta sentencia del TC, el Tribunal Supremo ha tenido que rectificar su jurisprudencia en su sentencia TS 1758/2008 de 16 de enero de 2009 estableciendo por consiguiente que el artículo 55.5.2º ET), al ordenar la calificación de nulidad para el despido no justificado de una trabajadora embarazada, contiene una garantía objetiva y

automática, que no exige la presencia de móvil discriminatorio y que despliega su eficacia al margen de que el empleador conozca o no el estado de gestación.

-La fuerza física: La STC 147/1995 exige dos condiciones para que no sea inconstitucional el esfuerzo físico: que sea un elemento de diferenciación decisivo y que no sea el único sino que se relacione con otros. Sin embargo, con esta jurisprudencia no se agotan materialmente las posibilidades de que se siga produciendo una discriminación indirecta en relación con la catalogación de los puestos de trabajo, porque aunque esta catalogación sea neutra, la adscripción a esos puestos, una vez creados, es una decisión empresarial, que de forma casi inevitable derivará en ubicar en los mismos a hombres, que en general tienen una mayor fuerza física. De ahí la exigencia de que el criterio de fuerza se deba combinar con otros, pero en abstracto esta definición de puestos de trabajo se presta a múltiples arbitrariedades. La única posibilidad en ese sentido sería la de introducir todos estos criterios en la negociación colectiva con perspectiva de género, pese a lo cual determinados puestos de trabajo tendrán limitadas las posibilidades por las circunstancias que conllevan.

Finalmente, en cuanto a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y su tratamiento por el TC, tratándose del tema central que ocupa nuestro trabajo, dedicaremos el último apartado de este capítulo a un análisis detenido.

a) Influencia de la normativa internacional y comunitaria en la LOI 3/2007.

Como hemos visto, el sector del ordenamiento jurídico que tiene por objeto el desarrollo del derecho fundamental a la igualdad entre mujeres y hombres y la prohibición de discriminación, está compuesto por normas de todo tipo de rango y origen que suponen una verdadera tutela multinivel. Sin embargo, pese a su cuantioso desarrollo normativo tanto internacional como comunitario, en nuestro país el ordenamiento jurídico-laboral en materia de género ha ido avanzando lentamente hasta la aprobación de la LOI 3/2007. Pérez del Río se lamenta de la frecuencia con la que los poderes públicos, los operadores jurídicos y los interlocutores sociales han ignorado reiteradamente tanto la existencia de normas internacionales como, lo que es más grave, las de Derecho comunitario y la Jurisprudencia del TJUE en materia de género, ámbito que sin duda constituye uno de los más desarrollados y sobre el que actúa el principio *iura novit curia*. Este desconocimiento, para la autora, podría haber sido a su vez la causa del incumplimiento reiterado por parte de los poderes públicos con potestad normativa de nuestras obligaciones comunitarias³⁴. Pese a ello es indudable la influencia que tanto el derecho internacional como comunitario han tenido en la LOI 3/2007. Por lo que respecta al primero, es de destacar la importancia que cobra la transversalidad para la consecución de la igualdad efectiva o material se refleja en la prevención de las conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad

³⁴ Pérez del Río, Teresa, "La discriminación por razón de género. Las fuentes reguladoras". *Cit.*

implicando tal opción necesariamente una proyección del mismo sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad. De ahí la consideración fundamental de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del texto de la LOI 3/2007.

A su vez, la noción de empoderamiento³⁵, en su vertiente política, tiene su reflejo en la LOI 3/2007 y se manifiesta en una serie de medidas adoptadas con la intención de acometer esa falta de equilibrio estableciéndose criterios generales de actuación a favor de la igualdad para el conjunto de las Administraciones públicas y, concretamente en el capítulo II, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos de órganos directivos de la Administración General del Estado, que se aplica también a los órganos de selección y valoración del personal y en las designaciones de miembros de órganos colegiados, comités y consejos de administración de empresas en cuyo capital participe dicha Administración. A la vez, se insta a fomentar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles, concediendo para ello un plazo razonable, e igualmente se consagra el principio de presencia equilibrada en las listas electorales. No cabe duda de que una mayor presencia femenina en los centros de decisión redundará, en lo que a políticas de conciliación se refiere, en una mayor sensibilidad y disposición hacia su efectiva articulación.

Por lo que respecta a la influencia del derecho comunitario en la LOI 3/2007, vemos cómo, en el marco de las políticas públicas para la igualdad, se alude a la transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres que debe informar la actuación de todos los poderes públicos. De este modo las Administraciones lo han de integrar de forma activa en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos, así como en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades (art. 15 LOI 3/2007). Siguiendo el concepto comunitario, se señala que el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de maternidad, asunción de obligaciones familiares y el estado civil (LOI 3/2007 art.3). Se considera que el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal se ha de integrar y observar en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (LOI 3/2007 art.4).

³⁵ El empoderamiento de las mujeres, en el sentido de valorar y fortalecer sus formas de hacer, de ejercer el poder y de relacionarse es uno de los principios rectores del Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2008-2011, encargado de la aplicación de la LOI 3/2007 concretando los objetivos en los que los poderes públicos han de centrar sus actuaciones, así como coordinando los distintos niveles de las Administraciones Públicas y estamentos sociales. El concepto de empoderamiento se aplicará desde una doble vertiente: por una parte, referido a la capacidad de las mujeres para acceder a aquellos puestos donde se toman decisiones, por otra, a la revalorización de la aportación de las mujeres.

En lo que se refiere a las directivas comunitarias, la LOI 3/2007 incorpora al ordenamiento español dos de ellas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro, y que tiene su transposición en el Título VI de la LOI 3/2007, arts. 69 y siguientes. Así, en la LOI 3/2007 se introducen los relevantes conceptos comunitarios que asumen, a su vez, los establecidos en algunas directivas, en relación con la discriminación por razón de sexo, el acoso discriminatorio o las acciones positivas para hacer efectivo el derecho de igualdad.

Por otra parte, la Directiva 97/80/CE relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo incorpora a la LOI 3/2007 (art. 13) garantías de carácter procesal para reforzar la protección judicial del derecho de igualdad.

Igualmente, en la disposición final cuarta de la LOI 3/2007 se establece la transposición de esta Directiva a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, modificando los arts. 188.1, 217 y añadiendo el 11 bis y a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con la modificación de los artículos 19.1 y 60. Del mismo modo, la Directiva 2006/54 CE, que refunde una serie de normativa anterior en materia de igualdad laboral entre mujeres y hombres tiene su aplicación directa en la LOI 3/2007. Esta Directiva ha de entenderse no como una nueva regulación de las condiciones de igualdad entre mujeres y hombres, sino como la unificación de todas aquellas normas que se habían venido implantando en las últimas décadas, con la finalidad de darles congruencia, cuyos conceptos podían ser reiterativos, ofreciendo mayor coherencia en todos aquellos aspectos relacionados con la igualdad en el salario, seguridad social, pensiones y condiciones de trabajo. La Dir/2006/54/CE, en cumplimiento del art. 21, asume un objetivo esencial: incentivar la implicación de los interlocutores sociales en la aplicación del derecho a la igualdad y en la eliminación de la situación de discriminación de las mujeres. A este objetivo dedica la LOI 3/2007 el Capítulo III del Título IV en su integridad mediante la creación del marco en que los interlocutores sociales han de moverse en sus relaciones negociales.

Ciertamente la normativa internacional y comunitaria ha impregnado de una manera muy positiva nuestro ordenamiento jurídico en materia de igualdad y género, posibilitando un importante avance desde la igualdad formal proclamada en nuestra Constitución de 1978 a la igualdad real y efectiva que se persigue en la actualidad. En lo que a conciliación se refiere, la LOI 3/2007 en la medida en que incentiva la corresponsabilidad, propugna la ruptura de roles y estereotipos sociales, utiliza los instrumentos adecuados promovidos por la UE para garantizar una mejor aplicación del principio de transversalidad y del empoderamiento de las mujeres, establece las herramientas necesarias para eliminar la discriminación de género y, en

definitiva, promueve la igualdad, está permitiendo que la desarrollada normativa europea e internacional en materia de género “impregne” a nuestros poderes públicos y agentes sociales y tenga por fin su efectiva aplicación en nuestro ordenamiento. Complementariamente, otras iniciativas legislativas y propuestas entroncan con la LOI 3/2007: la Ley de Dependencia, el Plan Concilia en la Administración Pública, las “54 Medidas para la Igualdad”, la Ley de Violencia de Género, el Plan de Ciudadanía e Integración..., amén de los Estatutos de Autonomía; éstas y muchas otras herramientas son necesarias para trabajar en el área empresarial y en la Administración, integrando plenamente a las mujeres y mejorando la calidad de ambos sectores en el reforzamiento de nuevas políticas sociales y de bienestar para toda la ciudadanía sin distinciones de género.

b) Marco normativo en materia de conciliación.

Una vez analizada la importancia del principio de igualdad y no discriminación en la construcción jurídica del género, pasamos a estudiar una de sus relevantes concreciones: los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Nuestra normativa interna ha evolucionado también en este punto de forma paralela a la comunitaria, como veremos a continuación.

Siguiendo a Rosa Quesada Segura y Lucía Martín Rivera, podemos afirmar que “el Derecho del Trabajo en Europa se creó pensando en un trabajador hombre del sector industrial a jornada completa y responsable del sostén económico de la familia que no precisa medidas de conciliación porque no se le considera responsable de las tareas domésticas”³⁶. Respondiendo a esta división del trabajo tradicional, los permisos por maternidad son las medidas con más tradición en materia de conciliación, según ha estudiado Laura Nuño Gómez³⁷: inicialmente se implantaron en Europa durante el período 1870-1929, si bien es cierto que al no contemplar una tasa de reemplazo salarial mínima su uso o frecuencia sería muy residual. La primera regulación internacional en relación a su obligatoriedad y remuneración fue adoptada en 1919 por la entonces recién creada Organización Internacional del Trabajo (OIT) con la aprobación del Convenio nº 32, sobre la protección de la maternidad, donde aparecen las primeras medidas relacionadas con la obligatoriedad del permiso, la determinación de su duración y retribución, así como la ilegalidad del despido por hacer uso de él.

Partiendo de estos principios, el lento camino de implantación de las políticas de género, y más particularmente de conciliación, cuenta con algunos precedentes, en primer lugar aún no propiamente comunitarios, como la Carta Social Europea de Turín, de 1961 -en el marco del Consejo de Europa-, que en su art. 27 impone a las partes la adopción de medidas

³⁶ Rosa Quesada Segura y Lucía Martín Rivera, “Los derechos laborales y económicos de la mujer”, en *Género y Derechos Fundamentales*, 1º ed. (Granada: Comares, 2010), pp. 379-409.

³⁷ Nuño Gómez, Laura, “Análisis comparado del tratamiento de la conciliación de la vida familiar y laboral en los países de la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2010.

apropiadas para garantizar a los trabajadores con responsabilidades familiares el acceso y permanencia en el mercado de trabajo, así como el reintegro después de una ausencia derivada de las mismas, incluyendo medidas de orientación y formación profesional. Asimismo tiene en cuenta las circunstancias de estos trabajadores en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo y promueve el desarrollo de servicios, públicos y privados, en particular de atención diurna de los niños. Por otro lado, establece el derecho de cada progenitor a obtener, durante un período subsiguiente a la licencia por maternidad, un permiso de cuidado de hijos, en las condiciones y duración que establezca cada parte contratante. Asimismo recoge la garantía de que las responsabilidades familiares no han de constituir un argumento válido de extinción del contrato de trabajo. Regulación, como vemos, excesivamente generalista y alejada aún del tratamiento de la cuestión en profundidad.

Nuño Gómez, en un estudio evolutivo de la legislación europea³⁸, menciona asimismo la Resolución del Consejo, de 21 de enero de 1974, relativa al programa de Acción Social, en la que se incluyen entre los objetivos para el período 1974-1976 “esforzarse en conciliar las responsabilidades familiares de todos los interesados con sus aspiraciones laborales” y, además, “emprender acciones con el fin de garantizar la igualdad de hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo y a la formación y promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo, incluidas las retribuciones”. Sin embargo, el carácter de acto atípico no vinculante de las Resoluciones restaría eficacia a lo adoptado. Y es que no es en realidad hasta los años noventa, al amparo del acuerdo sobre política social anexo al Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht (1992), cuando la conciliación se considera una finalidad relevante para la normativa comunitaria³⁹. A lo largo de esa década se aprobaron una gran variedad de disposiciones normativas y documentos vinculantes sobre la materia, entre los cuales destaca por su relevancia el Libro Blanco sobre Crecimiento, Competitividad y Empleo (1993), que sirvió para potenciar la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral e introdujo por vez primera estrategias y mecanismos encaminados a la gestión de la conciliación de la vida familiar y laboral en el marco del crecimiento y la competitividad. El cambio cualitativo que supuso se cifra en que las políticas de conciliación dejarían de ser consideradas como meras estrategias voluntaristas encaminadas a integrar a las mujeres en el empleo para pasar a ser consideradas, además, medidas para fomentar la competitividad y flexibilidad de las empresas, algo que, como veremos, ha resultado ser una de las causas de la falta de eficacia de las políticas de conciliación. Otros instrumentos aprobados durante el decenio de 1990 de importancia en materia de conciliación fueron:

³⁸ Nuño Gómez, Laura, “Evolución de la política comunitaria en materia de empleo: igualdad de género y conciliación de vida familiar y laboral”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, semestre 2, 2009.

³⁹ Prueba de ese atraso es que incluso la incorporación a la normativa europea de las medidas contempladas por la OIT en materia de maternidad que hemos visto no se produjo hasta mediados de los años ochenta con la aprobación de la Directiva 86/378/CEE de 24 de julio y la Directiva 86/613/CEE de 11 de diciembre.

- La Recomendación del Consejo 92/241/CE de 31 de marzo de 1992, con objeto de fomentar iniciativas para hacer compatibles las responsabilidades profesionales, familiares y educativas, en la cual se definen por vez primera estrategias concretas sobre cuatro ámbitos: el desarrollo de servicios de cuidado para progenitores laboralmente activos o en período de formación; la introducción de cambios en la organización del trabajo como flexibilización de horarios o la creación de servicios y espacios que faciliten la conciliación; campañas de sensibilización dirigidas a implicar a los hombres en la corresponsabilización familiar; y la implantación de permisos parentales. Se apunta asimismo, aunque con excesiva generalidad, a juicio de la autora, la corresponsabilidad tanto de las autoridades nacionales como de las regionales o locales, así como de los interlocutores sociales, en el desarrollo de las medidas necesarias para facilitar la conciliación.
- La Directiva 1992/85/CEE, de 19 de octubre, de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que contenía una serie de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, ciñéndose en exclusiva a los aspectos relativos a los riesgos laborales.
- La Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre (modificada por la Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000), que incluyó figuras orientadas a flexibilizar los tiempos de trabajo como la jornada fluida, la capitalización del tiempo de trabajo, la posibilidad de compartir un puesto de trabajo, el trabajo a domicilio o el teletrabajo.
- La Directiva 1996/34/CE de 3 de junio de 1996, relativa a la aplicación del Acuerdo Marco sobre el permiso parental, que supone un paso adelante al establecer que los Estados miembros deben garantizar un permiso parental de tipo individual a todos los trabajadores, ya sean hombres o mujeres, con ocasión del nacimiento o adopción de un hijo que les permita cuidar del mismo durante un período mínimo de tres meses y hasta cierta edad que deben definir los Estados, y que puede ser la de cumplimiento de ocho años por el menor. En principio, el derecho, además de individual debe ostentar la condición de no transferible, cabiendo que los Estados exijan una previa prestación de servicios durante un período de tiempo que no puede exceder de un año. Por lo demás, la Directiva confía a los Estados la posibilidad de que el permiso se disfrute a tiempo parcial, de forma fragmentada o incluso en un régimen de "crédito de horas". Asimismo recoge la garantía de que los trabajadores que hayan solicitado la licencia parental no sean despedidos y ocupen el mismo o similar puesto a su retorno, con respeto de los derechos adquiridos o en proceso de adquisición.
- La Directiva 97/81/CE de 15 de diciembre, del Consejo relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, que estableció un marco general para la eliminación de

discriminaciones en relación con las y los trabajadores a tiempo parcial y contribuyó a su desarrollo como instrumento para facilitar la conciliación.

La conciliación, recuerda Nuño Gómez⁴⁰, pasará a tener una posición neurálgica tras la aprobación del Tratado de Ámsterdam (1997) que vinculó como aspectos inseparables la empleabilidad y la conciliación, teniendo en cuenta asimismo que la igualdad es un principio fundamental en la Unión Europea desde la entrada en vigor de dicho tratado, el 1 de mayo de 1999. Las sucesivas convocatorias de las Cumbres Europeas de Empleo –celebradas al amparo del nuevo Título de Empleo aprobado por el Tratado- traducirían en actuaciones concretas las propuestas programáticas del mismo. Así, en el Consejo Europeo sobre Empleo, celebrado en noviembre de 1997 en Luxemburgo, se acordó que la igualdad de oportunidades representaba uno de los objetivos que debían guiar las directrices de la Estrategia Europea de Empleo. En la sesión del Consejo Europeo celebrada los días 23 y 24 de marzo de 2000 en Lisboa, se produce, no obstante, un salto cualitativo al fijar márgenes de resultados concretos en lo relativo a la empleabilidad de las mujeres. No obstante, señala Nuño Gómez, “este cambio estratégico vino condicionado por la toma de conciencia de la debilidad que representaba a medio plazo el descenso de las tasas de natalidad, el consecuente envejecimiento de la población que de ello se derivaba y los problemas que conllevaría de cara a la sostenibilidad del sistema de protección social vigente, no incrementar la tasa de población activa”. Planteamientos, como vemos, muy alejados de una perspectiva de género y del principio de igualdad recogido en el Tratado de Amsterdam, y que responden a la concepción de la mujer en su exclusiva función reproductora, singular concepción utilitarista que se vincula con los sistemas de Seguridad Social del Estado del Bienestar. De una manera u otra, no obstante, continúan adoptándose herramientas a favor la conciliación de la vida familiar y laboral, entre ellas su recepción en la Carta de derechos fundamentales de la UE, proclamada con ocasión del Consejo celebrado en Niza, el 7 de diciembre de 2000, y en las siguientes disposiciones normativas: Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, por la que se modifica la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, que contiene algunas disposiciones relacionadas con el derecho al reintegro tras la finalización del permiso de maternidad, y el derecho a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante

⁴⁰ Nuño Gómez, Laura, “Análisis comparado del tratamiento de la conciliación de la vida familiar y laboral en los países de la Unión Europea”. *Cit.*

su ausencia por dicho permiso, proponiendo también infraestructuras y servicios encaminados a facilitar la conciliación.

En el ámbito no estrictamente vinculante, la Decisión 2000/228/CE del Consejo, de 13 de marzo de 2000, relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2000, recoge la necesidad de introducir medidas encaminadas a la conciliación de la vida familiar y laboral como refuerzo de las políticas de igualdad de oportunidades. Y el Consejo de Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales aprobó el 29 de junio de 2000 una resolución relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar⁴¹. Esta resolución es particularmente relevante por cuanto aborda objetivos específicos que inciden en tres grandes ejes: la creación de servicios de carácter público para la atención de las responsabilidades familiares; la promoción de las medidas encaminadas a profundizar en la sensibilización en materia de corresponsabilización de hombres y mujeres y, por último, la prestación de apoyos e incentivos a la iniciativa empresarial comprometida con estrategias o servicios encaminados a facilitar la conciliación. Pero además invita a establecer “un nuevo contrato social entre los sexos” que supera la visión clásica del Derecho del Trabajo a que hacíamos referencia al comienzo de este apartado. Esta mención no es desdeñable por cuanto vincula la adopción de medidas a favor de la conciliación a un problema de fondo, el de los roles atávicos en torno al trabajo y las dimensiones pública y privada del ser social, superando con ello la limitada vinculación a concretos objetivos económicos o eugenésicos que aparecían en textos legislativos precedentes, como hemos visto. Resulta significativo, en cualquier caso, y contemplándolo con perspectiva, que no sea hasta la década del año 2000 cuando encontremos una declaración semejante en la normativa comunitaria.

Como complemento al desarrollo legal o normativo, la Unión Europea ha puesto en marcha diversos Planes o Programas de Acción, de carácter cuatrianual, para impulsar y promocionar la igualdad de oportunidades y la conciliación de la vida laboral y familiar. El Primer Plan de Acción para la Igualdad (1982-1985) centró sus esfuerzos en la promoción de la igualdad de género en el empleo; la corresponsabilización de mujeres y hombres en el trabajo doméstico y asalariado no se incorporaría hasta el Segundo Programa (1986-1990), aun –una vez más- a título genérico, sin estar unido a acciones concretas, que sí existirán en el Tercer Programa de Acción Comunitario (1991-1995), donde se pone en marcha la iniciativa NOW (New Opportunities for Woman). Esta acción introdujo la perspectiva de género en la política estructural de la Unión Europea, favoreciendo las estrategias del *mainstreaming*, y fue sustituida en el año 2000 por la Iniciativa Comunitaria EQUAL. Ese mismo año, se aprobó la Estrategia Marco comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), a la que

⁴¹ “El comienzo del siglo XXI constituye un momento simbólico para la concreción del nuevo contrato social entre los sexos, en el que la igualdad de hecho de hombres y mujeres en la esfera pública y la esfera privada se asuma socialmente como condición de democracia, supuesto de ciudadanía y garantía de autonomía y de libertad individuales, con repercusiones en todas las políticas de la Unión Europea”. (DO L 72 de 21.3.2000:15).

siguió el V Programa de Acción Comunitario (2001-2006) y el Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres (2006-2010) aprobado por la Comisión, una de cuyas seis áreas prioritarias de acción sería “la conciliación de la vida privada y la actividad profesional”. Este último ha tenido continuidad para la década 2010-2020 en el nuevo Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres donde se reflexiona respecto a la conciliación de la vida privada y la actividad profesional en el sentido de que, si bien los acuerdos laborales flexibles presentan muchas ventajas, el hecho de que sean las mujeres las que mayoritariamente los utilicen está repercutiendo de forma negativa tanto para su puesto de trabajo como en su independencia económica. Con el objetivo de evitar este efecto negativo en el trabajo de la mujer, se propone que se adopten medidas para que sean los hombres los que asuman responsabilidades familiares.

En el ámbito del ordenamiento jurídico español, unos incipientes derechos de conciliación aparecen en la Ley de 1900 sobre “condiciones de trabajo de mujeres y niños”, norma laboral que introduce la protección de la mujer en el embarazo y la maternidad y que influiría en la normativa posterior, como la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, que establecía un período de descanso obligatorio de 6 semanas. Esta asimismo contemplaba permisos retribuidos por razones familiares en el art. 67, que como su predecesora Ley del Contrato de Trabajo de 1931 concedía un permiso retribuido de una jornada de trabajo en caso de muerte o entierro del cónyuge, hijos, ascendientes o hermanos; enfermedad del cónyuge, padre e hijos; y por el alumbramiento de la esposa. No es, sin embargo, hasta la LRT de 1976 cuando se reconoce una excedencia laboral de la mujer trabajadora para el cuidado de hijos, puesto que el art. 25.4 establecía que el alumbramiento otorgaba derecho a la trabajadora a obtener una excedencia de hasta tres años a contar desde la fecha del parto. Concluido el período de excedencia la trabajadora podía solicitar su reingreso en la empresa ocupando la primera vacante de su categoría o similar que se produjera. También recogía la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, que cifraba en 14 semanas.

Para M^a Teresa Conde-Pumpido Tourón, el ET quiso integrar la postura del “igualitarismo liberal”, que se funda en una sociedad de iguales que se relacionan entre sí según el principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, explica la autora, las mujeres no tienen libertad de acción y decisión dado que se les presupone la responsabilidad del cuidado y reproducción de la especie, y al no existir entre ellas y los hombres relaciones de reciprocidad. De ahí que “al desconocer los estereotipos sociales y culturales asociados al sexo de las personas, el igualitarismo liberal fracasa”⁴². Esta postura, presente en algunos artículos del ET como el 17 o el 28, cuando el resto de los países europeos habían comenzado ya la búsqueda de normas de conciliación de la vida laboral y familiar, supone que las menciones que

⁴² Conde-Pumpido Tourón M^a Teresa, “La maternidad y la conciliación familiar, dentro de la tutela de la igualdad”, en *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, 1^o ed. (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007), pp. 38-42.

encontramos sobre el tema son mínimas. Así, en su primera redacción de 1980 mantiene básicamente la regulación que el art. 25.4 de la LRT de 1976 -suspensión del contrato de trabajo por maternidad de 14 semanas con ocasión del parto de la mujer-. No obstante introduce como novedad que sea la mujer trabajadora la que se distribuya antes o después del parto el período de disfrute. El art 45.1.d) ET recogía como causa de suspensión “la maternidad de la mujer trabajadora”; el art. 48 -que regulaba la suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo- en su ap. 4 sistemáticamente decía “en el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración máxima de catorce semanas, distribuidas a opción de la interesada”. Nos explica la autora que de esta forma la normativa se sitúa en el supuesto de legislación excepcional, de evidente sesgo liberal: así, la “opción” de la trabajadora en cuanto a su distribución parece dejar sin efecto la obligatoriedad de las seis semanas de descanso puerperal, que recogía ya el convenio 103 OIT (ratificado por España el 26/5/65), como norma de salud de evidente interés público. Además, en tanto que la duración del período suspensivo se califica de máxima, estamos ante una norma “dispositiva” (propia del liberalismo), ya que el período es “reductible” por la mujer. Finalmente, el art. 37.3.b) ET establecía un permiso remunerado de dos días en caso de nacimiento de hijo -un evidente permiso masculino- o de enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, ampliable a cuatro días si fuera preciso un traslado. Este tratamiento de los permisos retribuidos supone algunas mejoras respecto a la legislación anterior, y por otra parte, en lo que respecta a la excedencia por cuidado de hijos, hay que señalar que es precisamente a partir del ET cuando la misma pasa a denominarse de esta forma. Finalmente, el art. 37.4 ET regulaba el permiso o reducción de jornada por lactancia restringiendo el derecho a “las trabajadoras”, norma de evidente carácter proteccionista; titularidad limitada que fue, incluso, convalidada por el TC, en su sentencia de Pleno 109/93, de 25 de marzo, doctrina que se reiteró en la STC 187/1993, de 14 de julio. En referencia a la reducción de jornada, conforme al ap. 5 del art. 37 ET: “Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo a algún menor de seis años o a un disminuido físico o psíquico que no desempeñe otra actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo con la disminución proporcional del salario entre al menos un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla”, norma que se sitúa en el “igualitarismo” al ser la titularidad indistinta; dado que el precedente normativo (art. 25.6 pfo 2 de la LRL) expresamente señalaba que el derecho sólo podía ser ejercitado por uno de los cónyuges, la supresión de tal limitación se interpretó como permisiva del ejercicio simultáneo.

Con posterioridad al ET se aprueba la siguiente normativa de relevancia:

-La Ley 8/92, de 30 de abril donde se amplía la licencia de maternidad a los supuestos de acogimiento.

-La Ley 42/94 de 30 de diciembre dejó de asimilar la maternidad a la situación de incapacidad temporal, configurándose como una contingencia específica.

-El Real Decreto Ley 11/98 de 4 de septiembre, reconoce bonificaciones en la cotización de contratos de interinidad de los trabajadores sustitutos de otros en licencia por maternidad.

Avances importantes para la conciliación los constituyeron las normas de transposición de dos de las directivas básicas de la CEE (ahora UE) a las que nos hemos referido, concretamente la Directiva 1992/85/CEE, de 19 de octubre, y la Directiva 1996/34/CE. Dicha transposición se efectúa a través de la LPRL 31/1995 y de la LCVFL 39/1999. Esta última declara en su Exposición de Motivos que a través de la misma se van a producir “cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar en la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”, y trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones de trabajo y a puestos de especial responsabilidad de las mujeres, fijando pues un triple objetivo:

- a) El reparto equilibrado de responsabilidades, tanto en la vida privada como en la vida profesional.
- b) La mejora del estatus profesional de la mujer-madre trabajadora, mediante la eliminación de obstáculos a los que ésta se venía enfrentando.
- c) El fomento del empleo de carácter estable de cualquier persona con cargas familiares, pero sobre todo de la mujer, lo cual trata de conseguirse mediante el desplazamiento hacia los poderes públicos de gran parte de los costes que hasta ese momento venían soportando las empresas, derivados de los procesos de gestación, lo que en la práctica venía dificultando la contratación de personal femenino.

De acuerdo con Conde-Pumpido, “pese a tal objetivo manifestado, que nos situaría en la perspectiva de género, la igualdad de oportunidades y la socialización de las cargas familiares, la realidad de la reforma está lejos de su supuesta finalidad”⁴³. Las críticas a esta ley se centraron, por una parte, en el hecho de que la reforma, en el ámbito laboral, siguiese la estructura del ET, utilizando las instituciones y figuras ya existentes, lo que perpetuaba su perspectiva de origen e impedía una concepción y comprensión completa de los permisos parentales, como figura única de titularidad indistinta, con diferentes modalidades de ejercicio. Por otro lado, aunque el título de la ley hace referencia a las “personas trabajadoras” no se cuestionaban los distintos roles de mujeres y hombres. En general, habla, o bien de “derechos transferibles” en los que la titularidad es femenina, que nos situarían en un marco proteccionista, o de derechos indistintos, con un enfoque “igualitarista inverso”, lo que deriva la negociación al ámbito privado, y no se tiene en cuenta que una normativa “neutra”, en situaciones social y laboralmente desiguales de partida, no puede provocar una igualdad de oportunidades. En la misma línea, la ley “permite” a los hombres utilizar las medidas de

⁴³ Ibid.

conciliación y no siempre, a veces sólo cuando la madre también trabaja; en ese caso, la conciliación es innecesaria, concepto poco compatible con la idea de corresponsabilidad, y supone, como decimos, una perpetuación de los roles sociales en materia de responsabilidades familiares; sin contemplar acciones positivas que impulsen a los hombres a involucrarse en las mismas ni tener en cuenta la realidad de las uniones de hecho o las familias monoparentales. La autora, pues, no duda en calificar la norma como una “decepción considerable al desperdiciar una buena ocasión para armonizar efectivamente la vida laboral y familiar”⁴⁴, pese a que algunos desajustes se rectificaron con el RD 1251/2001. Quesada Segura y Martín Rivera abundan en ello cuando recuerdan que “ha sido criticada por un sector de la doctrina al considerar que incorpora normas neutras, en el sentido de que no fomentan el ejercicio de los derechos para la conciliación familia-trabajo por parte de los varones. Ello supone a la postre que sean las mujeres las que mayoritariamente hagan uso de esos derechos con las previsibles consecuencias negativas que esto tiene en la vida profesional de la mujer trabajadora”⁴⁵.

En la actualidad la normativa vigente sobre defensa y promoción de la mujer en la sociedad está dominada por dos disposiciones legales. Una de ellas es la LOPIVG 1/2004; y la otra, más importante en la materia que nos ocupa, es la LOI 3/2007. Esta última da un paso más en la participación igualitaria de la vida familiar, y en el ámbito concreto de las relaciones laborales y de Seguridad Social trata de incorporar una serie de disposiciones que pretenden garantizar la igualdad en el acceso al empleo, en la formación, y en las condiciones de trabajo. Muchas de estas disposiciones como veremos, inciden en el establecimiento de derechos que favorecen la conciliación entre la vida familiar y laboral de las mujeres, complementando la regulación de los anteriormente reconocidos. Pese a ello, una de las características más notables de la LOI 3/2007 es el establecimiento de medidas que, en una nueva línea de actuación de cambios estructurales, inciden en la idea de las responsabilidades familiares compartidas, esta vez con la creación de un permiso individual e intransferible para el padre, así como en un necesario cambio en el enfoque, hasta ahora tradicional y proteccionista para la mujer, de los derechos de conciliación, ampliando su ámbito de actuación a la vida personal, a la vez que introduce el derecho, común a ambos géneros, de poder adaptar la jornada de trabajo, sin necesidad de reducción, por razones de conciliación.

Así en lo que respecta a las medidas de conciliación personal, familiar y profesional introducidas en la LOI 3/2007, resumidamente y por campos de actuación, éstas son las siguientes:

- **Jornada de trabajo:** Se reconoce el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para conciliar la vida personal y familiar con la laboral. Esta adaptación

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Quesada Segura y Martín Rivera, “Los derechos laborales y económicos de la mujer”. *Cit.*

de la jornada se realizará en la forma que se establezca en la negociación colectiva o por acuerdo con la empresa.

- **Permiso por paternidad:** Se reconoce el derecho a un permiso por paternidad, individual e intransferible de 13 días ininterrumpidos en los supuestos de nacimiento de hijo o hija, adopción o acogimiento, que se suma al permiso ya vigente de 2 días o a la mejora del mismo establecida por convenio colectivo.
- **Permisos:** Se crea un nuevo permiso remunerado de 2 días, ampliable a 4 días en casos de desplazamiento, en los casos de intervención quirúrgica sin hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, siempre que precise reposo domiciliario. En cuanto a la duración del permiso de lactancia, se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple y se podrá disfrutar acumulándolo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o por un acuerdo con la empresa. Por último, se podrá reducir la jornada laboral entre un octavo (antes un tercio) y la mitad para el cuidado de un menor de ocho años (antes seis años) o persona con discapacidad, con la disminución proporcional del salario.
- **Vacaciones:** Se podrán disfrutar las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural a que correspondan, si coinciden con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el descanso por maternidad.
- **Excedencias:** Las y los trabajadores con, al menos, un año de antigüedad en la empresa, podrán pedir una excedencia voluntaria por un plazo mínimo de 4 meses (antes el mínimo eran dos años). Se reconoce la posibilidad de disfrutar de forma fraccionada la excedencia por cuidado de hijo o hija y de un familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad. La excedencia por cuidado de hijo o hija se extiende a los supuestos de acogimiento provisional. La excedencia por cuidado de un familiar puede ser de hasta 2 años (antes un año). La excedencia por cuidado de hijo o hija o de un familiar hasta un segundo grado por consanguinidad o afinidad que no pueda valerse por sí mismo, se considera periodo cotizado.
- **Suspensión del contrato de trabajo:** Se introducen como nuevas causas de suspensión del contrato de trabajo el permiso de paternidad, la situación de riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses, el permiso por acogimiento simple no inferior a un año y los permisos por adopción y acogimiento de los menores de más de seis años si son discapacitados, o tienen especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas.
- **Permiso por maternidad:** El permiso de maternidad por parto se podrá disfrutar por el otro progenitor-ra si fallece la madre, aunque ésta no realizara ningún trabajo remunerado. La madre podrá continuar disfrutando del permiso de maternidad por parto hasta concluir las dieciséis semanas si fallece el hijo-a. El progenitor-ra que esté disfrutando el permiso de maternidad por parto que le haya cedido la madre, continuará disfrutándolo aunque no se

reincorpore a su puesto de trabajo por estar en situación de incapacidad temporal. Se establece la posibilidad de ampliar el permiso de maternidad hasta 13 semanas en los casos de parto prematuro y de recién nacidos que precisen hospitalización superior a siete días a continuación del parto. El permiso por maternidad se amplía en 2 semanas más para los supuestos de discapacidad de la hija o hijo, o del menor adoptado o acogido. Se flexibilizan los requisitos de cotización para el reconocimiento de la prestación económica por maternidad: no se exige un periodo mínimo de cotización para las trabajadoras y trabajadores menores de 21 años. Para las trabajadoras y trabajadores con edad entre 21 y 26 años sólo se les exige 90 días de cotización dentro de los 7 últimos años, o 180 días cotizados en toda su vida laboral. Si se es mayor de 26 años se exigen 180 días en los 7 años inmediatos anteriores, o 360 días en toda su vida laboral. En todo caso, las trabajadoras que no reúnan el periodo de cotización exigido según su edad tendrán derecho en el caso de parto a una prestación económica por maternidad de 42 días. Cuando se esté disfrutando del permiso de maternidad y se extinga el contrato de trabajo, se continuará percibiendo la prestación por maternidad hasta su finalización, y seguidamente se podrá percibir la prestación por desempleo siempre que reúnan los requisitos exigidos. Cuando se esté en situación de desempleo, el tiempo de permiso por maternidad no se descuenta de la prestación por desempleo.

- **Riesgo durante el embarazo:** Se mejora la prestación económica por riesgo durante el embarazo, que pasa a ser del 100% de la base reguladora (antes era del 75%).
- **Riesgo durante la lactancia natural:** Se reconoce la situación de riesgo durante la lactancia natural de un hijo-a menor de nueve meses cuando las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la madre o de la hija-o y así conste acreditado. Esta situación puede dar lugar al cambio a un puesto de trabajo exento de riesgo o, en su caso, a la suspensión del contrato de trabajo. Para los supuestos de suspensión del contrato por esta causa, se crea una prestación económica, que consiste en un subsidio equivalente al previsto para la prestación por riesgo durante el embarazo. Esta prestación se extingue en el momento en que la hija o hijo cumpla la edad de nueve meses o, en su caso, cuando la beneficiaria se reincorpore al trabajo. El tiempo que la beneficiaria esté percibiendo esta prestación, se seguirá cotizando a la Seguridad Social.

A lo largo de las páginas precedentes hemos expuesto la evolución de la normativa laboral referida a la conciliación tanto en el ámbito comunitario como en el interno, que en buena medida se configura por la paulatina transposición de aquél. Conviene, sin embargo realizar una reflexión final que nos aporte perspectiva sobre la naturaleza y el sentido de los derechos de conciliación. Y es que, tal como apunta Nuño Gómez, no siempre se afronta esta regulación desde la perspectiva de género: “Un enfoque neutro -sin perspectiva de género- tenderá a reforzar los roles tradicionales de género y orientará inercialmente el trabajo de las

mujeres hacia el espacio privado o las responsabilidades del cuidado y el de los varones hacia el espacio público y, por tanto, expulsará o penalizará la actividad de las mujeres en el mercado laboral”⁴⁶. Como hemos visto, hasta bien entrada la década de 2000 no se ha abordado la conciliación como una de las medidas que, incardinadas en el derecho de igualdad, se encamina a la reformulación del pacto social. Pacto que, en palabras de Conde-Pumpido Tourón “debe comenzar por aceptar el papel subordinado de la mujer y su asunción de las cargas familiares, porque no puede conseguirse un resultado igualitario con leyes “neutras”, que olviden la desigualdad de situaciones de partida, y no se encamine a modificar tal sociedad desigual (...) lo que implica que al margen del hecho biológico del parto, no existan diferencias que justifiquen la asunción de cargas familiares tan sólo por las mujeres. Por ello, es necesario el reparto de las responsabilidades familiares y las tareas domésticas; los derechos de conciliación deben corresponsabilizar a ambos, y no regularse o contemplarse como una concesión de mayores derechos a las mujeres”⁴⁷. Sin embargo, la sucesiva incorporación de la conciliación a los distintos niveles del ordenamiento jurídico ha obedecido más bien a motivos de índole económico, y aun eugenésico: desde considerarla como parte de planes y proyectos de desarrollo económico, con el empleo y la productividad en el horizonte, a herramienta favorecedora de la maternidad, con el fin de asegurar el futuro de los sistemas de protección social. Nos dice a este respecto Conde-Pumpido Tourón⁴⁸: “si la maternidad es un hecho biológico, que puede afectar a la mitad de la población, no puede regularse como legislación excepcional protectora, sino como una situación ordinaria posible, de interés social, que se ampare con derechos cuyo ejercicio no perjudique a la trabajadora”. Carmen García Castro y María Pazos Morán, tras analizar los permisos de paternidad en la legislación europea, señalan que “por encima de una retórica igualitaria, las reformas que se están llevando a cabo van, en mayor o menor medida, en la dirección de implicar a los hombres en el cuidado en cierto modo (no al 50%), pero también en la dirección de dar a las mujeres mayores facilidades para que carguen con la mayor parte y mantengan su inserción en el empleo en la medida en la que puedan compatibilizarlo”⁴⁹. Y, yendo más allá, Nuño Gómez alerta sobre el hecho de que “un tratamiento o enfoque estrictamente laboral tampoco ofrece una gestión del conflicto con la suficiente profundidad. Centra su intervención en la regulación de algunos aspectos relacionados con el empleo formal pero ignora cuestiones esenciales como la promoción laboral y la formación o el empleo informal, atípico, el subempleo, el desempleo y la inactividad, donde la presencia de mujeres es mayoritaria; y, desde luego, no contempla una intervención integral enfocada a la plena incorporación de las mujeres en el espacio público en igualdad de condiciones.

⁴⁶ Nuño Gómez, Laura, “Evolución de la política comunitaria en materia de empleo: igualdad de género y conciliación de vida familiar y laboral”. *Cit.*

⁴⁷ Conde-Pumpido Tourón M^a Teresa, “La maternidad y la conciliación familiar, dentro de la tutela de la igualdad”. *Cit.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Castro García, Carmen y Pazos Morán, María, “Permisos de maternidad, paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual”, *Instituto de Estudios Fiscales*, 2007.

A nadie se le oculta que son precisamente las mujeres inactivas, desempleadas o con empleos atípicos, las que suelen encontrarse en una situación más precaria para afrontar el conflicto que representa la conciliación; por lo que es previsible que este enfoque termine incrementando la segregación por clase social de las mujeres residentes en la Europa comunitaria. Por ello, la integración en la Europa comunitaria ha beneficiado, fundamentalmente, tanto a las mujeres con un nivel educativo superior como las que residen en países con una reducida presencia de empleo informal; dejando en “tierra de nadie” a aquellas con empleos informales o precarios”⁵⁰. Y es que, a juicio de esta autora, con el que no podemos sino coincidir, tanto la red de solidaridad entre generaciones -en los países de orientación ‘familista’ como España-, como la externalización del cuidado representan estrategias cada vez más frecuentes que abren una brecha importante entre mujeres de una cualificación y una remuneración alta, nacionales europeas, y aquellas que por unos motivos u otros no responden a este perfil. Lo que nos lleva a concluir que tanto la ausencia de perspectiva de género como la “laboralización” exclusiva, desde una óptica economicista, de las medidas dirigidas a facilitar la conciliación pueden convertirse en factores de exclusión y reafirmadores de roles. Se hacen necesarias políticas activas que entiendan la conciliación como un elemento matriz del principio de igualdad y que favorezcan su ejercicio mediante una implicación de todos los agentes intervinientes, tanto en la esfera pública/política (administraciones, empresas, trabajadores) como privada/doméstica (la pareja y la familia).

En este sentido debemos destacar la importante reforma del Código Civil realizada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que ha añadido a los deberes conyugales que ya establecía el art. 68 CC, el de “compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”. Purificación Cremades García⁵¹, destaca que dicho precepto viene precedido de la ya existente proclamación de igualdad de los cónyuges en el art. 66, y del art. 67 que establece deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia. Ello ha suscitado algunas críticas en el sentido de que podría considerarse que el contenido del art. 68 CC resultaría innecesario, al hallarse incluido dentro del art. 66, y más aún, que al estar inserto en la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que elimina el sistema causalista en la desvinculación conyugal, reduciría al precepto a una mera declaración de principios sin objeto. La autora, sin embargo, señala que la corresponsabilidad en las tareas domésticas conlleva un deber jurídicamente exigible por cuanto su incumplimiento puede causar un doble perjuicio: patrimonial y moral, exigibles ambos en sede judicial. Asimismo se plantea si la vulneración de este deber específico dentro del resto de los deberes conyugales es causa de nulidad matrimonial por ausencia de consentimiento, al igual que el resto de los deberes cuando son incumplidos. Y junto a este posible efecto jurídico no necesitado de concurrencia dañosa,

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Cremades García, Purificación, “El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar”, *Diario La Ley* XXIX, nº. 7079 (2008).

podría añadirse lo preceptuado en el artículo 855.1.º del Código civil que reputa como justa causa de desheredación, haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales, es decir que un cónyuge puede privar a al otro de su condición de legitimario, en caso de que haya vulnerado de manera grave y reiterada los deberes inherentes al matrimonio. Por último, aclara que la obligación del art. 68 CC no confiere a los familiares objeto de la misma legitimidad para reclamar su cumplimiento, sino que sólo los cónyuges, como deber que forma parte del contenido del matrimonio, pueden reclamarse mutuamente su cumplimiento.

En definitiva, la introducción de la corresponsabilidad en el art. 68 CC presenta una trascendencia que supera su calificación como simple obligación moral o social, de forma que su incumplimiento conlleva relevancia jurídica y no cabe duda de que tiene un indudable contenido patrimonial: el trabajo que supone el cumplimiento de dicho deber es valioso económicamente. Los cónyuges deben colaborar ambos en las tareas domésticas, por tanto se deben ayuda y socorro con respecto a las mismas, y además también deben participar ambos en el cuidado a descendientes, ascendientes y personas a su cargo, por lo tanto deben actuar en interés de la familia. Pero a su vez, esta colaboración y ayuda, también va a suponer la cooperación y apoyo de un cónyuge en los proyectos laborales del otro, lo que reviste especial importancia cuando se trata del ejercicio de los derechos de conciliación.

1.5. A modo de reflexión final

Aunque la inclusión del principio de igualdad y no discriminación por razón de género es relativamente reciente en los textos constitucionales contemporáneos y se ha configurado como el cauce para el reconocimiento de las mujeres como ciudadanas y como sujetos de derechos, hasta el momento ni la consagración de la igualdad en las Constituciones ni su desarrollo normativo ha hecho posible la desaparición de la situación de desigualdad entre géneros.

Como sabemos, el acceso de las mujeres a la esfera pública/política se ha producido desde una posición diferente a la de los hombres, dado que éstos, entre otras cosas, no cuentan con el hándicap de la reproducción. Por otra parte, el trabajo reproductivo y de cuidado realizado por las mujeres es la consecuencia del pacto que da lugar a las Constituciones del Estado social, que consagran al hombre trabajador como sustentador económico principal del núcleo familiar. Así, frente al trabajo reproductivo carente de valor y de reconocimiento social en términos de mercado, se alza el trabajo remunerado realizado por los hombres como único considerado tal y al que sí se le otorga valor y reconocimiento. A la vez, el hombre se beneficia de las tareas de cuidado proporcionadas por las mujeres sin compensación o aportación equitativa. A grandes rasgos se explica así tanto la difícil inserción de las mujeres en el ámbito público/político, como la falta de valoración del trabajo reproductivo y de cuidado. Siguiendo a Mar Esquembre, las mujeres “en tanto no logremos asegurar nuestros derechos e introducir el

“ámbito doméstico” en el espacio jurídico político a través de su inclusión en el pacto de manera irreversible no seremos sujetos de derechos”⁵². Para ello resulta imprescindible la reformulación de un nuevo pacto social que incluya el reconocimiento pleno de la igualdad de mujeres y hombres como principio fundamental del sistema democrático y de derecho, de la democracia constitucional. Esta inclusión se debe hacer en sentido jurídicamente “fuerte”, es decir, en las normas supremas por las que se regula la convivencia de una comunidad, esto es, su introducción en la Constitución, ya que hasta ahora dicho reconocimiento se ha realizado a través de leyes u otras categorías normativas inferiores jerárquicamente y ello se revela insuficiente por cuanto la parcela considerada del ámbito familiar, donde fundamentalmente se desarrollan las tareas de cuidado, sigue siendo ignorada en las normas reguladoras de la convivencia que son las Constituciones. En la española no hay una garantía de estructuras que contribuyan a la prestación de servicios de cuidado. Además, desde una perspectiva histórica, es suficientemente conocido que la extensión de los derechos ya existentes a sujetos excluidos de ellos en el origen no alteran las esencias del pacto social. Así, entre tanto preparamos el camino al nuevo pacto, es fundamental consolidar y reforzar los logros ya obtenidos en instrumentos normativos del mayor rango posible.

2. Trabajo, tiempo y género

La incorporación de las mujeres al espacio público a lo largo del siglo XX ha supuesto una importante transformación, si bien se ha visto acompañada por una serie de resistencias, tanto en la organización de dicho espacio, como en la práctica ausencia de actuación de los poderes públicos en el ámbito privado. Ello está dificultando en gran medida que la relación de las mujeres con el empleo disfrute de la independencia que éste requiere y está provocando una presencia precarizada de las mismas en el empleo y por ende, un pronóstico incierto de cara al mantenimiento del modelo de bienestar. Abordaremos estos aspectos en los siguientes apartados.

2.1. Concepto y características de la división sexual del trabajo

La división sexual del trabajo se encuentra en el origen de las resistencias a las que aludimos y por tanto, dedicaremos este apartado a estudiar en qué consiste, cual es su relación con la brecha entre los derechos formales y los derechos materiales, así como algunas propuestas que, desde el movimiento feminista, se han realizado para acabar con la misma.

⁵² Esquembre Valdés, Mar, “Género y Ciudadanía, mujeres y Constitución”, en *Mujeres y Derecho*, Feminismos 8 (Alicante: Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante, 2006), pp. 35 - 51.

a) En qué consiste la división sexual del trabajo

Una constante que se repite a lo largo de la historia es que en todas las sociedades existe un sistema por el que las personas realizan funciones diferentes, unas consideradas de competencia masculina y otras de competencia femenina. Bajo este modo peculiar de organización, las personas son socializadas para que desde su nacimiento, en función de su sexo biológico, aprendan y acepten como “normal” el desempeño de una serie de tareas y funciones. Es lo que podemos denominar como división sexual del trabajo. A su vez, Judith Astelarra nos explica que a “la organización social que se deriva de la existencia de la división sexual del trabajo se le denomina sistema de género social”⁵³. Dicho de otro modo, se trata de una serie de procesos que organizan la sociedad de forma que mujeres y hombres sean, actúen y se consideren diferentes, a la vez que determina qué áreas sociales son competencia de un sexo y cuáles del otro. Este sistema garantiza así que en todas las sociedades se asignen roles diferentes a las mujeres y a los hombres, y que luego las personas se adecuen a los estereotipos vigentes. Mujeres y hombres, por tanto, viven en espacios sociales diferenciados, tienen dedicaciones distintas, no ejercen el cuidado de sus seres dependientes de la misma forma, participan de manera diferente en la vida económica, y no comparten muchos de los espacios de la vida público-política.

El origen histórico de este sistema tiene que ver con la organización social de la reproducción humana, siendo la familia su institución fundamental. Para Astelarra, su estructura se sustenta sobre tres niveles:

- la identidad personal: cada sociedad tiene su propuesta de modelos para los sexos;
- los roles sociales: cada sociedad asigna a los géneros unas actividades que le son propias, aunque con una constante concretada en que los roles de cuidado de las personas suelen ser femeninos y los de la guerra masculinos;
- por último, los ámbitos sociales: cada sociedad asigna igualmente un valor de género a los espacios donde se desempeñan los distintos roles sociales.

El sistema de género social se ha distinguido siempre por la desigualdad de la situación de las mujeres respecto de los hombres. Esta desigualdad se ha venido expresado a lo largo de la historia bajo diferentes formas de opresión y es lo que en su día se definió por el feminismo como sistema “patriarcal” en el que los hombres tienen una situación de poder, superioridad y ventaja sobre las mujeres. Por tanto, como acertadamente manifiesta Rosa Cobo Bedía, la división sexual del trabajo vendría a ser “la columna vertebral del patriarcado”⁵⁴. Una de las causas generales de esta desigualdad a lo largo de la historia es la posición dominante que los hombres ostentan en todos los ámbitos sociales en los que existen recursos, mientras que la escasa presencia de las mujeres en estos mismos ámbitos sociales

⁵³ Astelarra, Judith, *Veinte años de políticas de igualdad. Cit.*, p.15.

⁵⁴ Cobo Bedía, Rosa, “En el corazón de la igualdad. Notas sobre familia, reproducción y democracia”, *Revista Ábaco* 2ª Época, n.º. 49 (2006), pp. 42-47.

está vinculada, en palabras de Cobo Bedia, “a la existencia de una macroestructura que actúa como sistema hegemónico y que distribuye recursos asimétricamente entre mujeres y hombres. Este proceso de apropiación ilegítima de recursos se ha ido consolidando a lo largo de siglos a través de un sistema de dominio patriarcal que ha situado a las mujeres en una posición crónica de desventaja estructural”⁵⁵.

En la sociedad moderna, la división sexual del trabajo desarrolló además una fuerte dicotomía entre el ámbito público/político y el privado/doméstico reforzando los roles sociales a desempeñar en cada uno, acentuando de esta forma la separación del espacio privado/doméstico, lugar destinado a las mujeres, del espacio público/político, predominantemente masculino, de este modo en la modernidad se gestaron los núcleos más duros de las sociedades patriarcales, en el sentido de que la ciudadanía fue concebida para los hombres y la vida doméstica para las mujeres, de forma que tanto la vida política como la laboral se asientan únicamente sobre el trabajo reproductivo. Por otra parte, la familia, institución central del sistema de género, pierde las funciones económicas, sociales y políticas que tenía en la sociedad preindustrial, lo que supone que la participación social de las mujeres se restringe al ámbito de la familia nuclear y del hogar, convirtiéndose el trabajo doméstico y el papel de esposa y madre en su única actividad, trabajo que, como decimos, fue ignorado como fuente generadora de recursos. Esta forma de división sexual del trabajo, que aún hoy subsiste, se compone de un modelo masculino que se conoce como “*male breadwinner*” o sustentador principal de la familia y que se mantiene en la actualidad como mecanismo identitario para ambos géneros de manera estable dado que prácticamente no ha evolucionado⁵⁶.

El modelo femenino se caracteriza por tener asignado la realización de las tareas correspondientes al trabajo reproductivo, doméstico y de cuidado, tareas que, aun a riesgo de repetirnos, no se consideran generadoras de recursos económicos y que, por tanto, no equivalen a “empleo legítimo”. Se trata más bien de lo que Astelarra denomina como “servicios de voluntariado afectivo”⁵⁷. Al contrario que el modelo *male breadwinner*, el modelo femenino ha evolucionado en las últimas décadas y se caracteriza porque se ha producido la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo “formal” considerándose como normal la asunción y aceptación en este modelo de la denominada “doble jornada”⁵⁸, ya que esta introducción de la mujer en lo público no ha sido correspondida con la incorporación del hombre en lo privado, sin un cuestionamiento social frente a esta falta de corresponsabilidad entre géneros. Tal y como señala Cristina Carrasco Bengoa, “la sociedad continúa actuando

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Nuño Gómez, Laura, *El mito del varón sustentador. Orígenes y consecuencias de la división sexual del trabajo* (Barcelona: Icaria, 2010). Esta autora, entre otras interesantes cuestiones, analiza el impacto que ha tenido la división sexual del trabajo en la construcción identitaria de mujeres y hombres.

⁵⁷ Astelarra, Judith, “Conciliación y cohesión social. Un análisis crítico de las políticas europeas”, *Revista Ábaco*, 2006, p.163.

⁵⁸ Para un reforzamiento del nuevo modelo femenino, se construyó la imagen de *superwoman* que daba a entender a las mujeres que podían compatibilizar todas las tareas, y que sólo era una cuestión de organización. Este modelo cuestiona por tanto a aquellas mujeres que encuentran dificultades en la realización de la doble jornada y les provoca frustración al no poder “llegar” a lo que se espera de ellas. Entre tanto, la sociedad no se cuestiona en ningún momento el papel masculino.

como si se mantuviera el modelo de familia tradicional, es decir, con una mujer ama de casa a tiempo completo que realiza todas las tareas de cuidados necesarias. Y si esta mujer quiere incorporarse al mercado laboral, es su responsabilidad individual resolver previamente la organización familiar”⁵⁹. De modo que, cuando las mujeres se integran ahora en el mercado laboral –construido históricamente en la sociedad industrial bajo el sustento del modelo masculino *breadwinner*, trabajador con disponibilidad completa, y que responde actualmente al esquema de una sociedad postindustrial- sin tener resueltas las tareas reproductivas y de cuidado, se encuentran con que se han endurecido y precarizado las condiciones de trabajo. En consecuencia, el modelo social de distribución del tiempo de vida de las personas que vincula tiempo, recursos materiales y distribución de actividades, comprendiendo una serie de tareas sociales -trabajo productivo, reproductivo, proyectos colectivos de la sociedad, proyectos socioculturales y actividades lúdicas o de ocio-, resulta discriminatorio para las mujeres.

Así pues, se desprende que la división sexual del trabajo no es una institución neutra, en la medida en que las mujeres, gravadas por lo que la economista feminista Ingrid Palmer denomina el “impuesto reproductivo” no acceden a la esfera pública con los mismos recursos y la misma movilidad que los hombres y ese mismo hecho les impide competir en igualdad de condiciones.

b) La división sexual del trabajo y su relación con la brecha entre derechos formales y derechos materiales

Como ya vimos en el apartado primero de este capítulo, la evolución del principio de igualdad entre géneros ha ido permitiendo el acceso formal de las mujeres a los recursos públicos y políticos, pero aún hoy siguen existiendo muchas dificultades para que dichos recursos se materialicen. Y es que, como nos dice Cobo, “no pueden negarse los derechos civiles y políticos a las mujeres, porque las sociedades democráticas perderían legitimidad. Hoy no es posible pensar en una democracia legítima sin derechos formales para las mujeres. Sin embargo, en este momento histórico de férrea alianza entre los varones la apuesta masculina de fondo es que los derechos formales no se concreten en derechos materiales. Las élites patriarcales apuestan por que los derechos formales se garanticen, pero siempre y cuando los obstáculos para el ejercicio de esos derechos sean tantos que las mujeres desistan de ejercerlos porque su mismo ejercicio se convierte en una tarea heroica”⁶⁰. Tendremos oportunidad de ratificar esta afirmación, que a primera vista podría parecer un tanto extrema, a lo largo del siguiente capítulo, puesto que de algún modo coincide con nuestra hipótesis de partida acerca de la distancia existente entre la igualdad formal y la igualdad material entre géneros.

⁵⁹ Carrasco, Cristina, “¿Conciliación? No, gracias. hacia una nueva organización social”, en *Malabaristas de la vida* (Barcelona: Icaria, 2003).

⁶⁰ Cobo Bedía, Rosa, “En el corazón de la igualdad. Notas sobre familia, reproducción y democracia”. *Cit.*

Como decimos, estos nuevos mecanismos soterrados de las sociedades democráticas para reproducir la desigualdad de género son lo que el feminismo, utilizando una metáfora, ha denominado “techo de cristal” para tratar de explicar precisamente las dificultades que existen en el tránsito entre los derechos formales y los derechos materiales. De este modo, las políticas de género para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, adoptadas para que las personas puedan compartir los dos espacios en igualdad de oportunidades, se han materializado principalmente como herramientas diseñadas para una mayor flexibilidad del mercado laboral y como forma de asegurar, sólo a las mujeres, su permanencia en el mismo a la vez que continúan sosteniendo todo el peso del trabajo reproductivo y doméstico, lo que, además de no producir el efecto deseado, ha generado nuevas formas de desigualdad como la precarización de sus relaciones laborales; mayor temporalidad o parcialidad en el empleo y menores cotizaciones; la explotación de “otras” mujeres que, con menores posibilidades y en la mayoría de ocasiones sin derechos sociales reconocidos, deben encargarse ahora de esa “externalización privada” de tareas domésticas y de cuidado; o el desarrollo en las grandes empresas, principalmente, de políticas de conciliación sólo para determinado tipo de trabajadores-ras.

c) Propuestas desde el feminismo para acabar con la división sexual del trabajo

Según exponíamos anteriormente, una de las grandes demandas del movimiento feminista de los setenta y ochenta fue la redistribución de los roles entre los ámbitos público y privado del sistema género como forma de eliminar la jerarquía y desigualdad entre ambos, señalándose ya que eran necesarios cambios estructurales de la organización social a fin de que se pudiesen compartir roles y espacios, y que provocasen verdaderos cambios profundos en la identidad de mujeres y hombres, así como en la propia organización social, en la búsqueda de una igualdad efectiva entre géneros. Sin embargo, las políticas de conciliación, que como políticas de igualdad deben diseñarse y desarrollarse con la actuación conjunta de estrategias como las políticas de igualdad de oportunidades, las acciones positivas o los cambios estructurales, han prescindido principalmente de esta última, y es que no han tenido como objetivo reorganizar la sociedad “sino sólo permitir que las “personas” pudieran combinar las actividades públicas y privadas. Pero si las únicas “personas” responsables son las mujeres, terminan convirtiéndose en la práctica en políticas para la doble presencia femenina. Por ello, es necesario terminar con la dicotomía, para lo cual se debe ir a un modelo universal de cuidador(a)/trabajador(a), trabajador(a)/cuidador(a). Esto requiere el compromiso de proveer tiempo para el cuidado y los servicios asociados a él, que sean de calidad, accesibles y asumibles”⁶¹.

Por ello, para Astelarra, es necesario redefinir la división sexual del trabajo a partir de un nuevo pacto social donde se reformule la cohesión social desde la perspectiva de género,

⁶¹ Astelarra, Judith, “Conciliación y cohesión social. Un análisis crítico de las políticas europeas”. *Cit.*, p.164.

relacionando la desigualdad con las necesidades sociales generales⁶². Para ello propone, al igual que ya se hizo con el modelo del Estado de Bienestar Europeo y las políticas sociales⁶³, desarrollar tres ejes centrales pero con un contenido diferente desde la perspectiva de género donde se incorpore el trabajo de las mujeres en el ámbito social y su presencia, no basándose únicamente en la responsabilización del sector privilegiado.

Así, un primer eje sería el de la política económica que debe partir de la base de que la economía no se refiere sólo al empleo remunerado, sino que además se debe incorporar el trabajo no pagado. Este trabajo debe ser visibilizado, como nos dice José Fernando Lousada Arochena, en un doble sentido: “calculando el aporte global del trabajo femenino al producto económico del país –visibilización macroeconómica-, y generando derechos laborales y sociales a favor de quienes realicen esos trabajos no remunerados –visibilización microeconómica-”⁶⁴.

Un segundo eje que comprenda la redistribución no sólo de recursos materiales, sino de tiempos y actividades, y que es una de las principales demandas feministas de compartir también las actividades domésticas, no sólo las del mercado de trabajo y la política.

Por último, un tercer eje supondría redefinir la política social ampliando el concepto de “bienestar” para incorporar los servicios de cuidado, asociados al bienestar cotidiano de las personas, de manera que el cuidado deje de ser un “no trabajo” y sea reconocido como un derecho que todas las personas tienen y que debe ser garantizado por el Estado.

Aunque algunas de las propuestas realizadas por Astelarra se han acometido, en parte, durante los últimos años en medidas insertas en diferentes leyes como la LOI 3/2007, o la LD 39/2006, nuevamente la apariencia formal deja paso a una difícil materialización.

En cuanto al avance en política económica, aunque el reconocimiento macroeconómico del trabajo femenino reclamado por las feministas se ratificó en la IV Conferencia Mundial de las Mujeres de Beijing (1995), al aprobarse la ampliación de los sistemas nacionales de contabilidad con una cuenta satélite del trabajo no remunerado, como nos dice Lousada Arochena, “nada se ha avanzado en ningún país (...) en la modificación de los sistemas nacionales de contabilidad”⁶⁵. A su vez, afirma que “aunque la LOIEMH se refiere a “potenciar (...) el valor del trabajo de las mujeres, incluido el doméstico” como una finalidad a considerar en la integración de la igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística de actuación de los Poderes Públicos –artículo 14.2- más allá de esa generalidad, la LOIEMH no realiza ninguna especificación concreta en orden a la elaboración de una cuenta satélite del trabajador no remunerado, (...) y aún menos

⁶² Ibid. p.165.

⁶³ Para Astelarra, el nuevo modelo del Estado de Bienestar Europeo, donde a través de políticas sociales se abordaron las desigualdades económicas que se producían en el mercado para garantizar derechos sociales para todos, no resolvió la discriminación de género, sino que de alguna medida la consolidó puesto que los derechos los detentaba el *breadwinner*; las mujeres los tenían como miembros de la familia, lo que de alguna manera vino a reafirmar la división sexual del trabajo. *Cit.*, p.165.

⁶⁴ Lousada Arochena José Fernando, “El tiempo en las leyes con perspectiva de género”, *Revista de Derecho Social*, nº. 49 (Marzo 2010), p.94.

⁶⁵ Ibid. p.95.

en orden a la modificación del sistema nacional de contabilidad para su complemento mediante una cuenta satélite del trabajo no remunerado”.

En cuanto al reconocimiento microeconómico del trabajo femenino, señala el autor, la LOI 3/2007 realiza alguna aportación en el ámbito rural donde la escasa valoración del trabajo femenino es más acusada –art. 30- pero poco más⁶⁶.

El avance en política social con la LD 39/2006 ha sido, quizá, el más significativo y que podemos calificar de muy positivo si bien ha encontrado en algunas Comunidades Autónomas verdaderas dificultades para su puesta en marcha efectiva y, en la actualidad, debido a los recortes sociales, se teme incluso por su derogación. No obstante, como contrapartida ha ratificado la feminización del cuidado puesto que la mayoría de personas que trabajan son mujeres. En cuanto a los progresos en corresponsabilidad y conciliación, si bien ha supuesto que en 2011 los hombres puedan disfrutar de un permiso individual e intransferible de paternidad de cuatro semanas, esto no supone *per se* la asunción de sus obligaciones familiares y domésticas. A la vez, las nuevas medidas para compatibilizar trabajo y vida personal y familiar, en la línea de las políticas europeas que han evolucionado desde la concepción de la conciliación vinculada con las cargas familiares hacia otra, más amplia, conectada con la dignidad y el desarrollo personal del trabajador-ra, como veremos en el capítulo tercero, están minadas de obstáculos en su camino. Todo ello, además, no va acompañado de verdaderos cambios estructurales que ayuden a deconstruir los fuertes roles y estereotipos que ha venido consolidando el sistema de género social y al que los medios de comunicación amparan y fortalecen. En palabras de Nuño Gómez “el reto de allanar esta senda pasa, necesariamente, por equilibrar las condiciones de hombres y mujeres en el tránsito hacia la tribuna. Hoy por hoy, para las mujeres ese camino sigue estando lleno de obstáculos que han de sortear con una pesada “mochila”, cargada de estereotipos y responsabilidades del cuidado. Por el contrario, los que se autoproclaman legítimos transeúntes de la senda campan a sus anchas, ligeros de equipaje. Por ello, la igualdad de género en el empleo ha de pasar, necesariamente, por redistribuir el peso de la mochila entre mujeres y hombres. Pero la solución no reside sólo en la corresponsabilización del trabajo doméstico para universalizar un modelo de trabajador o trabajadora que se caracterice por una total disponibilidad laboral incompatible con sus responsabilidades del cuidado. Porque entonces ¿Quién portará la mochila? ¿Qué haremos con su contenido? El reto debe acompañarse, por una parte, de una revisión de la contradicción sistémica inherente a los principios de organización del trabajo doméstico, y, asalariado, y por otra, de una oferta pública de servicios del cuidado amplia y accesible, que merme el impacto de las responsabilidades del cuidado en la empleabilidad y en

⁶⁶ A este respecto afirma Lousada Arochena que “las más de las veces, el reconocimiento de derechos profesionales a mujeres se ha quedado en promesas. Baste recordar la Disposición Adicional 1ª de la Ley 24/1997, de 15 de julio, que obligaba al Gobierno a presentar, en un plazo de 8 meses, ante el Congreso de los Diputados ‘un estudio técnico y económico sobre el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que contemple la posible inclusión en su campo de aplicación, de quienes trabajen al cuidado de su propio hogar y no estén amparados por otras prestaciones contributivas’. ¿Se hizo algo al respecto o durmió el sueño de los justos?”. *Cit.*, p.96.

la promoción profesional de las personas trabajadoras, sean mujeres o varones. En última instancia, el reto ha de pasar por abordar una reforma que permanece incompleta: la división sexual del trabajo en el espacio privado y la supuesta autonomía del espacio público”⁶⁷.

Se hace sin duda necesaria la reformulación de este nuevo pacto social entre géneros al máximo nivel, de manera que los poderes públicos reorganicen socialmente de forma mas justa la compatibilidad entre trabajos de producción y reproducción trasladando a toda la sociedad lo que se ha atribuido de manera exclusiva a la mujer, una tarea que debe ser asumida corresponsablemente en el ámbito familiar y que debe ser facilitada por las instituciones políticas y por las empresas. Pero esta reformulación ha de hacerse desde la reforma de nuestra norma suprema, lo que si bien tampoco es garantía de su aplicación inmediatamente efectiva, lo es al menos en cuanto a una mayor obligatoriedad en su cumplimiento y compromiso por los poderes públicos, los operadores jurídicos, los agentes sociales y en general, toda la ciudadanía.

2.2. Trabajo, tiempo y género. Un análisis de la situación sociolaboral actual

Los datos recientes que a continuación vamos a exponer son el claro reflejo de que la división sexual del trabajo continúa vigente, pese a la introducción en el ordenamiento jurídico, aun en un nivel formal, de nuevos derechos destinados a contrarrestarla. La realidad pone de manifiesto la brecha ya aludida entre derechos formales y derechos materiales, al tiempo que revela ineficacia de las políticas de género en ese sentido.

a) Situación actual en la Unión Europea

El informe sobre Igualdad entre mujeres y hombres para el 2010⁶⁸, elaborado por la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, entre otras cuestiones, y de manera resumida, expone lo siguiente:

Se señala, como factor positivo, el incremento con carácter general del empleo femenino en la UE en el último decenio al reducirse el desequilibrio entre empleo de mujeres y hombres hasta un 13,7% en 2008 frente al 18,2% de 1998. Sin embargo, la crisis económica internacional, con sus graves repercusiones en las cifras relativas al mercado de trabajo y el empleo, ha interrumpido esta tendencia positiva. Así pues:

- Aunque entre mayo de 2008 y septiembre de 2009 el índice de desempleo ha aumentado con mayor rapidez para los hombres, en los últimos meses el desempleo femenino aumenta al mismo ritmo e incluso podría aumentar debido al recorte en los presupuestos

⁶⁷ Nuño Gómez, Laura, “El empleo femenino en España y en la Unión Europea”, *Revista de Investigaciones Feministas* I (2009), pp. 205-232.

⁶⁸ Informe 694 (2009) de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Consejo Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad entre mujeres y hombres 2010 (Bruxelas: Comisión Europea, Diciembre 18, 2009), disponible en: <http://eurex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0694:FIN:ES:HTML>, pp.3-5

públicos, dado que los empleos ocupados por mujeres se concentran en dicho sector. A la vez, de la experiencia de crisis anteriores, se deriva que generalmente el empleo de los hombres se recupera más rápidamente que el de las mujeres ya que éstas corren mayor riesgo de no encontrar otro trabajo. También se señala que centrarse únicamente en la evolución del desempleo puede ocultar otras tendencias menos visibles, incluida la sobrerrepresentación de la mujer entre las personas no activas (las mujeres representan más de dos tercios de los 63 millones de personas no activas de entre 25 y 64 años que hay en la UE) o entre las personas desempleadas a tiempo parcial (personas que trabajan a tiempo parcial, pero que querrían trabajar más horas) que no están necesariamente registradas como desempleadas.

- Las mujeres tienen mayores probabilidades de sufrir una posición de desventaja en el mercado de trabajo debido a, por ejemplo, una mayor incidencia de contratos precarios, trabajo a tiempo parcial de forma involuntaria y unas disparidades salariales persistentes (en 2007 la media en la UE fue del 17,6%), con las consiguientes repercusiones sobre los ingresos a lo largo de su carrera laboral, la protección social y las pensiones, y, en consecuencia, un índice más elevado de riesgo de pobreza, especialmente después de la jubilación. En 2007, el índice de riesgo de pobreza fue más elevado para las mujeres (un 17 %) que para los hombres (un 15 %), y este desequilibrio fue especialmente elevado en relación con las personas de más edad (el 22 % de mujeres en comparación con el 17 % de hombres) y las familias monoparentales (un 34 %). La situación de las personas con múltiples desventajas es especialmente difícil. Por último, la pérdida de ingresos (derivada de la pérdida de empleos) afectará en mayor medida a los hogares de los países en los que el modelo familiar del *male breadwinner* sigue siendo predominante, subrayando la necesidad de dar más apoyo otro en el que los dos miembros de la pareja trabajen.

Más allá de la actual crisis económica y sus repercusiones para los hombres y las mujeres, es necesario considerar los retos a largo plazo relacionados con la igualdad de éstos en el mercado laboral. En tal sentido se hacen las siguientes precisiones:

- Si bien el nivel de formación de las mujeres ha aumentado considerablemente en los últimos años y, actualmente, más mujeres que hombres obtienen un título universitario (un 59 % de tituladas en todas las materias en la UE en 2006), las mujeres siguen concentrándose en sectores tradicionalmente feminizados y a menudo peor remunerados (sanidad y servicios asistenciales, educación, etc.), y ocupan menos puestos de responsabilidad en todos los ámbitos de la sociedad.
- La falta de servicios asistenciales para las personas dependientes (niños, discapacitados o personas de edad avanzada), así como de sistemas de permisos adecuados y fórmulas de trabajo flexible para ambos padres, impiden con frecuencia que las mujeres participen en el mercado de trabajo o que trabajen a tiempo completo. En 2008, el 31,1 % de las mujeres

en el mercado laboral trabajaba a tiempo parcial, en comparación con el 7,9 % de los hombres. Si se tiene en cuenta la tasa de empleo en términos de equivalentes a tiempo completo, el desequilibrio entre hombres y mujeres sólo ha experimentado una ligera reducción desde 2003 y, en nueve Estados miembros, incluso ha aumentado.

- Las mujeres con niños a cargo trabajan menos (-11,5 % en la tasa de empleo) que las mujeres sin niños a cargo, mientras que los hombres con niños a cargo trabajan más que los que no los tienen (+6,8 %). Esta fuerte influencia de la responsabilidad parental en la participación en el empleo está vinculada al papel tradicional de mujeres y hombres y a la falta de servicios de guardería en muchos Estados miembros. A pesar de que en los últimos años los servicios de atención a la infancia han aumentado, de acuerdo con los objetivos europeos, en muchos países el número de instalaciones sigue estando por debajo de estos objetivos, especialmente por lo que se refiere a los niños menores de tres años.
- El cuidado de otras personas dependientes también influye significativamente en la posibilidad que tienen mujeres y hombres de permanecer en el mercado de trabajo, un reto agravado por el envejecimiento de la población. En 2005, más de 20 millones de europeos de entre 15 y 64 años de edad (12,8 millones de mujeres y 7,6 millones de hombres) se encargaban de cuidar a personas adultas dependientes. Esta responsabilidad de cuidar a otros desempeña un papel en la baja de empleo de las mujeres entre 55 y 64 años de edad (36,8 % en 2008, 18,2 puntos más bajo que el índice correspondiente a los hombres). La ausencia de unas medidas adecuadas para conciliar el empleo y la vida privada también puede influir en la decisión de mujeres y hombres de no tener descendencia o de tener menos hijos, lo que supone un problema en relación con el envejecimiento de la población y la oferta de mano de obra en el futuro, y, por tanto, el crecimiento económico. Los países en los que las condiciones en materia de atención a la infancia, permisos parentales y sistemas de trabajo flexible son favorables, la tasa de empleo de las mujeres y el índice de natalidad son más elevados.

b) Situación actual en España

El estudio *“Mujeres y hombres en España 2010”*⁶⁹, realizado conjuntamente entre el Instituto de la Mujer y el Instituto Nacional de Estadística en lo referido al “mercado de trabajo formal” pone de manifiesto lo siguiente:

- Como factor positivo, al igual que en la Unión Europea, se detecta con carácter general un mayor incremento en el empleo y reducción del paro en la población femenina entre 2002 y 2009.

En lo que respecta al sector de población ocupada:

- En 2009 el número de varones ocupados desciende más que el de mujeres. El descenso

⁶⁹ Instituto de la Mujer, INE, *Mujeres y hombres en España en 2010* (INE, Instituto de la Mujer, Madrid 2010), disponible en: <http://www.ine.es/prodyser/pubweb/myh/myh.htm>.

más acusado del empleo en el año 2009 se produce en la población joven en ambos sexos. Se produce un mayor aumento de las tasas de empleo en las mujeres a partir de los 30 años. Aumenta la participación de las mujeres en todas las situaciones profesionales y disminuye la ocupación a tiempo parcial. Se produce un descenso en la ocupación a tiempo completo y aumento en la ocupación a tiempo parcial de los hombres.

- No obstante, del total de mujeres ocupadas, un 23,4% tienen jornadas a tiempo parcial y el 79,7% de las personas ocupadas a tiempo parcial por cuidar a personas dependientes son mujeres.
- En un 63,4% de parejas sin hijos ambos trabajan a tiempo completo, pero el porcentaje desciende al 38% si hay hijos menores de 6 años.
- El número de hijos disminuye la tasa de empleo de las mujeres, al contrario de lo que ocurre en los varones. Las tasas de empleo de los varones son más altas en todos los niveles educativos, excepto en doctorado.

Por lo que respecta al sector de población parada destaca que:

- Aumenta el paro de las mujeres pero en menor medida que los hombres. Aumenta la tasa de paro de las mujeres en todos los niveles educativos, excepto en doctorado. Se eleva el porcentaje de hombres y mujeres (de 18 a 59 años) que viven en hogares en los que ninguno de los miembros tiene empleo. El 9,2% de los niños (de 0 a 17 años) vive en hogares sin empleo. Se eleva el número de hogares (con al menos un activo) en los que todos los miembros del hogar están parados.

Por otra parte, la encuesta de empleo del tiempo 2009-2010⁷⁰, que tiene como objetivo principal conocer la dimensión del trabajo no remunerado realizado por los hogares, así como la distribución de las responsabilidades familiares del hogar y la participación de la población en actividades culturales y de ocio, el empleo del tiempo de determinados grupos sociales (jóvenes, desempleados, ancianos, etc.), todo ello con el fin de que se puedan formular políticas familiares y de igualdad de género, y estimar las cuentas satélites del sector hogares, ha hecho público en un avance de resultados realizado por el INE el 15 de julio de 2010, entre otras cosas, lo siguiente:

- Las mujeres dedican cada día dos horas y cuarto más que los hombres a las tareas del hogar. No obstante, en siete años los hombres han recortado esta diferencia en 45 minutos.
- En el análisis de la participación en las actividades y su duración se evidencia que el 38,6% de los hombres trabaja de forma remunerada y le dedica en media casi ocho horas, frente al 28,6% de las mujeres, que trabajan una hora y 20 minutos menos que los hombres.
- Por el contrario, el 92,2% de las mujeres realizan tareas domésticas y se ocupan del cuidado de niños, ancianos y dependientes (durante casi cuatro horas y media), frente al

⁷⁰ "Avance de resultados de Encuesta de Empleo del Tiempo 2009-2010" (INE, Julio 15, 2010), disponible en: <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft25%2Fe447&file=inebase&L=0>.

74,4% de los hombres (cuya duración promedio es de dos horas y media).

- Dados los resultados anteriores, hay más hombres que participan en actividades de tiempo libre y durante más tiempo, especialmente en *Deportes y actividades al aire libre*, y en *Aficiones e informática*. En las actividades en las que ambos sexos participan prácticamente por igual, como las de socialización o *Medios de comunicación (leer la prensa, ver la TV, escuchar la radio,...)*, los hombres disfrutaban de más tiempo que las mujeres.
- En cuanto al tiempo dedicado a las actividades en un día promedio analizado por sexo, se desprende que aunque en su conjunto los hombres trabajan una hora más que las mujeres, la dedicación por parte de las mujeres al hogar y a la familia supera en más de dos horas la de los hombres (cuatro horas frente a casi dos de los hombres).
- Las mujeres disponen de casi una hora menos de tiempo libre que los hombres.
- En cuanto a la evolución hacia la corresponsabilidad, cabe apreciar un mínimo avance en este sentido. Así se deduce del estudio donde se destaca que los hombres reducen el tiempo contratado o comprometido en trabajo y estudios en más de media hora. De este tiempo, 20 minutos los emplean en aumentar su dedicación a las tareas del hogar. En los últimos siete años los hombres han reducido la diferencia con las mujeres en tiempo de dedicación diario a las tareas del hogar en 45 minutos.
- En el caso de las mujeres el tiempo contratado en el trabajo o comprometido en los estudios se mantiene estable respecto al avance de resultados de 2002-2003. Así, dedican media hora menos a las labores domésticas y disponen de casi un cuarto de hora más de ocio.

Estos datos, entre otras cuestiones, nos muestran cómo la división sexual del trabajo sigue gozando de buena salud, aunque hay algunos indicadores positivos que parecen sugerir una leve evolución en la mejora de las condiciones de trabajo de las mujeres y su mayor accesibilidad y permanencia en el mercado laboral. Sin embargo, la crisis internacional vivida en los dos últimos años, tal y como señala el informe elaborado por la Comisión Europea, advierte de un posible retroceso. En cuanto al trabajo no remunerado, pese a un ligero avance de los hombres en corresponsabilidad, las cifras hablan por sí solas y ponen en evidencia el desigual uso del tiempo de vida de hombres y mujeres.

¿Cómo afrontar políticas realmente eficaces para los problemas ligados a la relación del trabajo y el tiempo? Una de las especialistas en la investigación sobre tiempo y género, Carrasco Bengoa, realizó en 2002 un análisis en profundidad sobre tiempo de trabajo y género⁷¹ en nuestro país, que entendemos completa y explica los resultados anteriores. Las conclusiones a las que llega son las siguientes:

⁷¹ Carrasco Bengoa, Cristina (Dir.), "Tiempos, Trabajos y Flexibilidad: una cuestión de género" 2002, disponible en: http://www.inmujer.migualdad.es/mujer/mujeres/estud_inves/2002/577.pdf.

- Se constata la intensificación de la flexibilidad laboral entendida como mayor poder empresarial para organizar el tiempo de trabajo diario y anual de las y los trabajadores, con escasa consideración de las necesidades de la vida cotidiana de éstos. Lo cual se traduce en una serie de “costes” o externalidades negativas que afectan seriamente a la calidad de vida de las personas y, en particular, de las mujeres.
- En segundo lugar, la estructura de la jornada laboral no es una cuestión ajena a las relaciones de género de nuestras sociedades. Hombres y mujeres tienden a especializarse en distintas formas de flexibilidad, que presentan condiciones e ingresos favorables a los primeros.

Además, existen algunas dificultades añadidas:

- La forma señalada más arriba de organización del trabajo, que supone la introducción de horarios “atípicos” (nocturnos, festivos, etc.), crea dificultades para realizar una vida social adecuada, particularmente para desarrollar actividades diferentes al trabajo mercantil que requieren el contacto con otras personas. La calidad de vida de las mujeres disminuye considerablemente cuando tienen empleos con jornadas largas o atípicas, particularmente las de bajos recursos, ya que difícilmente pueden mercantilizar parte de su trabajo familiar doméstico, lo cual impide disponer realmente de estrategias de “conciliación”.
- Dificultades de organización y planificación cuando la jornada laboral se torna variable y la empresa tiene la capacidad de imponer cambios súbitos en su duración y configuración. En el caso de las mujeres, para quienes el rol de “cuidadoras” casi exclusivas de la vida humana no ha dejado de pesar como un referente y una imposición social, los problemas se agravan por cuanto la inadecuación entre la vida laboral mercantil y la vida cotidiana genera una enorme presión social y moral, que es fuente de una enorme ansiedad y malestar, o que exige un importante esfuerzo para tratar de compaginar las distintas facetas de su vida social.
- Para las mujeres, las necesidades de cuidados que presentan las personas a su cargo ocupan un papel central en su vida. De aquí que cualquier variación en la jornada, fundamentalmente si no es conocida con anterioridad, representa graves trastornos que exigen rediseño de las estrategias familiares, con lo que significa -además del esfuerzo y gasto de energías- en sufrimiento personal: sentimiento de culpabilidad por la desatención, estrés, sensación de agobio, etc.
- En cuanto a la organización y estructuración del tiempo, las distintas aproximaciones de análisis utilizadas –por ciclo vital, hogares con dependientes, estudio cualitativo- muestran que la organización del tiempo de las personas viene determinado por el trabajo de mercado, y “el tiempo que queda” después de realizar la actividad mercantil se distribuye en el resto de las actividades, incluido el cuidado de la vida, la atención a las personas dependientes, etc. Pero frente a esta situación, mujeres y hombres presentan comportamientos muy diferentes que, dadas las condiciones sociales existentes, se

concretan en importantes desigualdades.

- La vida de los hombres claramente está determinada por su tiempo dedicado al trabajo de mercado, y "el tiempo que les queda" puede dedicarse al trabajo familiar doméstico u otras actividades. En cambio, para las mujeres la situación es mucho más complicada. El tiempo dedicado al trabajo de mercado también determina su organización diaria de tiempo, pero en situaciones críticas (momentos determinados del ciclo vital o presencia de dependientes), las mujeres aparecen reduciendo el trabajo de mercado y aumentando considerablemente el trabajo familiar doméstico.

Resumiendo, para Carrasco, en lo que al tiempo de trabajo respecta, se hace sin duda necesario introducir la perspectiva de género tomando en consideración algunas cuestiones. Así, una primera, es la de tener en cuenta el trabajo de las personas a lo largo de su ciclo vital proponiendo como solución un sistema de tiempo flexible que podría concretarse en el llamado "banco de horas". De acuerdo a ello, las y los trabajadores podrían acceder en determinados momentos a una especie de crédito de tiempo a devolver según negociación o regulación conjunta con la empresa. Otra posibilidad sería la de fomentar una semana más reducida de tiempo de trabajo, pero con distribución equitativa entre mujeres y hombres; y que podría ser particularmente minorada en situaciones específicas del ciclo vital o en las edades cercanas a la jubilación. En ningún caso, la reducción en el tiempo de trabajo deberá entenderse como jornada a tiempo parcial, que ha sido hasta ahora una forma de empleo femenino que ha reforzado los roles de género tradicionales. De cualquier modo, según la autora, todo este conjunto de políticas tendría que incorporar acciones que de alguna manera obligasen a los hombres a ir asumiendo el trabajo familiar doméstico, para, de este modo, intentar un cambio profundo de relaciones entre mujeres y hombres.

Para Teresa Torns Martí⁷², otra de las especialistas en analizar el tiempo desde una perspectiva de género, los problemas ligados a la relación del trabajo y el tiempo deben pensarse no sólo en el entorno laboral sino en el entorno de la vida cotidiana. Y desarrollarse a través de políticas públicas orientadas, principalmente, en torno a tres ejes:

- lograr la redistribución de la carga total de trabajo (empleo y trabajo doméstico-familiar y también trabajo cívico) entre todas las personas no dependientes.
- promover el cambio de la organización temporal socialmente vigente, en el ámbito laboral (jornada laboral), en la ciudad (políticas de tiempo y ciudad) y en el conjunto de la sociedad.
- impulsar el cambio de las pautas socio-culturales que amparan el modelo "*male breadwinner*".

Estos grandes planteamientos de fondo, para Torns, deben además situarse en un horizonte presidido por el tiempo de vida y un objetivo a corto plazo evaluable en términos de

⁷² Torns Martí, Teresa, "De la imposible conciliación a los permanentes malos arreglos", *Cuadernos de Relaciones Laborales* 1, nº. 23 (2005), pp.15-33.

bienestar cotidiano. Velar para no aumentar las desigualdades sociales por razón de clase, género y etnia, debe completar esas expectativas por utópicas que parezcan.

Como vemos, ambas autoras sostienen la necesidad, en lo que respecta al ámbito laboral, de promover un cambio de la organización temporal socialmente vigente y que afecte a la jornada laboral, no en la línea de las medidas que restan poder adquisitivo como los contratos a tiempo parcial, las reducciones de jornada o excedencias, y que inciden en la asociación conciliación-mujer-familia, sino más bien en la línea del nuevo derecho introducido por la LOI 3/2007, el art. 34.8 ET, y que viene a establecer el derecho de las y los trabajadores de adaptar, sin necesidad de reducción, la duración y distribución de su jornada para facilitar así la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

c) Consideraciones acerca del trabajo de las mujeres, el tiempo de trabajo y la capacidad de decisión sobre el mismo

Reflexionaremos en este apartado sobre algunas cuestiones que subyacen en los discursos relacionados con el trabajo desde una perspectiva de género.

Una de las afirmaciones que más se repite cuando se habla de la conciliación es aquella de la reciente incorporación en las últimas décadas de la mujer al mundo del trabajo. Podemos empezar cuestionándonos tal afirmación por cuanto que parece dar por buena la idea de que anteriormente la mujer no trabajaba, y que las tareas domésticas y de cuidado que realizaba, primero no son equiparables a “trabajo” y segundo, constituían su única ocupación. Tal y como reflexiona Pilar Pérez Fuentes, “cuando decimos que las mujeres se estaban incorporando al trabajo en este último tercio del siglo XX a tenor de lo que nos dicen los censos de población, estábamos partiendo de la afirmación de la ociosidad generalizada o de una exclusiva dedicación al trabajo reproductivo de nuestras antepasadas. Pero basta con que nos acerquemos a las vidas de muchas de nuestras madres, abuelas o bisabuelas para intuir que las cosas no ocurrieron así para la mayoría de la población. Y contamos con una importante producción investigadora referida a los siglos XVIII–XX a través de la cual se nos ha mostrado hasta qué punto el trabajo realizado por las mujeres, tanto el productivo como el reproductivo, siempre fue determinante para las economías familiares ya se tratase de hogares dedicados a la agricultura, a las artesanías, al comercio o de hogares de población asalariada. La cuestión es ¿cuando y cómo puede haber ocurrido una tamaña tergiversación de la realidad?”⁷³. Para entender las causas de la fuerte segregación de género que presenta el mercado laboral en nuestros días, esta historiadora, en la búsqueda sobre las raíces del problema, llega a la conclusión de que la industrialización supuso una transformación radical en la naturaleza del trabajo, en el significado del mismo y en las relaciones sociales que lo enmarcan, afectando de diferente manera a hombres y mujeres. El resultado es la construcción de un modelo de género

⁷³ Pérez-Fuentes Hernández Pilar, *El trabajo de las mujeres: una mirada desde la historia* (LAN HARREMANAK/2: Departamento de Historia Contemporánea Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2000).

fuertemente asimétrico en espacios, funciones y cultura del trabajo. A su vez, la concepción decimonónica del trabajo -remunerado y realizado fuera del hogar- acaba excluyendo de las contabilidades económicas y ocupacionales los trabajos reproductivos desarrollados en las unidades familiares. Por tanto, “siempre debemos de tener en cuenta que un factor clave para interpretar la histórica caída de las tasas de actividad femenina se encuentra en el campo de las mentalidades y no de las realidades, es decir en el nuevo paradigma de lo femenino y de lo masculino que acompaña a los procesos de industrialización y a la consolidación de las sociedades occidentales (...) El resultado es que a través de las estadísticas oficiales, la actividad universal de las mujeres preindustriales fue siendo sustituida por una también universal y mítica ausencia de la misma. Se trata de un juego de prestidigitación, desde el cual, el trabajo productivo de las mujeres se ve como excepcional y esa perspectiva aparece naturalmente adquirida, estructurada e incorporada a las costumbres, a las miradas y a las disciplinas que se ocupan del trabajo”⁷⁴.

Investigaciones como ésta ponen en cuestión el discurso del “reciente acceso al trabajo de la mujer”, presente en numerosos textos jurídicos, y que ponen de manifiesto, entre otras cosas, la necesidad de replantearse el verdadero origen de las políticas de conciliación. Como ya señalamos anteriormente, la conciliación tiende a entenderse como la solución al “deseo” de las mujeres de entrar en el mercado laboral. Y mientras en el discurso de la conciliación el trabajo remunerado se interpreta como emancipador en sí mismo, otros problemas como la precariedad laboral, la división sexual del trabajo y la discriminación continúan ausentes⁷⁵.

Por otra parte, se advierte en el discurso del trabajo que, el referido al doméstico y de cuidado, sigue estando devaluado. Esto supone la aceptación implícita de una jerarquía entre el trabajo productivo en la esfera pública/política a un nivel superior, y el trabajo reproductivo en la esfera privada/doméstica a un nivel inferior. Lo cierto es que la mujer se ha incorporado progresivamente al mercado de trabajo “formal” o “reconocido” sin dejar de realizar el trabajo doméstico y de cuidado “informal” o “no reconocido”, lo que evidentemente la ha colocado en desigualdad con respecto al hombre. Numerosas investigaciones así lo ponen de manifiesto. Baste señalar un estudio elaborado por el colectivo IOE durante el periodo comprendido entre 1994 y 2005 y que llega a la conclusión de que “el factor que mejor explica la posición subordinada de las mujeres en el mercado laboral es que todavía actualmente sean ellas quienes se ocupen del 75% de la carga de trabajo doméstico no remunerado. Y aunque la ausencia de series estadísticas sobre este particular impide conocer con precisión la evolución del reparto por sexos del trabajo doméstico, todos los indicios apuntan a que la incorporación de las mujeres en el mercado laboral no está siendo acompañada de una entrada equivalente de los hombres en las actividades del hogar, dando paso a nuevas formas de desigualdad de

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Peterson, Elin, “Entre Trabajadoras, Cuidadoras y Empleadas Domésticas: Formando el discurso político sobre la ‘conciliación de la vida familiar y laboral’ en España”, en *VII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración: Democracia y Buen Gobierno. Grupo de Trabajo*, vol. 22.

género en perjuicio de las mujeres. En especial, la “doble jornada” de muchas mujeres, en casa y fuera de casa, les expone a una situación de sobre-trabajo y estrés que perjudica su salud, física y psíquica, y da lugar a una mayor prevalencia femenina de enfermedades discapacitantes”⁷⁶.

Como solución, las políticas de conciliación han considerado positiva la creación de “empleo femenino” que muchas veces se asocia al fomento del trabajo flexible, así como al trabajo a tiempo parcial o a fórmulas de teletrabajo. No obstante, mientras se representa la flexibilización del trabajo como la solución al problema de la conciliación, a los hombres no se les anima a ese trabajo flexible, por lo que el mismo se entiende más bien como trabajo femenino. De nuevo aparecen los hombres como trabajadores que no tienen nada que conciliar.

Esto nos lleva a una segunda cuestión que es la relación existente entre tiempo y trabajo. Desde el mundo laboral se han llevado a cabo diferentes iniciativas bajo la idea de flexibilización de los procesos de producción. En un somero repaso de las políticas laborales centradas en el tiempo de trabajo podemos observar cómo las modalidades de contratación a tiempo parcial se introducen en principio para promover la incorporación de la mujer al mercado laboral y así facilitar una mayor presencia en el ámbito público. Entre tanto, el contrato a tiempo parcial se ha acabado imponiendo como una forma de facilitar las exigencias de flexibilidad del mundo productivo, principalmente el ligado al sector servicios, para cubrir horarios irregulares o fines de semana, tratándose de una modalidad de contratación mayoritariamente femenina. De acuerdo con Borràs, Torns y Moreno “el tiempo parcial resulta, así, la mejor manera de mantener la división sexual del trabajo a la hora de realizar el reparto de la carga total laboral. De ahí nace la argumentación que sustenta la corrección política de la conciliación, puesto que, si son las mujeres las que utilizan este tipo de empleos, parece lógico y correcto que ellas sean las únicas que tienen que conciliar, con lo que se cierra así el círculo que convierte la conciliación en una cuestión que afecta exclusivamente a las mujeres”⁷⁷. En consecuencia, políticas de conciliación como las excedencias y reducciones de jornada laboral persisten vinculadas a la idea de facilitar a la mujer el trabajo y el cuidado y por tanto sus planteamientos continúan anclados en los modelos tradicionales hetero-patriarcales y de la división sexual del trabajo.

Otro aspecto relevante del discurso sobre el trabajo por cuenta ajena es la capacidad omnímoda en las relaciones laborales del poder de dirección empresarial, lo que nos sitúa en el contexto más amplio del papel y consideración del trabajo en los sistemas productivos contemporáneos. Como nos dice Francisco José Trillo Párraga, “desde un punto de vista estrictamente material, el valor del trabajo es incuestionable aunque cabe matizar que no

⁷⁶ Colectivo IOÉ, “Hacia la igualdad de género en España: una década de avances y retrocesos (1994-2005)”, disponible en: http://www.colectivoioe.org/index.php/publicaciones_articulos/show/id/98

⁷⁷ Borràs, Vicent, Torns, Teresa, y Moreno, Sara, “Las políticas de conciliación: políticas laborales versus políticas de tiempo”, *PAPERS Revista de Sociologia* 83 (2007), pp. 83–96.

resulta un valor en sí mismo, sino que a través suyo se produce valor. Dicho de otro modo, el trabajo es el eje vertebrador de las relaciones sociales en los sistemas de producción capitalista y con él los elementos típicos que lo llenan de contenido”⁷⁸.

En nuestro caso, nos interesa resaltar el conflicto estructural entre capital y trabajo expresado en la tensión que genera el tiempo de trabajo en las partes de la relación laboral. Desde su vertiente inmaterial, “el mundo está caracterizado por la presencia de estructuras económicas y sociales que dotan de reglas y jerarquías los comportamientos de los miembros que componen una determinada sociedad, donde el trabajo se inserta como una actividad socioeconómica que proyecta aquellas reglas y jerarquías. De este modo, se otorga carta de naturaleza a hechos como que para vivir hay que trabajar, aceptando el establecimiento de relaciones de poder y dominación y, con ello, la conformación de grupos sociales. Así las cosas, el trabajo goza de la potencialidad de organizar, al menos de incidir fuertemente, tanto el tiempo cotidiano más inmediato como el proyecto vital de la persona trabajadora. (...) No en vano, uno de los debates sociales y jurídicos que provocan más pasiones es precisamente el de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”⁷⁹.

Y es que, inevitablemente, las medidas de conciliación han de enmarcarse por lo tanto en la relación empresa/trabajador-a y su diversa capacidad decisoria. Una cabal caracterización de la misma tal como se define en el ordenamiento jurídico español aparece recogida en este texto de Manuel Alonso Olea: “El poder de dirección se atribuye al empresario porque naturalmente lo exige el contrato de trabajo para el desarrollo ordenado de sus prestaciones, y porque naturalmente lo exige la empresa como institución para el cumplimiento de las actividades –producción de bienes y servicios para un mercado– que le son propias. Por uno y otro título el empresario es el definidor –dentro del marco doble, e igualmente amplio, de la empresa y del contrato de trabajo- de las obligaciones del trabajador a su servicio; tal es su derecho y, mirando las relaciones jurídico laborales desde perspectiva más amplia que la que presta cada una de ellas en particular, su deber; que se corresponde, dicho sea de paso, con un deber primario o inicial de obediencia por parte del trabajador, a quien frecuentemente se ha amonestado por la jurisprudencia que “en modo alguno puede erigirse en definidor de sus obligaciones”, debiendo, por el contrario obedecer las órdenes empresariales, sin perjuicio de su derecho a impugnarlas si las considera abusivas o lesivas”⁸⁰.

Esta naturalidad, que viene de antiguo, se ha visto limitada por el progresivo y a menudo tortuoso reconocimiento de derechos a las y los trabajadores, como nos recuerda Alfredo Montoya Melgar: “Cuando el Proyecto de Código Civil de 1821 se propone regular las relaciones de trabajo y dispone al efecto contundentemente que “el superior tiene derecho a la dirección del trabajo” (art. 462), más que inventar una nueva relación de dependencia, está

⁷⁸ Trillo Párraga, Francisco José, *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*, 1º ed. (Valladolid: Lex Nova, S.A., 2010), p. 292.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Alonso Olea, Manuel, “El poder de dirección del empresario (prólogo)”, en *El poder de dirección del empresario* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1965), p.106.

dando carta de naturaleza jurídica a fenómenos de la realidad social y económica. Tal elevación a categoría jurídica de exigencias económicas es, evidentemente, constante y universal. Ello es así porque el trabajo, eje del sistema productivo, ha sido siempre (y sigue siendo, pese al auge contemporáneo del trabajo autónomo) el trabajo dependiente y por cuenta ajena; lo que no impide que la tendencia histórica sea, como vio con lucidez Alonso Olea, la tendencia a la reducción –que no desaparición- de esa dependencia. En efecto, más y más los poderes del empresario van siendo limitados por los derechos, cada vez más numerosos y bien perfilados, que el Ordenamiento reconoce a los trabajadores”⁸¹.

Sin embargo, siguiendo a Antonio Baylos y Joaquín Pérez Rey podemos decir que “frente a todo tipo de apologías y mistificaciones, el poder privado empresarial debe ser analizado en términos políticos como un problema de autoridad y democracia en los espacios del trabajo organizado para la producción de bienes y servicios en una sociedad de mercado. Gran parte de los juristas del trabajo no reconocen de manera explícita la naturaleza fundamentalmente política de la empresa, pero la presuponen al considerar ineludible una estructura organizativa definida por la autoridad y la técnica funcional a las exigencias de la producción que constituye el interés de la empresa, un equivalente de la imagen política de ‘una sociedad jerárquica pero sin clases contrapuestas’. En tanto que ámbito de poder ejercitado autoritaria y represivamente, no puede configurarse como un espacio ‘neuro’ indiferente a la lógica democrática”⁸².

De ahí la necesidad de contextualizar el discurso del trabajo y del tiempo de trabajo en unas relaciones de poder privado que en ocasiones generan tensiones democráticas por causa de su afectación a determinados derechos fundamentales de las y los trabajadores, frente a la renovada “naturalidad” con que en las sociedades contemporáneas se explica la ordenación del tiempo de trabajo en términos puramente económicos, de productividad o rendimiento personal, y encaminados a un único fin de rentabilidad empresarial cuyos términos y condiciones aparecen definidos, sin discusión, por ese poder legitimado desde las más diversas instancias jurídico-políticas y sociales.

En palabras de Trillo Párraga, “la panoplia de posibilidades con las que cuenta el empresariado a la hora de modificar unilateral o consensuadamente, el régimen de aplicación del tiempo de trabajo se debe enmarcar, en línea con la titularidad del tiempo de trabajo, en la propia configuración del objeto del contrato de trabajo”⁸³. Según se analizaba anteriormente, la titularidad del tiempo de trabajo corresponde al empresariado con base en la propiedad adquirida por éste en el intercambio de trabajo por salario. De tal forma, que no puede resultar extraño que las medidas de modificación del tiempo de trabajo, cuantitativas y cualitativas,

⁸¹ Montoya Melgar Alfredo, “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 48 (2004), pp. 135-145.

⁸² Baylos Antonio y Pérez Rey Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, 2º ed. (Madrid: Trotta, 2009), pp. 46-47.

⁸³ Trillo Párraga, Francisco José, *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*, *Cit.*, pp. 219-222.

recaigan sobre él. No obstante, conviene en este punto traer a colación las palabras de Alonso Olea a propósito de aclarar en qué consiste esta propiedad adquirida por el empresariado a la que alude Trillo Párraga: “lo que el trabajador debe no es realmente tiempo de trabajo, sino el trabajo prestado durante un cierto tiempo y por tanto el objeto de su obligación no es la prestación de un número de días de trabajo, estando, por tanto fuera del ejemplo de obligaciones divisibles que da el art. 1.151 CC, sino el trabajo prestado durante un cierto tiempo”⁸⁴

Dicha titularidad, por tanto, no supone una capacidad omnímoda del ejercicio de los poderes empresariales en materia de tiempo de trabajo, sino que por el contrario encuentra límites, particularmente en relación con los derechos fundamentales que asisten a las y los trabajadores. Así pues, como indica Trillo Párraga, la capacidad de las y los trabajadores para adaptar su jornada, resulta factible en todos aquellos casos en los que se hallen en juego derechos fundamentales de las y los trabajadores, no sólo en los supuestos en los que la norma heterónoma⁸⁵ habilite al efecto. La presencia de un derecho fundamental habilita al trabajador a disponer de un tiempo de trabajo que, no perteneciendo al patrimonio de éste, sin embargo lo autoriza para disponer de aquél como si fuera de su propiedad. En este sentido, no sólo el trabajador goza del derecho a adaptar su jornada de trabajo, sino, lo que resulta más interesante a nuestros efectos, limita una posible modificación empresarial del tiempo de trabajo que pudiera conculcar o afectar dichos derechos fundamentales. No obstante lo dicho hasta ahora, nada evitaría que tal disposición pudiera pactarse, colectiva o individualmente, con el objetivo de que la parte empresarial sufriera el menor perjuicio posible de cara a la organización de los tiempos de trabajo de la producción.

⁸⁴ Alonso Olea, Manuel, *Manual de Derecho del Trabajo*, 5º ed. (Madrid: Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1978).

⁸⁵ En nuestra normativa, la capacidad unilateral individual del trabajador-ra de “modificar” o adaptar el tiempo de trabajo se reconoce en cuatro supuestos. El primero relativo al disfrute del crédito horario por parte de los representantes legales de los trabajadores, ex artículo 68.e) del ET. El precepto estatutario impone a falta de regulación convencional un determinado número de horas con las que el representante deberá realizar su labor, pero el precepto guarda un riguroso silencio en materia de distribución y uso de éste. Ello es así porque en caso contrario asistiríamos a una limitación ilícita del derecho de libertad sindical en relación con las funciones típicas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores desarrollada por sus representantes. La jurisprudencia constitucional, desde la temprana STC 38/1981 de 23 de noviembre, ha sentado la doctrina consistente en que el libre desarrollo de las funciones de representación de los trabajadores en el ámbito de la empresa no puede verse cercenada por obstáculos e injerencias empresariales.

El segundo tiene que ver con el desarrollo de otro derecho fundamental, el de la educación, en general, y la formación profesional, en particular. En esta hipótesis, el trabajador goza de permisos necesarios para asistencia a exámenes, de una preferencia a elegir turno de trabajo (art. 23.1.a) del ET), así como del derecho de adaptación de su jornada “para la asistencia a cursos de formación profesional” (art. 23.1.b) ET). De este modo se procede en el ámbito de las relaciones laborales al reconocimiento del derecho fundamental a la educación (art. 27 CE) instrumentalizado en nuestro caso al desarrollo del mandato contenido en el art. 35.1 de la CE en relación al derecho de todo trabajador-ra a promocionar a través del trabajo.

El tercero es el derecho establecido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que modifica el art. 37.7 ET La trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.

El cuarto es el nuevo párrafo 8º del art. 34 ET introducido por la LOI 3/2007 que establece el derecho de las y los trabajadores a adaptar la duración y distribución de su jornada como medida de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Si ello es así, nos dice este autor, se podría afirmar que la presencia de un derecho fundamental en relación con el régimen de aplicación de la jornada de trabajo implica un límite a la capacidad empresarial de organizar la producción bajo la óptica del tiempo de trabajo. Situación ésta que, sin embargo, no ha llegado a cuajar en relación con otros derechos fundamentales como el de la vida e integridad física, como objetivo último del derecho de las y los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo, o el derecho a la dignidad personal e igualdad de género, bajo el cual se encuadran los denominados derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. A este respecto tendremos ocasión de pronunciarnos en el apartado cuarto de este capítulo, donde analizaremos con detenimiento la jurisprudencia constitucional en torno a los derechos de conciliación y sus limitaciones, especialmente en relación con esta vinculación entre éstos y los derechos fundamentales a la que hemos aludido.

Pero ¿resulta posible la conciliación real entre la vida laboral y la personal-familiar en un sistema económico capitalista flexible de producción y consumo como el actual?

De acuerdo con Ana M^a Rivas, “las diversas formas de flexibilidad laboral, más que reducir y facilitar la jornada de trabajo, la redistribuyen de acuerdo a las necesidades de la empresa, lo que normalmente significa una organización del tiempo que repercute negativamente en la vida de las personas, especialmente de las mujeres. Las políticas de flexibilidad laboral lejos de facilitar la conciliación entre vida familiar y laboral, entre géneros, lo que hacen es acentuar las diferencias y utilizar la conciliación como una coartada para legitimar estas políticas”⁸⁶. Esta autora se cuestiona los supuestos implícitos en el planteamiento de la conciliación personal, familiar y laboral en la medida en que hasta ahora, éstos no se oponían a la lógica que subyace a la organización del trabajo, al mercado laboral y al sistema económico capitalista de producción bajo la versión actual de flexibilidad laboral. Mientras esto no se cuestione, no tiene sentido seguir hablando de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, porque es imposible conciliar lo que es irreconciliable: la lógica capitalista del beneficio y la lógica de la sostenibilidad humana. La introducción por el legislador del derecho del trabajador-ra a decidir sobre su jornada ha introducido un cambio en este sentido, así que se hace necesario repensar los límites del poder de dirección del empresariado e igualmente en el principio fundamental de libertad de empresa y su fricción con los derechos fundamentales de los trabajadores. Todo un ejercicio de ponderación donde, como veremos más adelante, tiene mucho que decir la dignidad personal.

d) La regulación del tiempo en la LOI 3/2007

Como ya vimos en el apartado dedicado a la división sexual del trabajo, ni el tiempo ni el trabajo tienen el mismo valor ni significado para hombres que para mujeres. Así lo confirman los datos recientes a los que hemos hecho referencia y que reflejan que a día de hoy la carga

⁸⁶ Rivas, Ana María, “El empleo o la vida: perder el empleo para conservar la vida o renunciar a la vida para conservar el empleo? de qué conciliación hablamos?”, *Revista Antropología Iberoamericana* 1, nº. 3 (Diciembre 2006), pp. 367-374.

total de trabajo (trabajo productivo más trabajo reproductivo) sigue estando desigualmente distribuida y que hombres y mujeres tenemos un uso desigual del tiempo. Si queremos que las políticas de conciliación sean realmente eficaces, éstas deben desarrollarse conjuntamente con unas políticas sobre los usos del tiempo, dado que el tiempo de trabajo, su ordenación jurídica, es relevante a efectos de conseguir la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. El tiempo se ha convertido en un valor en alza en las sociedades del bienestar y por tanto ha de ser tenido en cuenta a la hora de revisar las políticas públicas de igualdad de género. Desde la reforma laboral de 1994, la negociación colectiva y el contrato individual disponen lo referente a la ordenación del tiempo de trabajo. Es a partir de esta reforma cuando comienza a cambiar el modelo tradicional de jornada laboral iniciando una tendencia cada vez mayor hacia la flexibilización del tiempo de trabajo. Ana María Valcárcel sostiene que el objetivo de las políticas sobre los usos del tiempo debe ser “conseguir que los proyectos de cambio de los tiempos en las ciudades sirvan a toda su población, hombres y mujeres, para dar a todos la posibilidad de corresponsabilizarse en todas las áreas que la sociedad y las personas que la forman necesitan para poder seguir funcionando y al mismo tiempo para acabar con la situación de desequilibrio que se da actualmente puesto que a pesar de que las mujeres se han incorporado al mundo laboral, siguen asumiendo casi en exclusiva la responsabilidad del trabajo doméstico y del trabajo de atención a mayores y niños”⁸⁷. En este sentido y por indicación de la normativa comunitaria, la LOI 3/2007 en su art. 22 sobre acciones de planificación equitativa de los tiempos, ha establecido que: “Con el fin de avanzar hacia un reparto equitativo de los tiempos entre mujeres y hombres, las corporaciones locales podrán establecer Planes Municipales de organización del tiempo de la ciudad. Sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, el Estado podrá prestar asistencia técnica para la elaboración de estos planes.” Este artículo ha de interpretarse en relación con el art. 14.8 que establece como uno de los criterios generales de actuación de los poderes públicos “el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia”.

El contenido del art. 22 surgió de la enmienda núm. 137 del Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds en la que se proponía la adición de un nuevo título IV bis compuesto por seis artículos dedicados al reparto entre los tiempos de trabajo, cuidado, formación y ocio. Para Valcárcel, pese a que la iniciativa propuesta por la LOI 3/2007 podría ser muy buena, “se ha errado en su formulación, no sólo porque se trata de acciones potestativas y no imperativas para las corporaciones locales, sino también por una excesiva parquedad de su redacción”⁸⁸.

⁸⁷ Valcárcel, Ana María de la Encarnación, “La perspectiva de género en las políticas públicas”, en *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, 1º ed. (Madrid: La Ley grupo Wolters Kluwer, 2008), pp. 154-158.

⁸⁸ Ibid.

A la misma conclusión llega Santiago García Campá al analizar los términos empleados en la redacción del artículo afirmando que “este precepto podría considerarse de naturaleza programática, puesto que enuncia una política pública para la igualdad, la planificación equitativa de los tiempos, cuya puesta en práctica dependerá de criterios de oportunidad política”⁸⁹. Del mismo modo señala este autor su falta de efectividad al no haberse variado el contenido de la Ley de Bases de Régimen Local así, como la vaguedad en su redacción al no haberse delimitado los municipios a los que va dirigida la habilitación.

En cuanto a su contenido, para Valcárcel “la experiencia europea nos muestra que los usos de los tiempos se centran en políticas que tratan de conciliar la vida profesional de la mujer con su vida personal (...) La igualdad no es un tema que solo afecte a las mujeres. Por esta razón, para poder alcanzar la igualdad que propugna la LOI, las medidas de conciliación deben ir orientadas a ambos sexos. No cabe hablar de medidas de conciliación para la mujer, sino de medidas conducentes a mejorar la calidad de vida de ambos colectivos, que sólo se conseguirán ampliando el número de servicios municipales orientados a estos fines. Por todo ello encontramos muy acertada la afirmación de Carrasco Bengoa, que no habla de conciliar sino de reorganizar. No se trata del tiempo de las mujeres sino del tiempo de las personas, porque el tiempo de las personas debe poderse armonizar con la implicación de todos los agentes sociales al ser un elemento básico de bienestar cotidiano y de cohesión social y porque debe fomentarse la paridad y la igualdad de oportunidades, dejando de considerar la gestión del tiempo como un problema exclusivo de la mujer”⁹⁰.

En este sentido, afirma García Campá que, “lo que se persigue es un reparto más equitativo de los tiempos entre las mujeres y los hombres en las diversas facetas de la vida social, que pueden ser sintetizadas en tres grandes grupos: vida profesional, vida familiar y vida personal. Bajo esa perspectiva, el art. 22 LOI formula un instrumento que, al igual que los derechos de conciliación reconocidos en el art. 44 LOI, contribuye a la igualdad efectiva de mujeres y hombres mediante una distribución más equitativa entre ambos sexos del tiempo dedicado a la vida profesional (empleo), familiar (labores domésticas, atención a la familia, tareas de “cuidado”) y personal (tiempo de ocio y tiempo de participación ciudadana)”⁹¹. Este autor realiza además una crítica a la organización de las cuestiones relativas al tiempo, con atención principal al de trabajo, en lo que sería la dicotomía jornada laboral-tiempo libre, quedando el resto de usos del tiempo relegado a un espacio insignificante, y cuya traslación legal se materializa en la mera introducción de medidas de conciliación de la vida profesional, personal y laboral, sin tener en cuenta otras medidas destinadas a posibilitar usos del tiempo distintos a los comprendidos en esa dicotomía. El art. 22 LOI 3/2007, al tomar en consideración la dimensión temporal en el espacio urbano, la incorpora en relación con otras políticas

⁸⁹ García Campá, Santiago, “Comentario al artículo 22. Acciones de planificación equitativa de los tiempos”, en *Comentarios a la Ley de Igualdad*, 1º ed. (Valencia: CISS, 2007), pp. 259-262.

⁹⁰ Valcárcel, Ana María de la Encarnación, “La perspectiva de género en las políticas públicas”. *Cit.*

⁹¹ García Campá, Santiago, “Comentario al artículo 22. Acciones de planificación equitativa de los tiempos”, *Cit.*

distintas a las de conciliación. De este modo, García Campá distingue entre dos tipos de políticas del tiempo en la LOI 3/2007: las políticas del tiempo de trabajo que incluyen las previsiones efectuadas en los arts. 44, 46.2 y 56 a 60, y las políticas del tiempo de la ciudad que serían las contempladas en los arts. 22, 30.4 y 31 LOI.

En cuanto a las medidas concretas relacionadas con la ordenación del tiempo de trabajo que se establecen en la LOI 3/2007, éstas deben contemplarse en conjunto con otras que aparecen en la norma y que tienen cierta conexión, y además deben ser analizadas desde esa intencionalidad evidente de contribuir a profundizar en los cambios sociales que cuestionan la tradicional división sexista de los roles y el fomento de la corresponsabilidad. Las medidas son las siguientes:

-El derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo (Disposición Adicional Undécima tres de la LOI 3/2007 que reforma el art. 34 del ET, añadiéndole un nuevo apartado, el 8º). A nuestro juicio, se trata de la medida con mayor potencialidad para facilitar la conciliación de la vida personal, familiar, y laboral desde una perspectiva más amplia que la meramente familiar, y que posibilita además compatibilizar varios aspectos del tiempo de vida de las personas sin tener que prescindir de una parte del salario. En concordancia con su potencialidad, se trata sin duda de la medida relacionada con la ordenación del tiempo de trabajo adoptada por el legislador más controvertida a causa de las reticencias y dudas que en su aplicación ya se han presentado. Dedicaremos nuestro capítulo siguiente a su estudio.

-La ampliación del permiso retribuido por enfermedad de familiares (Disposición Adicional undécima, cuatro).

-La nueva regulación del permiso por lactancia (Disposición adicional undécima cinco, primera parte).

-La nueva regulación de la reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares (Disposición Adicional undécima, cinco, segunda parte).

-La nueva regulación de las vacaciones anuales (Disposición adicional undécima, seis).

-La solución de los desacuerdos en materia de tiempo de trabajo, en temas relacionados con la conciliación (Disposición adicional, undécima, veinte) al que dedicaremos también un apartado.

3. Discursos, limitaciones y pérdida de contenido del concepto “conciliación”

Pese a la aparente univocidad del término “conciliación”, veremos en los siguientes apartados el distinto uso que se hace del mismo en diversos contextos, hasta el punto de que tales diferencias superan lo semántico para reformular el propio concepto en atención a una

serie de propósitos que revelan, en último término, las insuficiencias existentes en su regulación, así como la generación de nuevas desigualdades.

3.1. Análisis de algunos discursos sobre la conciliación

Si consultamos el Diccionario del Español Actual⁹² conciliar significa poner en armonía o de acuerdo a dos o más personas o cosas, o una con otra, así como también hacer compatibles dos o más cosas, o una con otra. Pero en términos jurídicos ¿qué entendemos cuando hablamos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?

Elin Peterson ha realizado una investigación utilizando la metodología del análisis de marcos desarrollada por MAGEEQ⁹³, sobre cómo se construye la categoría de género a través de los discursos sobre la conciliación de la vida familiar y laboral, así como en otras políticas de igualdad de género⁹⁴. Peterson parte de la hipótesis de que la existencia de interpretaciones múltiples y, muchas veces contradictorias, en relación con el problema de la desigualdad de género, influye en la formulación e implementación de las políticas de igualdad en Europa. Porque de acuerdo con esta autora, para que las políticas de igualdad de género sean eficaces tienen que estar fundamentadas en nociones que admitan una transformación de género. Sin embargo, la conclusión a la que llega tras analizar los discursos que ha realizado de dichas políticas⁹⁵, es que existe una brecha entre la teoría feminista y las llamadas políticas de igualdad de género, dado que éstas continúan sin desafiar las construcciones sociales en torno al género y por tanto no se cuestionan realmente los distintos papeles que juegan mujeres y hombres en la sociedad.

En lo que concierne a la conciliación Peterson nos dice que este debate se ha construido discursivamente y que involucra procesos de exclusión y visiones esencialistas de la categoría “mujeres”. Podemos identificar así tres enfoques feministas diferentes sobre la conciliación que pueden coexistir en un mismo país o reforma de acuerdo con el estudio elaborado por Amy Mazur⁹⁶:

⁹² Seco Manuel, Andres Olimpia, y Ramos Gabino, *Diccionario del Español Actual*, vol. 1, 2 vols., Lexicografía (Madrid: Aguilar, 1999).

⁹³ MAGEEQ es un proyecto europeo de investigación, iniciado en el 2003, cuyo objetivo es analizar los marcos interpretativos de las políticas de igualdad de género en Europa y así contribuir a la mejora de la formulación de dichas políticas. El proyecto está financiado por la Comisión Europea en el ámbito del V Programa Marco. MAGEEQ son las siglas de “*Mainstreaming Gender Equality*” in Europe o “*Mainstreaming* y Políticas de Igualdad de Género en Europa”. El equipo español del Proyecto MAGEEQ, pertenece al Departamento de Ciencia Política y de la Administración II de la Universidad Complutense de Madrid.

⁹⁴ Peterson, Elin, “Entre Trabajadoras, Cuidadoras y Empleadas Domésticas”. *Cit.*

⁹⁵ El periodo comprendido en su análisis comprende desde 1995, año de la IV Conferencia de Pekín y punto de partida de las estrategias de *mainstreaming* de género, hasta 2004. Los documentos que ha empleado para su análisis son: El tercer plan de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres 1997–2000, Cuarto plan de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres 2003–2006; Ley 39/1999 de 5 de Noviembre para promover la conciliación entre la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; Ley 46/2002 de 18 de Diciembre de reforma parcial del IRPF; así como el Programa Electoral del Partido Popular de 2004.

⁹⁶ Mazur, Amy, *Theorizing feminist policy* (Oxford: Oxford University Press, 2002).

Un primer enfoque que asume que las mujeres son cuidadoras y que deben recibir apoyo para realizar este papel, por ejemplo a través de salarios para amas de casa.

El segundo enfoque modifica ligeramente la división sexual del trabajo, ya que se considera que las mujeres tienden a realizar el trabajo de cuidado, pero que no se debería impedir que trabajen igualmente fuera del hogar. Por lo tanto las políticas deben proteger a las mujeres para que no se las penalice por su papel de madres cuidadoras.

El tercer enfoque es más radical en el sentido de que redefine los papeles de hombres y mujeres para que se comparta el cuidado. Las acciones políticas se dirigirán a promover que se comparta el cuidado de hijos entre hombres y mujeres y extender los incentivos para aumentar la parte de los hombres en el mismo. Ciertamente, consideramos éste último enfoque como el más adecuado para el desarrollo efectivo de la igualdad entre mujeres y hombres a través de las políticas de conciliación, por cuanto el ámbito privado/doméstico ha permanecido hasta el momento inalterable y se precisan, además de acciones que fomenten el cuidado masculino, verdaderas estrategias de cambios estructurales que ayuden a deconstruir los roles tradicionales, en la consolidación de un modelo universal de ciudadano-a/trabajador-a/cuidador-a, que trascienda y se desvincule del sexo-género.

Así pues, es esencial tomar conciencia de que el término es problemático en el sentido de que determina las fronteras del debate. Debemos tener en cuenta que las políticas de conciliación no son inherentemente feministas, por el contrario, dependiendo de la manera en que se articulan y del contexto pueden facilitar o impedir los objetivos feministas.

En nuestro país, el concepto “conciliación de vida familiar y laboral” se introduce por vez primera en la legislación con la LCVFL 39/1999. Tal y como se desprende de su Exposición de Motivos, la conciliación surge para procurar solventar el problema derivado de la incorporación de las mujeres en el mercado laboral, incidiendo principalmente en la relación entre el individuo y el mercado. Por lo tanto, se debe “ayudar” a las mujeres a que puedan combinar trabajo reproductivo con trabajo productivo focalizando el problema principalmente en el mercado laboral, no en el ámbito privado. Como vemos, para el legislador la conciliación es sólo un problema de “madres trabajadoras” por lo que si no se tienen hijos, si las mujeres no tienen un trabajo formal retribuido, si no se pertenece a un determinado régimen de seguridad social... no hay nada que conciliar. Éste es el marco dominante que, según Peterson, se deriva de los discursos de los documentos políticos elaborados durante el gobierno del Partido Popular. Así, pese a las buenas intenciones de la LCVFL 39/1999 de mejorar la situación de las madres trabajadoras, esta norma reproduce los roles tradicionales de género puesto que no aspira a redistribuir las responsabilidades sino que perpetúa las expectativas sobre hombres y mujeres. A su vez, la división sexual del trabajo de acuerdo con la construcción social del “trabajo femenino” y del “trabajo masculino” emerge como una división incuestionable. La ley no reconoce el papel de los hombres cuidadores ni tampoco el de las mujeres desempleadas, trabajadoras del sector informal o amas de casa. Al mismo tiempo, se tiende a ver la

conciliación como un elemento clave para la emancipación femenina y se contempla no como una parte integral del problema de la desigualdad de género, sino como la solución.

Peterson califica por tanto a esta ley como una “transposición descaminada” de la directiva 96/34 de la Unión Europea que promueve derechos individuales e intransferibles tanto para la madre como para el padre. La ley, pretendiendo hacer copartícipes a los padres del cuidado, introduce la posibilidad de que el padre disfrute de una parte del periodo del derecho de la madre, pudiendo ésta ceder parte de sus 16 semanas al padre. De hecho, el concepto de baja por paternidad no aparece en los textos sino que está implícitamente incluido en la baja por maternidad, por lo que de nuevo, en vez de fomentar una mayor igualdad entre mujeres y hombres, la ley refuerza los estereotipos de género que obstaculizan la igualdad de oportunidades.

Como vemos, aunque la LCVFL 39/1999 responde a la necesidad de un nuevo modelo social en el que la responsabilidad familiar ya no descansa únicamente sobre la mujer trabajadora, esta transformación es insuficiente si no cambia la cultura de género y las estructuras del mercado. Y es que los derechos de conciliación nacen en nuestro país con un fuerte carácter familiar que trata de poner el acento en el papel desempeñado por la mujer en la sociedad actual. Básicamente en su doble consideración como persona que accede a un trabajo retribuido y al mismo tiempo como el sujeto sobre el que ha recaído -y recaen mayoritariamente las responsabilidades familiares, no sólo aquellas reproductivas.

a) Las políticas *family-friendly-companies*

Estudios realizados en los últimos años desde diferentes ámbitos evidencian una tendencia al desarrollo de las políticas de conciliación como una herramienta más de la empresa para gestionar sus recursos humanos con la finalidad principal de mantener e incentivar a sus talentos, y que por lo tanto se disfrutan sólo por un determinado tipo de trabajadores-ras. Así, por ejemplo, lo explica Teresa Torns al confirmar la hipótesis planteada en torno a las políticas de conciliación como estrategia específica de la gestión de los recursos humanos. “Ello supone, por lo tanto, que se refuerza la individualización de las relaciones laborales e, incluso, que se provoca una polarización en el colectivo de trabajadores. Esa polarización existe no sólo como resultado de ver la conciliación como algo que afecta únicamente a las mujeres sino por el hecho de orientarla hacia aquellos empleados y empleadas cuyo valor añadido parece más evidente a los ojos de la dirección. Un ejemplo de ello son las “buenas prácticas” que algunas empresas están desarrollando al respecto. Las sospechas, en este último caso, son fruto de observar cómo la conciliación es un tema que queda fuera de la negociación colectiva, por las razones antes aducidas, y de ver cómo tiende a ser una política de escaparate para la empresa. Pues, a tenor de la información obtenida,

esas “buenas prácticas” coexisten con otras actuaciones que, en demasiadas ocasiones, refuerzan la precarización actual de las condiciones laborales de la mayoría de la plantilla”⁹⁷.

Estas fórmulas de vinculabilidad limitada (*soft law*) como el *flexitime*, el teletrabajo apoyado en el uso de teleconferencias, los bancos de tiempo libre remunerado, la semana laboral comprimida o licencias no remuneradas de uso personal, como nos dice Manuel Correa Carrasco, que generalmente escapan de la regulación convencional y que suelen dirigirse a ciertos colectivos de trabajadores-ras especialmente cualificados, constituyen simplemente prácticas dirigidas a fidelizar a estos trabajadores-ras, y no tanto a una verdadera voluntad práctica política de conciliación en la empresa. “Suponen, en definitiva, un tratamiento dual de la conciliación, donde se efectúa una diversificación de contenidos y procedimientos en función de la cualificación profesional. De este modo, los trabajadores-ras de cualificación alta (directivos, cuadros técnicos, personal administrativo) se benefician de un régimen dotado de mayor grado de autonomía (...) Por su parte, para el resto de los trabajadores-ras, con menor cualificación profesional, las posibilidades de conciliación van a estar en función de las distintas eventualidades de tipo organizativo propias de la actividad productiva”⁹⁸.

b) Las “otras” mujeres

Las políticas de igualdad articuladas en los últimos años en el ordenamiento jurídico español por el gobierno del Partido Socialista parten de una idea re-distributiva de la misma, que requiere de una re-organización de la ciudadanía y que insiste en la idea de la corresponsabilidad y una re-articulación de la organización de trabajo para mejorar la conciliación de mujeres y hombres. Si bien se reconoce como causas principales del problema los valores tradicionales y los marcados estereotipos de las mujeres como cuidadoras y los hombres como cabezas de familia o principales sustentadores, *male breadwinner*, las soluciones y acciones propuestas enfocan nuevamente a las mujeres como principales actrices de la conciliación. Así, por ejemplo, tras la aprobación de la Ley 39/2006 para la creación de servicios públicos de cuidado que cubran las necesidades de la ciudadanía, vemos que son nuevamente las mujeres, esta vez principalmente las inmigrantes con pocos recursos, las que en gran medida continúan asumiendo este tipo de tareas. Por otra parte, aunque la LOI 3/2007 equipara derechos de las y los trabajadoras del régimen general al régimen de trabajadores-ras autónomos, sin embargo otros regímenes especiales más desfavorecidos y que constan con un gran número de mujeres afiliadas como el régimen de empleados-as al servicio del hogar familiar o el régimen especial agrario, continúan sujetos a una regulación a día de hoy obsoleta⁹⁹ que no ha sido objeto de ninguna modificación con posterioridad a su publicación y

⁹⁷ Torns Martí, Teresa, “De la imposible conciliación a los permanentes malos arreglos”. *Cit.*, p.25.

⁹⁸ Correa Carrasco, Manuel, “Tiempo de trabajo e Igualdad de género: regulación legal y negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social*, nº. 49 (Marzo 2010), p.203.

⁹⁹“Real Decreto 1424/1985, de 1 agosto rect. BOE 13 agosto 1985, que regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”.

que, por ejemplo, ni tan siquiera contempla los permisos establecidos en el art. 37.5 del ET para las y los trabajadores de este régimen especial¹⁰⁰.

Por tanto, expone Peterson, la supuesta unidad de la categoría “mujeres” se problematiza cuando se enfatizan las desigualdades relacionadas con la clase social o la etnia. Ahora son las mujeres inmigrantes con pocos recursos las “otras” cuidadoras, las empleadas domésticas, mujeres en las que se solapan la desigualdad de género, de clase y nacionalidad. En el análisis que realiza de las voces que enfatizan la discriminación múltiple de las mujeres inmigrantes de clase trabajadora nos explica que, desde el feminismo institucional, algunos estudios elaborados por el Instituto de la Mujer ponen de manifiesto que la rápida incorporación de las mujeres al mundo laboral y la falta de re-distribución del trabajo doméstico y de cuidado produjo una fuerte demanda de empleadas domésticas, hueco que fue llenado por las mujeres inmigrantes. Este trabajo doméstico, por su carácter “privado” está adscrito a normas distintas como la flexibilidad según las necesidades de los y las empleadoras domésticas y por tanto estas trabajadoras no gozan de los mismos derechos laborales que el resto de trabajadores-as del régimen general.

A su vez, desde las voces sindicales, se ha hecho hincapié en la crisis del cuidado y al mismo tiempo en la precariedad de las condiciones de trabajo de las empleadas domésticas, trabajo que no sólo está Infra-valorado sino que además las condiciones de trabajo y los salarios son deficientes. Así lo subrayan estudios como el elaborado por UGT en noviembre de 2003, *La inmigración y el mundo del trabajo: el servicio doméstico*. También desde las voces académicas algunos estudios, como el realizado en 2001 por el Colectivo IOÉ¹⁰¹, ponen de manifiesto las relaciones asimétricas de poder entre empleadas y empleadoras a pesar del lenguaje común de definir la empleada doméstica como “una de la familia”. Este estudio describe cómo las condiciones de estas trabajadoras muchas veces están entrelazadas con el sexismo, el racismo y la servidumbre. Además el estudio nos advierte de que la demanda está convirtiendo el trabajo doméstico en una opción mal pagada que solamente quien no encuentre un “trabajo verdadero” realizará. A su vez, señala lo contradictorio del hecho de que la democracia y la libertad coexisten con la servidumbre, que la proclamada igualdad de oportunidades está basada en el trabajo no reconocido realizado por las mujeres y, últimamente, debido a las relaciones asimétricas entre Norte-Sur, por las mujeres inmigrantes. Para muchas trabajadoras domésticas el trabajo en España significa la desestructuración de sus propias familias lo cual da un sentido paroxal al concepto de la conciliación.

3.2. Limitaciones y pérdida de contenido del concepto “conciliación”

¹⁰⁰ Art. 7. 5. Del RD 1424/1985: “El empleado de hogar tendrá derecho al disfrute de los permisos previstos en el artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores”.

¹⁰¹ Colectivo IOÉ, “Relatos desde la entraña de los hogares. Voces de inmigrantes en el servicio doméstico”, *OFRIM Suplementos, 8 Comunidad de Madrid*, 2001. Disponible en: http://www.colectivoioe.org/investigaciones_articulos.php?op=articulo&id=54

En resumen, pese a las diferentes lecturas que subyacen en los discursos sobre la conciliación, podemos decir que, a grandes rasgos, se plantea desde dos perspectivas:

Desde la que impera y sobre la que se han desarrollado las políticas de conciliación, se considera que éstas vienen a ser una solución para las mujeres trabajadoras. Toda una serie de medidas adoptadas, principalmente en el ámbito del Derecho del Trabajo y la S. Social, a resultas de su incorporación al mercado de trabajo, a fin de que mantengan una especial protección en el trabajo durante su ejercicio, sin apartarse completamente del mercado, a la vez que puedan seguir dedicándose a las tareas domésticas y de cuidado familiar.

Sin embargo, desde una perspectiva principalmente feminista, se ha analizado esa necesidad de conciliación como un problema para la mujer, sobre todo porque su incorporación al mercado se ha producido asumiendo ésta también las labores de domésticas y de cuidado, sin la correspondiente asunción por el hombre de estas tareas, lo que en la práctica supone la realización de la denominada “doble jornada”, que, por otra parte, no es algo que la mujer lleve realizando únicamente desde su incorporación masiva al mercado. A su vez, se ha criticado que las medidas jurídicas adoptadas no son realmente eficaces puesto que restan poder adquisitivo y derechos a las mujeres, máxime cuando la realidad social nos indica que los hogares monoparentales con hijos a cargo son cada vez más numerosos y que por tanto se hace muy complicado prescindir de una parte del salario. Otro factor a tener en cuenta es la ausencia de políticas públicas sobre el uso del tiempo, mientras que la empresa se encuentra anclada en viejas estructuras y sistemas productivos y de distribución del tiempo de trabajo sustentadas en un modelo masculino de trabajador, lo que muchas autoras han denominado la *lógica productivista* en la que el empleo presupone la total disponibilidad del trabajador-ra. Por último, todo ello se produce bajo la ausencia de una reacción firme por parte del Estado que facilite el hecho de tal incorporación, si bien en los últimos años, normas como la Ley de Dependencia, la Ley de Violencia de Género y la propia LOI 3/2007, manifiestan la voluntad de un cambio en el modelo actual del Estado de Bienestar. La perspectiva feminista señala por tanto la necesidad de incidir en la corresponsabilidad, la valoración del trabajo doméstico y de cuidado, el reforzamiento de políticas públicas eficaces para toda la ciudadanía que actúen sobre el uso del tiempo y posibiliten en definitiva acabar con la división sexual del trabajo. Todo ello se demanda desde diferentes sectores a través de la reformulación de un nuevo pacto social que introduzca la perspectiva de género.

No obstante, el punto de vista hegemónico de la conciliación, que es el que ha impregnado el desarrollo de este tipo de políticas, hasta prácticamente los últimos cinco años, se manifiesta por tanto como su mayor limitación a la vista de los resultados obtenidos tanto por contribuir a la solución de la desigualdad de géneros como por producir nuevas desigualdades en las que el género se entrecruza con otras categorías como la etnia o la clase.

Según apuntaba ya Peterson, a la hora de abordar el tema de la conciliación conviene tener presente que se trata de un término controvertido por cuanto es contenedor de

significados diferentes, incluso opuestos, lo que en gran medida ha dificultado su desarrollo a través de medidas legislativas efectivas, así como su propia interpretación tanto por los operadores jurídicos como por la sociedad en general. Los primeros inconvenientes que surgen sobre la conciliación provienen, tal y como expresa Torns¹⁰², del recelo que el propio concepto origina, puesto que el tema que la conciliación pretende abordar es viejo y tiene que ver, principalmente, con la relación entre trabajo y tiempo, relación que si se lee en clave mercantil y masculina significa empleo y jornada laboral pero que, si se lee en clave femenina, supone que el trabajo se convierte en algo más que el empleo, puesto que al trabajo remunerado de la mujer se suma el doméstico y de cuidado que además no está ni valorado ni retribuido. Al analizar las limitaciones de este concepto, Torns nos dice que son muy pocos los estudios y las reflexiones que abordan su conceptualización y que la mayoría de esas aproximaciones comparten la idea de que conciliación es sinónimo de problemática femenina y que las políticas diseñadas atienden exclusivamente a las mujeres. La autora destaca, por un lado, el trabajo del sociólogo John Macinnes, que sostiene que la conciliación es un territorio donde confluyen cuestiones relacionadas con el fomento del empleo y con las desregulaciones horarias, producidas por la flexibilidad que el empresariado impone. Macinnes señala, muy acertadamente según Torns, que la conciliación nace como fruto de las políticas europeas y no como demanda social explícita por parte de las personas ocupadas. Sus últimos análisis sugieren, incluso, que la finalidad de esas políticas no es tanto facilitar la conciliación de las trabajadoras cuanto paliar la baja fecundidad que afecta, por lo general, a los países de la UE. Macinnes apunta como alternativa la existencia de las políticas *work life balance*, impulsadas por el gobierno británico, que merecen ser tenidas en cuenta como respuesta posible a las políticas de conciliación.

Torns destaca también el trabajo de Junter-Loiseau y Tobler que apuntan a que la idea de conciliación surgió de la acción de mediar entre contrarios u opuestos -históricamente la conciliación tiene su origen en el Derecho del Trabajo-, y así se ha prolongado hasta nuestros días, principalmente en términos jurídicos, con una amplia resonancia en ámbitos laborales y recientemente ampliada a ámbitos familiares. Si se sigue esta argumentación, puede verse cómo la actual idea de conciliación de la vida laboral y familiar pretende seguir esa misma lógica mediando entre dos ámbitos que no son, de partida, ni equitativos ni democráticos. Y que pueden parecer, en principio, antitéticos, si se leen en clave de género. Por otra parte, el mundo laboral reconoce esa situación de falta de democracia y cuenta con herramientas, como la negociación colectiva, para mediar en el conflicto entre los agentes sociales implicados. Aunque tal negociación no siempre atienda como debiera las desigualdades de género que se dan en el mercado de trabajo. Pero cuando se aplica al ámbito familiar se trata de un espacio en el que se supone que no hay contrarios ni opuestos. El mundo familiar no tiene reconocida ni negociación colectiva ni agentes sociales en conflicto, por lo que lo único que se puede

¹⁰² Torns Martí, Teresa, "De la imposible conciliación a los permanentes malos arreglos". *Cit.*

producir allí es una negociación individual entre personas.

En el mismo sentido apunta Rivas cuando señala que “difícilmente se puede hablar de conciliación de lógicas, contextos, actividades tan opuestas como son las derivadas de la búsqueda del beneficio, el lucro, la ganancia y la acumulación como fin en sí mismo, y las derivadas del cuidado, el bienestar, y la sostenibilidad de la vida humana, que implican un fuerte contenido emocional y afectivo difícilmente sustituibles por el mercado, porque no pueden ser valoradas a precio de mercado”¹⁰³. Por otra parte, Rivas destaca también otras limitaciones del concepto como reducir la conciliación de la vida familiar y laboral al empleo y la familia, olvidando el resto de dimensiones personales y sociales del individuo, como la participación en movimientos y asociaciones políticos, sindicales, culturales, religiosos, vecinales, o el desarrollo de actividades formativas, artísticas, lúdicas o el planteamiento de la conciliación de la vida laboral y familiar sin cuestionar el ámbito laboral “como si éste pareciera intocable y las medidas que se proponen son a modo de parches, que no cuestionan el sistema capitalista de producción que está en el origen de la organización actual del trabajo”¹⁰⁴.

No podemos dejar de mencionar, por último, el influyente análisis realizado por María Stratigaki de todas las actas europeas oficiales relevantes, desde el primer programa de la Comisión Social Europea (1974) hasta el quinto Programa de Acción para la Igualdad de Género (2001-2005), que confirma la hipótesis de la cooptación de las propuestas feministas iniciales. Es la brecha a la que también apuntaba Peterson entre la teoría feminista y las políticas de género. Stratigaki nos muestra cómo un concepto introducido para favorecer la igualdad de género, la “reconciliación de la vida laboral y familiar”, ha pasado poco a poco de ser un objetivo feminista a ser un objetivo orientado al mercado¹⁰⁵. La idea feminista de compartir el trabajo y la vida tiene un enorme poder de transformación social, ya que su objetivo es acabar con la división sexual del trabajo y por ende con el sistema social de género. Es, por tanto, uno de los ejes principales de la lucha por la igualdad. Es una idea dirigida a hombres y mujeres que supone por tanto ampliar las esferas de actuación de ambos. Stratigaki sostiene que los objetivos de las políticas de igualdad de género se han incorporado a la agenda política de la Unión Europea sólo después de haber transformado su significado y con el fin de satisfacer otras prioridades políticas distintas de las de la igualdad de género. En este sentido, coincide con el análisis efectuado por Macinnes que, como hemos visto, responde a intereses que se apartan de la equidad entre géneros. De este modo, la idea de conciliar vida laboral y familiar aparece en la agenda política como un asunto de recursos humanos, no de derechos humanos, no responde al ejercicio del derecho a la igualdad de las mujeres y los hombres en la vida privada y en la pública, obedece a la necesidad de utilizar el talento y la

¹⁰³ Rivas, Ana María, “El empleo o la vida”. *Cit.*, pp. 368-369.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Stratigaki, Maria, “The cooptation of Gender concepts in EU Policies: The Case of “Reconciliation of Work and Family”, *Social Politics. Oxford University Press* 11, nº. 1 (2004), pp. 30-56.

fuerza de trabajo en una sociedad con demandas crecientes de consumo, así como a incentivar la baja natalidad decreciente en la UE.

La posibilidad de cambio social que esta dualidad compartida de roles demandada por las feministas de los 70, podría producir ha sido hurtada por el cambio conceptual. Como apunta Stratigaki, pasar de “compartir”, que define un objetivo político en el área de las relaciones de género, a conciliar, que deriva del análisis del mercado de trabajo y que tiene una orientación más económica, supone vaciar de contenido al concepto. Así pues, podemos decir que las políticas de conciliación no han dado los resultados previstos porque, como afirma Astelarra, además del proceso de cooptación desde las propuestas feministas a la conversión y aplicación como políticas públicas, se puede añadir otra interpretación que “señala que el problema de las políticas es que fueron desarrolladas como parte de las políticas de fomento del empleo, y al hacerlo se pasó del análisis del género al análisis del mercado. El inconveniente es que si no se mantiene la lógica de la equidad de género en las políticas en las que se pretende incorporar esta dimensión, se impone la lógica de la política económica y de empleo, especialmente en el caso europeo, es la lógica de la competencia económica internacional. De aquí surge la necesidad de los empresarios de flexibilizar el mercado de trabajo; su preocupación no es atender las necesidades de las mujeres. Por ello los trabajos a tiempo parcial, donde hay mayoría de mujeres, tienden a ser malos y conducen a la discriminación laboral” (...) Por ello es necesario terminar con la dicotomía, para lo cual se debe ir a un modelo universal de cuidador(a)/trabajador(a) trabajador(a)/cuidador(a)”¹⁰⁶.

En consecuencia, podemos concluir con la idea de que “la vida personal” que el legislador introduce por primera vez en la LOI 3/2007 al hablar de los derechos de conciliación, va en la línea de un modelo universal con capacidad transformadora de género que introduce la idea de una conciliación posible para toda la ciudadanía, mas allá de las obligaciones meramente familiares y de cuidado tradicionalmente asociadas a la mujer. Un derecho a la conciliación genérico para hombres y mujeres trabajadoras y que consideramos ligado además al derecho específico introducido por la LOI 3/2007, el nuevo apartado 8º del art. 34 ET. Se trata del derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectiva la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Si bien la falta de corresponsabilidad en el ámbito doméstico por parte de los hombres se intenta solucionar con la introducción de permisos parentales intransferibles y que transitoriamente se van a ir equiparando, es a la vez imprescindible dejar de asociar la conciliación a la familia, principal institución patriarcal, y por ende a la mujer. En este sentido, consideramos que el cambio de tendencia que supone la LOI 3/2007 podría considerarse, al menos, un intento de avance en la estrategia de transformaciones estructurales, tan necesitada en las políticas de igualdad de género y por tanto en las de conciliación. Y debería, no obstante, venir acompañada por una doctrina constitucional acorde con esta línea de actuación que, en espera de una reformulación

¹⁰⁶ Astelarra, Judith, “Conciliación y cohesión social. Un análisis crítico de las políticas europeas”. *Cit.*, p.164.

del pacto constitucional, sitúe a los derechos de conciliación en el nivel de protección jurídica que les corresponde en atención a su contenido. Analizaremos este aspecto en el siguiente apartado.

4. La ¿constitucionalización? de los derechos de conciliación. Análisis de los derechos fundamentales implicados en su reconocimiento y ejercicio

Los derechos de conciliación, entendidos como aquel conjunto de facultades recogidas por la ley, y en consecuencia exigibles, con la finalidad de hacer compatibles la vida personal, familiar y laboral, han visto reconocida su relevancia constitucional a través de la jurisprudencia del TC que los vincula necesariamente con determinados derechos fundamentales. Destacaremos en los siguientes apartados la importancia de esta doctrina, en lo que tiene de avance en la dirección adecuada, así como sus insuficiencias en la determinación de la naturaleza y el alcance real de tales derechos.

4.1. Antecedentes: La Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 3/2007, de 15 de enero, y el Auto 1/2009 dictado en incidente de ejecución sobre la misma

El Tribunal Constitucional se pronunció por primera vez sobre la dimensión constitucional de las medidas de conciliación en la referida Sentencia 3/2007, de 15 de enero, a la que complementó el posterior Auto 1/2009, en fase ejecutiva. Sobre la relevancia de este fallo y sus carencias nos extenderemos en apartados siguientes. Baste apuntar, por el momento, que a partir de entonces la resolución judicial de conflictos entre los derechos de conciliación de las y los trabajadores y la capacidad organizativa empresarial no puede considerarse ya en términos de mera legalidad de la medida solicitada, y del efecto que la misma pueda provocar en la dinámica productiva de la empresa. Sustancialmente el Tribunal Constitucional declara, con fundamento en la doctrina jurisprudencial 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 derechos de conciliación.

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. Así que aunque se acogió a la reducción de jornada prevista en el 37.5 ET para

poder conciliar, en este caso el motivo de la oposición por parte de la empresa -ratificado en la sentencia de 25 de septiembre de 2003 del Juzgado de lo Social nº1 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 a la mujer trabajadora, que es notoriamente el colectivo que ejercita en mayor medida tal derecho. El TC concluye declarando la dimensión constitucional de las medidas tendentes a facilitar la conciliación después de hacer un repaso por el alcance del art. 14 CE, así como de los conceptos de discriminación directa e indirecta elaborados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y las Directivas Comunitarias en su desarrollo. 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. Por lo tanto, declara: “el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego”. Los órganos judiciales “han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde (...) 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. A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego”.

Con posterioridad se dicta el Auto 1/2009, que estima el incidente de ejecución de la propia Sentencia 3/2007 planteado por la trabajadora. La causa del mismo estribó en que, dictando el Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid nueva sentencia, sometía a crítica la del

Tribunal Constitucional¹⁰⁷, para concluir diciendo que la obligada ponderación de las circunstancias del caso supone atribuir a cada parte la carga de la prueba de aquéllas 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. Frente a ello declara el Tribunal Constitucional que “la STC 3/2007 impone básicamente al órgano judicial la obligación de interpretar el art. 37 ET teniendo en cuenta la relevancia constitucional de la institución jurídica contemplada en el precepto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora. Pues bien, el órgano judicial en la Sentencia ahora analizada no sólo no efectúa la interpretación del precepto legal a la luz del derecho fundamental reconocido, sino que vuelve a negar, incluso, que tal derecho fundamental esté implicado (...) es claro que, si se parte de la existencia de una única interpretación posible del art. 37.6 ET y de que dicha interpretación, sea cual sea su alcance, carece de relevancia en orden a la tutela del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, difícilmente puede efectuarse una aplicación del precepto ponderada desde el reconocimiento del derecho fundamental, tal y como exige la ejecución de nuestra Sentencia. El precepto legal vuelve a ser interpretado por el órgano judicial con base en consideraciones de estricta legalidad, como ya se le reprochaba en aquélla, sin tener en cuenta su relevancia constitucional, acudiendo únicamente a la valoración de las circunstancias concurrentes como presupuesto de una pretendida solución del litigio al margen del precepto legal (...) Sin embargo, ni esta manera de distribuir la carga de la prueba se deduce de nuestra Sentencia (ni de la regulación de la institución en el art. 37 ET), ni la forma de su valoración se corresponde con lo que ha constituido el objeto del debate procesal en la instancia, ni las convicciones que se alcanzan constituyen una conclusión razonable de la valoración de los hechos en que pretendidamente se fundan.

En relación con la distribución de la carga probatoria es de señalar que valorar las circunstancias concurrentes desde la perspectiva de la trabajadora no implica que ésta tenga que aportar prueba alguna referida a eventuales circunstancias específicas dentro de su esfera íntima, personal o familiar, que puedan justificar una forma determinada de proceder a la

¹⁰⁷ Sustancialmente cuestiona que las medidas dirigidas a facilitar la conciliación de la vida familiar con la vida profesional de los trabajadores, tales como la contenida en el art. 37 ET, respondan a una finalidad de protección del principio de igualdad de la mujer; advierte que la proscripción de una discriminación indirecta de la mujer puede dar origen a una discriminación directa del varón; y señala, finalmente, que la Sentencia del Tribunal Constitucional sugiere incómodas reflexiones sobre los efectos que esa especial protección puede llegar a tener, sobre todo en las pequeñas y medianas empresas.

reducción de su jornada. Tal perspectiva de análisis es, por lo pronto, ajena a la regulación legal de la institución y, desde luego, a lo resuelto en nuestra Sentencia.”

Como vemos, pues, el Auto hace aún más explícita la doctrina constitucional que veda el tratamiento de los derechos de conciliación como una cuestión de mera legalidad ajena a la implicación de cualquier derecho fundamental. Sobre ello profundizaremos en el apartado siguiente.

4.2. Análisis crítico de las dos resoluciones: valores e insuficiencias

De manera previa a analizar el alcance de la doctrina recogida en la STC 3/2007 y el Auto 1/2009, resulta pertinente destacar la relevancia y la proyección sobre el resto del ordenamiento jurídico que caracteriza la interpretación de los preceptos constitucionales realizada por el Tribunal Constitucional, con el fin de determinar el verdadero alcance que a efectos prácticos tendrá esta doctrina en la pretensión de un trabajador o trabajadora que acuda a los tribunales en defensa de sus derechos de conciliación.

Y de este modo podemos empezar por referirnos brevemente al sentido y alcance de la propia labor interpretativa. Siguiendo en este punto a Juan José Solozábal Echavarría, “el problema más relevante de la interpretación es que las normas no son mandatos aislados. Se producen en un determinado contexto, tienen una determinada sede material, están dentro de un determinado sistema inmediato, con una especial proximidad respecto de otros preceptos cercanos que integran el mismo cuerpo, la misma institución, y forman parte de un determinado sector del ordenamiento jurídico concreto”¹⁰⁸. En nuestro ordenamiento, el artículo 3, apartado 1º del Código Civil expone una serie de pautas hermenéuticas -que recuerdan a la clasificación por antonomasia de Savigny de la interpretación gramatical, lógica, histórica y sistemática-, y que puede sintetizarse, señala Solozábal Echavarría citando a Díez-Picazo, en los siguientes criterios.

-El criterio gramatical: la interpretación propuesta del precepto no puede chocar con la significación concreta –la acepción ordinaria o técnica- de su tenor literal.

-La referencia al contexto apunta a la inclusión de la norma en la correspondiente institución o sede normativa, *sedes materiae*.

-La atención a la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada, presupone que un texto es susceptible de renovadas potencialidades con el paso del tiempo.

-Finalmente, la obtención del espíritu o finalidad de la norma.

A estas reglas debemos añadir las peculiaridades propias de la interpretación constitucional, puesto que, nos dice el mismo autor, “la inmensa mayoría de los preceptos constitucionales, ya reconozcan derechos, instituyan órganos y asignen competencias o

¹⁰⁸ Juan José Solozábal Echavarría, “Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Septiembre 1990.

establezcan procedimientos, ya fijen objetivos o formulen definiciones, son normas abiertas, vagas, la concreción de cuyo significado exige una intervención mediadora del intérprete de indudable relieve y significado constructivista”¹⁰⁹. De tal forma que, tal como declara la STC núm. 24/2004 (Pleno), de 24 febrero: “no puede olvidarse que la función del Tribunal en los procesos de inconstitucionalidad es ‘la depuración del Ordenamiento jurídico’ y que, por esto, ante él no rige de manera completa el principio dispositivo. Así, en los casos de fundamentación insuficiente, el Tribunal resta en libertad para rechazar la acción en aquello en que se encuentre insuficientemente fundada o para examinar el fondo del asunto si encuentra razones para ello”, es decir, que “a pesar de ser rogada la jurisdicción constitucional, no opera sin más el principio dispositivo y no queda vinculado al Tribunal por la voluntad unilateral de quien lo formula” (STC núm. 2/1995 (Sala Primera), de 10 enero). Y como consecuencia de ello, y de la relevancia que en este sentido el propio ordenamiento ha adjudicado al Tribunal Constitucional¹¹⁰, “la doctrina constitucional contenida en las resoluciones de todo tipo de procesos -recursos, cuestiones de inconstitucionalidad, amparos, conflictos entre órganos y de competencia- del Tribunal Constitucional se impone a todos los Tribunales (...) Obsérvese que la doctrina del Tribunal constitucional no necesita ser reiterada para obligar, y que puede contenerse no sólo en las sentencias, sino también en autos o resoluciones motivadas del Tribunal que no se refieren al fondo del asunto”¹¹¹.

Esto supone, en palabras de Ignacio García-Perrote Escartín, que las decisiones del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus competencias obligan a todos los poderes del Estado (art. 87.1 LOTC), “fuerza vinculante que se proyecta con especial intensidad sobre el resto de los órganos jurisdiccionales, incluidos todos aquellos a los que la Constitución califica como de ‘poder judicial’”¹¹². Precisamente por ello, es una singularidad fundamental de la jurisprudencia constitucional su valor frente a la jurisprudencia ordinaria, incluso la del Tribunal Supremo. El Tribunal Constitucional, al no estar incluido en el marco de ese “poder”, conduce a someter a su control, mediante el recurso de amparo, incluso las decisiones del Tribunal Supremo, si bien tal sumisión se ha de producir en materia de derechos fundamentales. El recurso de amparo permite, de este modo, que sea efectiva la superioridad del Tribunal Constitucional sobre la jurisdicción ordinaria, superioridad que significa, en último extremo, vinculación del poder judicial a la doctrina constitucional”¹¹³ –pese a las dificultades que la propia configuración legal del TC tras la reforma de 2007 plantean en relación con la efectiva

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Art. 1 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en relación con el art. 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹¹¹ Solozábal Echavarría, Juan José, “Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional”. *Cit.*

¹¹² García-Perrote Escartín, Ignacio, “La jurisprudencia constitucional en materia social, veinticinco años después”, en *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios* (presentado en el Seminario sobre la Tutela Judicial de los Derechos Fundamentales, Alcalá de Henares, 2005).

¹¹³ Ibid.

tutela de los derechos, tal y como ha estudiado Tur Ausina¹¹⁴. Este aspecto tendrá suma relevancia cuando analicemos las decisiones del TS en materia de conciliación.

Sirvan estos apuntes en torno a la naturaleza y alcance de la interpretación constitucional para sentar unas bases sobre las que comprender la relevancia que tiene la constitucionalización de los derechos de conciliación –y en especial en cuanto a la vinculación a que están sometidos el resto de los tribunales al aplicarlos, así como las lagunas existentes en la misma y que destacaremos en atención, precisamente, a elementos tales como el cuerpo legislativo coetáneo y conectado con tales derechos, la realidad social en que han de ser ejercitados y demás recogidos en el citado art. 3.1 CC.

Debemos comenzar, empero, subrayando la importancia que la STC 3/2007 y el Auto 1/2009, ambos del TC, han tenido al conectar los derechos de conciliación con uno de los más relevantes derechos fundamentales, el de igualdad recogido en el art. 14 CE, en relación con los arts. 1.1 y 9.2 del mismo texto legal, así como destacar la sistematización que realiza de la doctrina jurisprudencial en torno a la discriminación indirecta y la obligación para jueces y tribunales de ponderar, en el aplicación de derechos de conciliación, su verdadera dimensión constitucional.

Esta doctrina, que según avanzábamos al comienzo del presente apartado, no precisa de reiteración, tiene el efecto inmediato de que todos los juzgados y tribunales han de tenerla en cuenta y aplicarla cuando se someta a su labor enjuiciadora algún conflicto en el que aparezcan implicados los derechos de conciliación. Tal ocurría con el Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid, y la resistencia del mismo a la aplicación de esta doctrina motivó que el TC la reforzase en el Auto 1/2009. A este respecto, sostiene Trillo Párraga 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 del 138 bis LPL exigen la ponderación de los sacrificios de las partes, sino únicamente 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”¹¹⁵. Sin embargo la conclusión a la que llega este autor no permite aventurar un futuro pacífico en la aplicación de los derechos de conciliación en su dimensión constitucional. Así, nos dice: “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

¹¹⁴ Tur Ausina, Rosario, *Garantía de derechos y jurisdicción constitucional. Efectividad del amparo tras la sentencia estimatoria* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008).

¹¹⁵ 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*, nº. 45 (Marzo 2009), pp. 145-168.

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”¹¹⁶. A semejante deducción, que compartimos, podremos llegar igualmente cuando analicemos la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo acerca del artículo 34.8 ET, en el próximo capítulo.

Por el momento debemos cuestionarnos el motivo de que, a pesar de la claridad con que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en torno a la naturaleza constitucional de los derechos de conciliación, en la práctica puedan encontrarse las y los trabajadores con un triple obstáculo para su ejercicio: en primer lugar, el hecho de que los hombres no podrían acogerse, en principio, a esta tutela constitucional que parece amparar únicamente a las mujeres trabajadoras, aunque no obstante su denegación también podría considerarse atentatoria contra el principio de igualdad, dado que al no poder ejercer el hombre la conciliación volvería a recaer sobre la mujer el deber de las cargas familiares; esta interpretación, por tanto, refuerza la idea de que la conciliación es un asunto que atañe exclusivamente a las mujeres trabajadoras. Así se desprende del propio tenor de la sentencia cuando dice: “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”. El segundo obstáculo se encontraría en la resistencia empresarial, que continúa entendiendo tales derechos como un perjuicio inmediato a sus intereses, y el tercero en la postura que, una vez reclamado el derecho en sede judicial, puedan adoptar los tribunales en supuestos como el que hemos analizado.

La pregunta que cabe plantearse es ¿resulta suficiente el reforzamiento constitucional de los derechos de conciliación mediante su vinculación únicamente con el derecho de igualdad y no discriminación? Y la respuesta que proponemos es negativa.

Consideramos que la indudable conexión de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral con el derecho/principio de igualdad resulta incuestionable. Y que de esa forma, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, su ejercicio y aplicación ha de entenderse enmarcado en la tutela antidiscriminatoria que viene impuesta desde la cúspide de nuestro sistema legal, la Constitución. Ahora bien, plantear los eventuales conflictos que puedan producirse en el ámbito de una relación laboral entre la capacidad organizativa del

¹¹⁶ Ibid.

empresario y tales derechos en los estrictos términos 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 verdadera naturaleza que la conciliación presenta tanto como derecho cuanto en su faceta práctica relacionada con la vida personal y la gestión del tiempo. Faceta que supera las meras consideraciones acerca de las dificultades de acceso de las mujeres al mercado laboral y su compatibilización con la maternidad. La estricta y prácticamente excluyente consideración de que conciliación e igualdad se encuentran en un mismo círculo, dentro del sistema de derechos de la persona trabajadora, 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 derecho¹¹⁷.

Se hace necesario, a nuestro entender, analizar el modo en que la solicitud de una reducción de jornada, una excedencia, una elección horaria, o cualesquiera otras medidas de conciliación recogidas en la normativa laboral, se encuentran en la misma raíz de toda una serie de derechos fundamentales que se desarrollan en torno a ellas y que, por el contrario, se pueden ver truncados si no se llevan a efecto. En la propia sentencia se hacen dos menciones destacables en torno a la naturaleza de tales derechos y su conexión con otros reconocidos en la Constitución: por un lado, en relación con la dignidad de la persona que incluye el art. 10.1 CE (FJ 2º, párrafos 3º y 4º), y por otro a la protección de la familia y la infancia (art. 39 CE). Sin embargo no llegan a desarrollarse, cediendo peso argumental en favor, insistimos, de la tutela antidiscriminatoria. Para Trillo Párraga “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)”¹¹⁸. Por otra parte, como ha estudiado Ballester Pastor¹¹⁹, es de destacar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido desvinculando la cuestión de la conciliación de la discriminación por razón de género, de forma que se ha ido produciendo un reforzamiento de la causa de conciliación como causa autónoma de discriminación prohibida. Esta evolución es apreciable en hechos como el de que, si bien en el *asunto Gómez Limón* el TJUE¹²⁰ consideró que no era contrario a la Directiva 96/34 que la prestación de seguridad social de la trabajadora en reducción de jornada por cuidado de hijos se calculara exclusivamente conforme al salario reducido, llegó a conclusión diferente en el

¹¹⁷ Recordemos que el 94,40% de las excedencias por cuidados de hijos son llevadas a cabo por mujeres; del 100 % de los permisos de maternidad/paternidad el 98,45 % corresponden a mujeres o, por último, el 82, 16% de los contratos a tiempo parcial son ocupados por mujeres (datos Encuesta de Población de 2008).

¹¹⁸ 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)”. *Cit.*

¹¹⁹ Ballester Pastor, María Amparo, “Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar”. *Cit.*

¹²⁰ STJUE Luxemburgo (Sala Tercera) de 16 julio 2009

*asunto Meerts*¹²¹, con relación al salario relevante para el cálculo de la indemnización por despido, que debía calcularse conforme al salario a tiempo completo. No se trata propiamente de una contradicción porque en el *asunto Gómez Limón* la cuestión giraba en torno a una prestación de Seguridad Social (cuya configuración y alcance es competencia exclusiva interna) mientras que en el *asunto Meerts* la cuestión era exclusivamente retributiva. La autora considera pues que “si se pone en conexión esta incipiente doctrina con la doctrina de la discriminación por vinculación podría tal vez entenderse que la cuestión de la conciliación podría estar incrementando su importancia como causa de protección autónoma, desvinculada de la protección por género, pero igualmente efectiva.”

Habida cuenta de todo ello, en el siguiente apartado analizamos en qué medida los derechos de conciliación se encuentran ligados a otros reconocidos en la Constitución y que vendrían a reforzar su importancia ante eventuales fricciones y conflictos en el ámbito del Derecho del Trabajo, avanzando en esa línea de configurarlos como derechos autónomos y no simples concreciones o manifestaciones del principio de igualdad y no discriminación.

4.3. Los derechos fundamentales implicados en la conciliación, y su refuerzo con el principio de la dignidad humana recogido en el art. 10.1 CE

El Tribunal Constitucional, en la STC 3/2007 a que nos hemos referido, afirmaba que la posición desventajosa derivada de la discriminación por razón de sexo era contraria a la dignidad de la persona recogida en el art. 10.1 CE¹²². En el mismo sentido, señala Gregorio Peces Barba: “La igualdad dignidad de todos los seres humanos permite abordar desde otras perspectivas los conceptos de desigualdad, discriminación y diferencia. La desigualdad es incompatible con la dignidad. Es una situación de hecho que hace incompatible la dignidad de quien se encuentra en ella. Para atajarla son necesarios comportamientos de igualdad, como diferenciación, es decir, el trato desigual a favor de los colectivos que se encuentran en esa situación, por medio del Derecho (...) La discriminación es igualmente incompatible con la dignidad. Es una situación normativa, es decir, de desigualdad no fáctica, sino regulada jurídicamente, derivada de mandatos jurídicos que establecen estatus y deberes distintos, sin razón justificada. La acción del Derecho en este caso debe ser derogatoria de las discriminaciones”¹²³. Siendo pues inequívoca esa relación entre igualdad -y no discriminación- y la dignidad humana, resulta pertinente analizar este último principio, tal como aparece configurado en la Constitución, así como su proyección en una serie de derechos.

El Tribunal Constitucional ha declarado que: “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y

¹²¹ STJUE Luxemburgo (Sala Tercera) 22 de octubre de 2009

¹²² Art. 10.1 CE: “la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social”.

¹²³ Peces-Barba Martínez, Gregorio, “La dignidad humana”, en *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, 1º ed. (Madrid: Dykinson, S.L., 2007), pp. 156-172.

responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” (STC 53/58, FJ 8). Luz Pacheco Zerga nos recuerda que “el respeto a la dignidad humana se erige, en la cultura occidental, como uno de los principios fundamentales de las sociedades democráticas. El primer instrumento jurídico internacional que se refiere a la dignidad es la Carta de las Naciones Unidas del 25 de junio de 1945. Tres años más tarde, el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, proclamó que ‘la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana’. El primer artículo de esta Declaración reconoce que ‘todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos’. Puede afirmarse, sin exageración, que la dignidad humana es hoy en día un verdadero principio universal de Derecho contemporáneo”¹²⁴.

Partiendo de esta definición, ¿nos encontramos ante un principio sin aplicación práctica?, ¿es directamente invocable ante los tribunales, o por el contrario se manifiesta a través de su proyección en otros derechos? Pacheco Zerga¹²⁵ explica que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la dignidad humana ha crecido exponencialmente en la última década. En 1981 sólo existía una sentencia de ese Tribunal sobre este tema, mientras que en el 2004 se cuentan más de doscientas cincuenta resoluciones. El TC, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley que despenalizaba el aborto, distinguió entre los derechos que son “inherentes a la dignidad” y los que se encuentran “íntimamente vinculados” a ella. Sobre los primeros ha declarado que son los que no permiten distinciones entre españoles y extranjeros, es decir, su título no requiere ni exige la condición de ciudadano español (STC 107/1984, 99/1985). Entre los segundos se encuentran los de libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los de integridad física y moral (art. 15), la libertad de ideas y creencias (art. 16), honor, intimidad personal y familiar y propia imagen (art. 18.1), y, a la vista de estos últimos derechos, definió la dignidad como “un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” (STC 53/1985)¹²⁶. Con posterioridad el TC ha venido desarrollando un cuerpo de doctrina en torno a la dignidad que ha sido estudiado recientemente por Eulalia Pascual Lagunas, que comienza por interrogarse: “¿La intención última del derecho es la construcción de una sociedad moral o la ordenación de la convivencia?

¹²⁴ Pacheco Zerga, Luz, *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, 1º ed. (Madrid: Thomson-Civitas, 2007).

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Doctrina consolidada en la importante STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, que al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, matizaba que “el art. 13 CE autoriza al legislador a establecer “restricciones y limitaciones” a tales derechos, pero esta posibilidad no es incondicionada por cuanto no podrá afectar a aquellos derechos que “son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español”, ni “adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España” (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4). De nuestra jurisprudencia se deduce que éste sería el régimen jurídico de derechos tales como el derecho al trabajo (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4), el derecho a la salud (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3), el derecho a percibir una prestación de desempleo (STC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2), y también con matizaciones el derecho de residencia y desplazamiento en España (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3; 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; 24/2000, de 31 de enero, FJ 4)”.

La dignidad de la persona se invoca como referente y valor articulador de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Carta de Derechos Humanos y también es referente principal de la Constitución Española (...) El Tribunal Constitucional, por su parte (...) le confiere el carácter de valor constitucional trascendental y señala que la dignidad humana está ‘en el meollo de todos los derechos fundamentales’¹²⁷. Parece, pues, que nos encontraríamos ante la construcción de una sociedad moral basada en el respeto a la dignidad humana. Y así, “el Tribunal Constitucional ha destacado y ratificado la relevancia de la dignidad de la persona en la construcción política y social del Estado y de las relaciones con los ciudadanos y de éstos entre sí. En el FJ 2º de la STC 170/1994 afirma ‘por lo tanto un sistema que no garantice la dignidad humana (y los derechos derivados de ésta) es un sistema en el que se quiebra la paz social (...) que es garantía de la convivencia pacífica entre las personas’ (STC 35/1985, F.D. 3º)”¹²⁸.

Por otra parte, la STC 113/1996, FJ. 6º, establece que los derechos y libertades que configuran el ordenamiento español “son traducción normativa de la dignidad humana”. En la misma sentencia le atribuye el Tribunal a la dignidad el carácter de “fuente de todo el ordenamiento jurídico”. Es el “germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes (...) punto de arranque, como prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos y como pórtico de los demás valores o principios allí consagrados” (STC 53/1985, FJ. 3). Lo que lleva a Pascual Lagunas a afirmar que “la dignidad es a la vez estructural e instrumental. Es estructural porque el ordenamiento jurídico y el sistema político y social se articulan, por mandato constitucional, en base a la dignidad y, a la vez, es instrumental porque la dignidad es elemento legitimador y control de legitimidad del ordenamiento jurídico y del sistema”¹²⁹.

El TC le atribuye pues a la dignidad humana no sólo la función de configuración de las categorías jurídicas sino también la de su interpretación. Se trata por tanto de una nueva función constitucional atribuida a la dignidad de la persona, constituir un referente para la definición y comprensión de otros derechos fundamentales: “principios o valores jurídicos como la seguridad jurídica, la legalidad o la dignidad humana (...) son denominador común de tantas categorías jurídicas, contribuyendo a perfilarlas e incluso a entenderlas” (STC 105/1994). En la misma línea, para Joaquín Ruiz Giménez¹³⁰, la dignidad recogida en el artículo 10 CE desempeña una triple función:

-En primer lugar, legitimadora del orden político. Como ha dicho el TC: “la dignidad es un mínimun invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar” (STC 120/90, FJ 4).

¹²⁷ Pascual Lagunas, Eulalia, *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 1ª ed. (Barcelona: José María Bosch Editor, 2009).

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ruiz-Giménez, Joaquín, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, 1ª ed. (Madrid: Cortes Generales-EDERSA, 1997).

-De esa primera y radical función legitimadora fluye, en segundo lugar, una función promocional de enriquecimiento de la personalidad.

-Y, finalmente, como pauta interpretativa para todos los poderes públicos –del Estado, de las CCAA y demás instituciones subordinadas- de todas las normas del ordenamiento jurídico.

Esto adquiere especial trascendencia por cuanto, como señala la STC 57/1994 FJ. 3: “cabe advertir que lo dispuesto en el art. 10.1 CE no puede servir de base para una pretensión autónoma de amparo”, puesto que “el recurso de amparo se ha configurado para la protección de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 CE (...) pero no para la preservación de otros principios o normas constitucionales”. Es decir, la dignidad no es directamente invocable en amparo, pero sí a través de la vulneración de los derechos que aparecen intrínsecamente unidos a ella, y que de por sí suponen que también la dignidad en cuanto tal se vea lesionada¹³¹.

Siguiendo a Pascual Lagunas¹³², y de conformidad con la doctrina constitucional existente al respecto, podemos sistematizar el contenido de la dignidad humana en los siguientes rasgos relacionados con el ámbito de la vida personal, familiar y laboral a que hacen referencia los derechos de conciliación:

- En un sentido amplio se manifiesta en la “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida” y la “pretensión al respecto por parte de los demás” (FJ 8º STC 53/1985). De acuerdo con la autora, la traducción material de la dignidad de la persona es su capacidad para desarrollar libremente aquel proyecto de vida que el propio individuo ha diseñado de acuerdo con sus capacidades e intereses. Pero para que esto sea posible, deben concurrir varios requisitos, como la libertad y la igualdad.
- En relación con la igualdad, el FJ 3 de la STC 173/1994 advierte que la discriminación “se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitadas sus expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución por su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano”. Así, el art. 9.2 de la CE obliga a los poderes públicos a facilitar la plena integración de los individuos a todos los aspectos de la vida en sociedad. Y a ese respecto expresa el FJ 4 de la STC 269/1994: “tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad

¹³¹ Hay que matizar que aunque la protección de la dignidad se articulaba hasta hace poco a través de los propios derechos fundamentales -puesto que dado que la dignidad se manifiesta en cada uno de los derechos en los que se proyecta, dimanaba de la tutela judicial y constitucional individualizada que se otorga a éstos-, la STC 192/2003 ha venido a ampliar esa protección puesto que, integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal constitucional ha admitido el derecho a obtener una resolución que no lesione la dignidad de la persona, abriendo así el camino a un nuevo amparo constitucional (Sánchez González, Santiago, “Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978”, en *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*, 1º ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), pp. 17-44.)

¹³² Pascual Lagunas, Eulalia, *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cit.

de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que esté comprometido su propio desarrollo como personas”. En la jurisprudencia del TC, el desarrollo como persona es un elemento pues de la dignidad humana, directamente relacionado con la igualdad de oportunidades. Continúa la sentencia referida: “la dignidad de la persona tiene, como el derecho al honor, una doble vertiente personal y social, y es en esta segunda vertiente -la social-, en la que la actuación del Estado es fundamental, en la que se integran su desarrollo laboral, su labor profesional y su actuación en la sociedad. De ello podemos asimismo concluir que el privar a una persona del desarrollo de su personalidad a nivel social a través del desarrollo de una actividad profesional o del ejercicio de sus derechos políticos, culturales y sociales, atentaría contra su dignidad como persona”.

- En relación con la integridad física y psíquica nos dice la STC 18/2004: “en efecto la dignidad de la persona constituye una cualidad ínsita a la misma, que por lo tanto corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares, y a la que se oponen frontal y radicalmente los comportamientos prohibidos en el art. 15 CE, bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo materializan o instrumentalizan, olvidándose de que la persona es un fin en sí mismo”.
- En relación con la tutela judicial efectiva: recogido, entre otras, expresamente la STC 99/1985, en sus FJ 2º y 3º, además de la importante STC 192/2003 que la integra como parte de su contenido propio.
- En relación con el derecho a la educación: en la STC 337/1994 FJ 2ª se afirma que “la dignidad de la persona se relaciona con dos derechos fundamentales recogidos en nuestra norma fundamental. El derecho a la educación (art. 27.1 y 2 CE) y el derecho a los bienes culturales (art. 9.2 CE y art. 44.1 CE)”, estableciendo pues el vínculo necesario que existe entre la dignidad de la persona y su acceso a la educación y a la cultura, derechos están reconocidos en los arts. 9.3, 44.1, 46 y 48 de la Constitución. El derecho a la cultura tiene además su reflejo en los Convenios Internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas de 1966. También está relacionado con los derechos contemplados en el art. 20 CE¹³³. Esta conexión aparece, entre otras, en la STC 2/1995, FJ 7º y en el Auto 79/1990.

¹³³ Art. 20 CE: “1. Se reconocen y protegen los derechos:

a. A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o b. cualquier otro medio de reproducción.

c. A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

d. A la libertad de cátedra.

e. A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.”

- Finalmente, como elemento configurador de un contenido básico de los derechos sobre los que se proyecta. Así lo recoge la STC 91/2000 FJ 7º: “proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona (STC 53/1985 FJ 8º) la dignidad de la persona ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar (STC 120/1990 FJ 4º)”.

A la vista de los derechos sobre los que se proyecta la dignidad humana del art. 10.1 CE, podemos entender más fácilmente el modo en que se articula la garantía de este principio: la aplicación directa y vinculante de los derechos contenidos en el capítulo II del título I de la Constitución se establece en el art. 53 CE. La dignidad de la persona está ubicada en el capítulo I de dicho título lo que la deja fuera de esta garantía. Sin embargo muchos de los derechos que integran la dignidad son derechos fundamentales del capítulo II. Por esta vía interpuesta es por lo tanto posible aun de forma indirecta, recurrir a la directa aplicabilidad y a la eficacia alegatoria inmediata de la dignidad ante los tribunales, así como invocar su efecto vinculante.

Otra de las garantías generales internas que le son aplicables procede de la interpretación del contenido de los derechos fundamentales de acuerdo con la Constitución Española y las normas y Convenios Internacionales ratificados por España. Señala a este respecto la STC 36/1991, de 14 de febrero que el artículo 10.2 CE “obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta (Constitución) de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución”, lo que significa que todos los demás jueces y tribunales quedan obligados a tomar como base esa jurisprudencia a la hora de hacer sus sucesivas interpretaciones¹³⁴. En este sentido es importante destacar que la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (DOC 364 de 18.12.2000, incorporada posteriormente al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007), que sí recoge la dignidad como derecho¹³⁵, cumple desde su proclamación la función de legitimación propia de toda genuina declaración de derechos; es decir, enuncia los valores básicos e irrenunciables para cuya salvaguardia se instituye la Unión Europea como entidad política. Aprobada por el Parlamento europeo el 29 de noviembre de 2007, en el caso de España, el TC, desde que salió a la luz este documento en el año 2000 había empezado a dictaminar sentencias recurriendo a

¹³⁴ El FJ 1º de la STC 64/1988 señala que “el art. 10.1 CE, en su apartado 1 vincula los derechos inviolables con la dignidad de la persona y con el desarrollo de la personalidad, y en su apartado 2, los conecta con los llamados derechos humanos, objeto de la Declaración Universal y de diferentes Tratados y acuerdos Internacionales ratificados por España”.

¹³⁵ Art. 1: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”. Art. 31, en relación con las condiciones de trabajo: “1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad”.

ella como base interpretativa de derechos fundamentales, ejemplo de ello son las STC 292/2000, de 30 de noviembre, y la STC 169/2009 de 29 de junio FJ 3. Frente a las opiniones contrarias a la aplicabilidad de esta Carta en la exégesis de los derechos fundamentales, el TC ha dejado claro en la Declaración en Pleno 1/2004, de 13 de diciembre, que es de directa aplicación tanto en su tenor como en su interpretación jurisprudencial, en línea de continuidad con el Convenio de Roma de 1950¹³⁶.

Una vez, pues, analizada someramente la configuración jurídico-constitucional de la dignidad humana podemos llegar a las siguientes conclusiones en relación con el tema que nos ocupa:

-La dignidad aparece, en primer lugar, como el que podríamos denominar principio fundamental de referencia, fundamento o razón de ser de los derechos y libertades.

-Se proyecta, por otro lado, en una serie de derechos fundamentales que aparecen unidos a ella de manera indisoluble, y de los que ejerce igualmente como definidora de un contenido mínimo o esencial.

-Su defensa se articula, en los procedimientos de amparo configurados por la legislación procesal española, a través de esos otros derechos a los que inspira y en los que se manifiesta.

-Habiendo declarado el TC la naturaleza constitucional de los derechos de conciliación, y apareciendo éstos unidos al derecho de igualdad y no discriminación, no cabe duda de que resultan asimismo ligados a aquéllos la dignidad humana y el resto de los derechos en los que se refleja: el derecho a la educación y la cultura, el derecho a la integridad física y psíquica, la tutela judicial efectiva y la familia.

-Todos ellos, en definitiva, constituyen el contenido mediato o inmediato de los derechos de conciliación, y han de ser tenidos en cuenta en caso de conflicto con otros derechos implicados en la relación laboral, tanto en lo que atañe a su regulación en la Carta Magna como a la contenida en los Tratados y demás instrumentos legislativos internacionales de aplicación en el ordenamiento español, junto con la jurisprudencia que, en uno como en otro nivel, interpreta dicha normativa.

Se pone, así, de manifiesto que la doctrina constitucional desarrollada en la STC 3/2007 no abarca el verdadero contenido de la conciliación y resulta limitativa cuando lo reduce a la tutela de la igualdad y la no discriminación por razón de sexo y a la protección de la familia. No

¹³⁶ “El valor interpretativo que (...) tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) como el mismo artículo II-112 (...) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elemento de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el art. I.9-2 determina en términos imperativos que ‘la unión se adherirá al convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales’ (...) el Tratado asume como propia la jurisprudencia de un tribunal cuya doctrina ya está integrada en nuestro ordenamiento por la vía del art. 10.2 CE de manera que no son de advertir nuevas ni mayores dificultades para la articulación ordenada de nuestro sistema de derechos”.

es complicado imaginar supuestos en la vida práctica donde la solicitud de alguna de las medidas de conciliación contenidas en la legislación laboral aparece unida no sólo a la vida familiar, sino a la educación o la cultura, la salud o, en definitiva, el libre desarrollo de la personalidad en aspectos tan esenciales que resultan, a la postre, expresión cabal de la dignidad humana. Sin duda que la mención a la “vida personal” introducida por la LOI 3/2007 puede entenderse en ese sentido de ampliar la perspectiva material de la conciliación en su completo alcance.

4.4. Criterios interpretativos para la resolución de conflictos entre la libertad de empresa y los derechos fundamentales de las y los trabajadores en el ámbito laboral

Las solicitudes relacionadas con el ejercicio de los derechos de conciliación tropiezan a menudo, en el ámbito laboral, con el poder organizativo del empresariado. Se hace necesario, pues, estudiar en que medida pueden verse limitados los derechos fundamentales inherentes a tales solicitudes y la manera en que la jurisprudencia constitucional ha abordado la resolución de estos conflictos.

a) Las limitaciones de los derechos fundamentales en su ejercicio entre particulares

A la vista de lo anteriormente expuesto, pasamos en este apartado a estudiar los criterios establecidos por la jurisprudencia para resolver los eventuales conflictos que puedan surgir entre el ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito laboral y la capacidad organizativa del empresario, con ocasión de una solicitud relacionada con la conciliación.

Debemos comenzar recordando que la eficacia jurídica horizontal de los derechos fundamentales, esto es, entre particulares, está suficiente y pacíficamente reconocida en la actualidad, aunque no siempre fue así, puesto que en un principio se pensaba que el respeto a los derechos fundamentales era cuestión atinente únicamente a las relaciones entre los ciudadanos y el poder estatal. A partir de 1950, en la República Federal de Alemania, comenzó a plantearse la discusión en torno a los efectos de los derechos fundamentales frente a terceros particulares, en las relaciones entre personas privadas. En el ordenamiento español, el artículo 9.1 CE apunta en esa dirección al establecer que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, y finalmente nuestro TC lo ha confirmado en su sentencia 18/84¹³⁷.

¹³⁷ “La concretización de la ley suprema –que supone el artículo 41.2 de la LOTC– no debe interpretarse en el sentido de que sólo sea titular de los derechos y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado Social de derecho como el que consagra el artículo I de la CE no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social, tal y como evidencia la Ley 62/78 de protección de los derechos fundamentales, la cual prevé la vía penal –aplicable cualquiera que sea el autor de la vulneración cuando cae dentro del ámbito penal–, la contencioso-administrativa (...) y la civil, no limitada por el sujeto autor de la lesión.”

Partiendo de ello, Antonio Torres del Moral¹³⁸ explica que en tales casos la lesión la produce un particular, pero si el juez no repara el daño también él lesiona el derecho en cuestión, y es esta vulneración judicial de segundo grado la que abre la vía de su reparación ante el Tribunal Constitucional. Para amparar un derecho fundamental violado por un particular, el Tribunal hace siempre responsable de la violación al órgano judicial que en su momento no tuteló adecuadamente tal derecho. Pero aunque procesalmente haya que fundamentar el recurso de amparo de este modo, el fondo del asunto sigue siendo el mismo: en la relación entre particulares que dio origen al litigio debieron ser observados los derechos constitucionales. Autores como Juan María Bilbao Ubillos¹³⁹ defienden sin embargo la eficacia directa de los derechos fundamentales de forma que desplieguen sus efectos en las relaciones privadas sin otras mediaciones, sin intervención del legislador o del juez, en tanto son derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional frente a las violaciones procedentes de sujetos privados.

En el ámbito laboral, cabe decir que no pueden esgrimirse los principios que rigen las relaciones contractuales para impedir, más allá de los imperativos propios impuestos por el contrato, el ejercicio de un derecho o libertad constitucional. Lo dicho vale igualmente, y más si cabe, respecto de los Convenios Colectivos, dado el carácter de fuente del Derecho que tienen en nuestro Ordenamiento (STC 58/1985. de 30 de abril, entre otras). A este respecto, señala la STC 22/84, FJ 3: “existen, ciertamente fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos, y la prioridad ha de resultar de la propia CE”.

Sentado esto, analizamos a continuación cuáles serían los límites de los derechos fundamentales en fricción dentro de las relaciones entre particulares, como pueden ser las de empleador/ra y empleado/a. El Tribunal Constitucional ha desarrollado un cuerpo doctrinal (adoptado por el Tribunal Supremo en sentencias como las de 5 y 18 de febrero y 25 de abril de 1985, y la de 9 de julio de 1990, entre muchas otras) donde desarrolla una serie de criterios en torno a esas posibles limitaciones de los derechos fundamentales:

- El principio de intangibilidad del contenido esencial de los derechos, definido por los siguientes rasgos:
 - 1.- La naturaleza jurídica del derecho, o concepción generalizada que de él tienen los juristas, obteniendo como resultado aquellas facultades o posibilidades de actuación que lo hacen reconocible como tal y sin las cuales quedaría desnaturalizado.
 - 2.- Detección de los intereses jurídicamente protegidos que “dan vida al derecho”, en este sentido se rebasa el contenido esencial de un derecho cuando se lo limita de tal

¹³⁸ Torres del Moral, Antonio “Principios fundamentales del estatuto jurídico de los derechos”, en *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, 1º ed. (Madrid: Colex, 2007), pp. 101-130.

¹³⁹ Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares* (Centro de Estudios Constitucionales, 1999).

manera que queda impracticable, dificultado más allá de lo razonable o despojado de la necesaria protección (STC 11/1981, de 8 de abril, 37/1987, de 26 de marzo).

Carolina León Bastos resume tales indicadores, citando a Alexy, en el hecho de que el respeto del contenido esencial prohíbe que la vigencia de un derecho fundamental “pierda toda importancia para todos los individuos o para la mayor parte de ellos” ¹⁴⁰.

- Necesaria justificación democrática de sus limitaciones y restricciones. Afirman las STC 26/1981, de 17 de julio y 62/2982 de 15 de octubre y 50/1995, de 23 de febrero: “cuando se coarta (...) el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o el conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó”. Igual motivación se exige obviamente a la resolución judicial que resuelva un caso de esta índole (STC 62/1982 y 13/1985 citadas, 15 de febrero/1994, entre otras).
- El principio de proporcionalidad: “toda limitación para el ejercicio de un derecho fundamental (...) ha de ser aplicada según criterios de racionalidad y proporcionalidad (STC 291/93 FJ 2). Y, en palabras de la STC 207/1996 FJ 4: “conviene recordar los requisitos que conforman nuestra doctrina sobre la proporcionalidad, los cuales pueden resumirse en los siguientes: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo”. A su vez, el “juicio de proporcionalidad” para determinar si una medida limitativa de un derecho fundamental es constitucional o no responde a tres requisitos o condiciones: “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

Junto con estos criterios a respetar en las limitaciones de los derechos fundamentales que puedan producirse tanto por una decisión legislativa como por el ejercicio de otros derechos por parte de particulares, y en especial en el ámbito laboral, debemos considerar una serie de factores que deben guiar la actuación postrera de los tribunales cuando de enjuiciar estos conflictos se trata:

- Los derechos fundamentales, declara el Tribunal Constitucional, son el parámetro de interpretación de todas las normas del Ordenamiento jurídico. La legalidad ordinaria, añade,

¹⁴⁰ León Bastos, Carolina, *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*, 1º ed. (Madrid: Reus, 2010).

ha de ser interpretada de un modo finalista, de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos y para la maximación de su contenido (STC 34/1983, de 6 de mayo, 112/1988, de 8 de junio, 24, 26 y 103/1990, de 15 de febrero y 4 de junio, entre muchas otras).

Esto supone, afirma Santiago Sánchez González¹⁴¹ citando a Pérez Luño, reemplazar la concepción estática y defensiva de este principio de interpretación favorable a la libertad por otra positiva y dinámica que busque maximizar y optimizar la eficacia de los derechos. En el mismo sentido, León Bastos considera que la posición preeminente de tales derechos “hace que todo el ordenamiento deba ser interpretado de acuerdo a los derechos fundamentales, de manera que éstos resulten más eficaces, y desarrollen su mayor potencialidad (...) no sólo como mandatos a respetar, sino como objetivos a alcanzar”¹⁴². Esta autora realiza una interesante concreción de esta regla interpretativa en el llamado “Principio pro homine”, como criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Asimismo distingue dos variantes de este principio: a) la preferencia interpretativa con respecto del principio *favor libertatis*, donde las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos fundamentales deberán ser interpretadas restrictivamente y donde el operador debe interpretar la norma de la manera que mejor optimice su ejercicio; y con respecto al principio de protección de víctimas o *favor debilis*, donde es necesario considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra, se halla en inferioridad de condiciones b) la preferencia de normas, esta variante se refiere a que cada vez que una norma de derechos se encuentre en conflicto con una norma de poder, el caso debe ser resuelto escogiendo favorablemente sobre la primera, puesto que son éstas las que orientan la actuación de los órganos de poder público.

- Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que a veces la prueba de una vulneración de derechos fundamentales ofrece dificultades casi insalvables, motivo por el que se impone al juez la necesidad de aliviarla o incluso de invertir su carga a fin de impedir que se perpetúe una situación contraria a la Constitución. Finalmente, el juez no debe limitarse a estimar insuficiente la prueba que aporta el actor, sino que debe motivar tal juicio (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre y 38/1986, de 21 de marzo)

¹⁴¹ Sánchez González, Santiago, “Los límites de los derechos fundamentales”, en *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*, 1ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006).

¹⁴² León Bastos, Carolina, *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*. Cit.

Todo ello nos lleva a entender, de acuerdo con Aguiar de Luque, que “no puede admitirse, en principio y para todos los casos, una ordenación axiológica o la superioridad de unos bienes sobre otros, en caso de que se produzca un conflicto entre derechos hay que proceder a una ponderación de los mismos, que permitirá determinar la prevalencia concreta de uno de ellos sobre el otro que, en este supuesto cede, pero no desaparece”¹⁴³. Lo que en los términos del Tribunal Constitucional supone que “no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala” (STC 320/94, FJ 2).

b) La capacidad organizativa del empresariado en su relación con los derechos fundamentales de las y los trabajadores

Esta labor de ponderación es especialmente conflictiva en el ámbito laboral cuando confluyen en torno a un mismo hecho los derechos fundamentales de las y los trabajadores y la capacidad de organización de la empresa.

La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales a que aludíamos anteriormente se manifiesta específicamente en el Derecho del Trabajo. Si bien hay que matizar, como nos explican José Ignacio García Ninet y Arantzazu Vicente Palacio, que “tal eficacia interprivados no queda limitada a lo que denominaríamos los derechos constitucionales laborales, es decir, aquellos que sólo pueden ser entendidos y predicados dentro de una relación laboral y a partir de los cuales se inició la constitucionalización del Derecho del Trabajo, sino que comprende también los que la doctrina ha llamado derechos constitucionales inespecíficos: aquellos de los que el trabajador es titular como ciudadano”¹⁴⁴. Quiere esto decir, en cuanto al tema que nos ocupa, que todos aquellos derechos de rango constitucional que forman parte de los derechos de conciliación, más allá de su vinculación con el ámbito del trabajo, son aplicables en todo su alcance y naturaleza dentro de la relación laboral. Pacheco Zerga¹⁴⁵ sostiene que la articulación del poder de dirección del empleador-ra con el respeto debido a los derechos fundamentales del trabajador-ra es una conquista de la segunda mitad del siglo XX, al punto que hoy en día se puede hablar de una “recomposición constitucional del contrato de trabajo”, a fin de integrar los derechos fundamentales en la relación laboral. Así, la doctrina jurídica destacó hace más de cuarenta años que el derecho del trabajador a ser tratado con la consideración debida a su dignidad humana añade “una actitud más exigente de estimación de la persona humana, de autolimitación del empresario, que no puede considerar a

¹⁴³ Aguiar de Luque, Luis “Libertad de expresión y derecho a la información”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1º ed. (Madrid: Civitas, 1995), p. 4052.

¹⁴⁴ García Ninet, Jose Ignacio y Vicente Palacio, Arantzazu, “Los derechos fundamentales como límite a las facultades organizativas del empresario (Libertad sindical y movilidad funcional). La tutela de la libertad de afiliación sindical: ¿La afiliación sindical como señuelo de mejoras profesionales o como causante de la degradación profesional?”, *Aranzadi Social V* (1999), pp. 669-696.

¹⁴⁵ Pacheco Zerga, Luz, *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. Cit.

sus trabajadores como una parte del instrumental, sino como hombres unidos a él para realizar un fin común¹⁴⁶”, al ser la empresa no sólo una organización dirigida a la producción de bienes y servicios sino “una célula social en la que se integra el hombre para su plena realización mediante su trabajo, privilegio, deber y vocación de la persona” (STS 25 de enero de 1998). De ahí que el deber de buena fe, aun cuando sea aplicable a todo el Derecho de obligaciones, adquiere en el Derecho del Trabajo un matiz de especial intensidad, por tratarse de una relación de duración continuada y más personal que otras de diferente naturaleza, que conlleva más ocasiones de exigencia y de trato correcto y leal entre los sujetos que han celebrado el contrato. Para Pacheco Zerga¹⁴⁷, la ejecución de cualquier contrato y en particular el de trabajo, exige una actitud de diálogo, de armonización de intereses, que sólo será viable en la medida en que se actúe con veracidad y lealtad, respetando al otro como si fuera otro yo. Y en este sentido, afirma, hubiera sido deseable que el ET, del mismo modo que establece como deber básico del trabajador “el cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia (art. 5.1 ET), hubiera establecido similar obligación para el empresario. Este vacío ha sido cubierto por el art. 20.2 *in fine*, que al delimitar las facultades de dirección y control del empresario, concluye que “el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”, lo que en definitiva impone a las partes un comportamiento veraz, respetuoso, abierto al diálogo.

Este deber de buena fe se halla inequívocamente unido al respeto a la dignidad humana en el ámbito contractual. De acuerdo con Montoya Melgar¹⁴⁸, no cabe duda pues de que uno de los límites del poder de dirección del empresario-a es precisamente la consideración debida a la dignidad del trabajador-ra. En este sentido, ya hemos visto que la STC 120/1990 ha declarado que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre¹⁴⁹.

Por otro lado, debemos preguntarnos por la consideración que en la jurisprudencia se manifiesta acerca del otro derecho en liza, cuando se trata del reconocimiento o ejercicio de los derechos de conciliación en el ámbito empresarial, esto es, la capacidad organizativa del empresario-a como una manifestación del derecho de libertad de empresa reconocido en el art. 38 CE. Baylos y Pérez Rey han analizado este derecho, y manifiestan que “(...) a pesar de los esfuerzos doctrinales de dotar de un amplio contenido esencial a la libertad de empresa no puede perderse de vista la dificultad de este cometido advertido por el propio TC al relacionarlo con el derecho al trabajo del artículo 35 CE y el principio de Estado Social y Democrático de Derecho (STC 37/1987 (FJ 5) y STC 192/2003). Esto supone que en el ámbito organizativo de la empresa, la libertad de empresa tiene que conciliarse con las exigencias derivadas del

¹⁴⁶ Bayón Chacón, Gaspar, *Manual de Derecho del Trabajo*, 9º ed. (Madrid: Pons, 1974).

¹⁴⁷ Pacheco Zerga, Luz, *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. *Cit.*

¹⁴⁸ Montoya Melgar, Alfredo, “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”. *Cit.*

¹⁴⁹ Así, a modo de ejemplo, la STC 192/2003, de 27 de octubre, declaró que “una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho”.

derecho al trabajo (art. 35 CE), la garantía pública del progreso social y económico (art. 40 CE), la función social que tiene la institución empresarial (arts. 38 y 128 CE) y la especial obligación que pesa sobre el poder público de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40 CE)”¹⁵⁰. En este sentido, denuncian los autores que “la ofensiva doctrinal que se apoya en la libertad de empresa viene conscientemente a utilizar esta cláusula constitucional como un puro argumento retórico que quiere reforzar las tendencias dominantes en la jurisprudencia de unificación de doctrina del Tribunal Supremo –y a través de ella, la homogeneización de la interpretación judicial en todo el Estado- en un sentido degradatorio de las garantías del trabajador. Funciona por tanto como coartada de una cierta cultura autoritaria de las relaciones de trabajo ya asumida como decisión política por nuestra alta magistratura”. En apoyo de esta crítica citan algunos fallos relevantes en materia de despido para los cuales “el control judicial previsto en la ley para determinar si las medidas adoptadas por la empresa para ‘superar’ las dificultades que impidan su buen funcionamiento se ha de limitar (...) a comprobar si tales medidas son plausibles o razonables en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajustan o no al estándar de conducta del ‘buen comerciante’”¹⁵¹. Este control débil de razonabilidad implica un amplio margen de maniobra para las respuestas empresariales a las circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción que podemos entender extendibles a las decisiones relacionadas con las solicitudes de derechos de conciliación. Si en el ámbito del despido, tal como ponen de manifiesto los autores, se confina la labor judicial a la mera comprobación de si es una respuesta razonable al problema que afecta a la empresa acudiendo para ello a los estándares de conducta que rigen en la vida económica, y con independencia de si existen medidas menos traumáticas para afrontar la situación y que también serían de adopción razonable por parte del empresariado¹⁵², cuánto más lo será cuando se trate de solicitudes relacionadas con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral manifestadas, por ejemplo, en adaptaciones de horario o elecciones de distribución del tiempo de trabajo.

Observamos que para algunos autores conciliación equivale inmediatamente a costes para el empresario-a. Así, Miguel Azagra Solano entiende que deberían instaurarse “mecanismos eficaces de compensación económica para el empresario que ve elevados sus costes de producción como consecuencia del ejercicio por sus trabajadores de derechos de conciliación como es el de reducción de jornada”, teniendo por evidente que “uno de los riesgos del empresario es el de tener que pechar con los costes laborales impuestos por la legislación de trabajo, pero si esta legislación hace descargar sobre él gran parte de aquellos, sin arbitrar

¹⁵⁰ Baylos, Antonio y Pérez Rey, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*. Cit.

¹⁵¹ STS de 10 de mayo de 2006; 31 de mayo de 2006.

¹⁵² Los autores ponen como ejemplos de esta doctrina los despidos en los que existen beneficios o por causa de decisiones de externalización: “en el terreno de la mera conveniencia empresarial como mecanismo dirigido a ahorrar costes y mejorar el servicio, sin constituir respuesta a un mal funcionamiento empresarial (...) Con ello se está en la práctica juridificando una serie de criterios económicos o de organización empresarial que, por definición, son relativos o cuestionables y que conllevan una opción del juzgador por una determinada interpretación de la realidad socio-económica”. Esta interpretación, a juicio de Baylos y Pérez Rey, “carece de base legal y constitucional”.

mecanismos de compensación, podemos asistir al fracaso de la finalidad pretendida por una normativa de contenido social totalmente necesaria”¹⁵³ A ello añade el derivado de las “reestructuraciones organizativas que deben llevarse a cabo en relación con el resto de trabajadores a los que el ejercicio del derecho por parte de sus compañeros puede afectar”, de modo que se vean perjudicados “de forma determinante el clima de trabajo y a la convivencia en el seno de la empresa”. Tan amenazante perspectiva lleva a Antonio Vicente Sempere Navarro¹⁵⁴ a proponer incluso una suerte de “legitimación pasiva” en el proceso judicial del resto de los trabajadores de la empresa que puedan verse afectados por la medida conciliadora.

El punto de vista de ambos autores, demostrativo del ideario empresarial y su susceptibilidad hacia los derechos de conciliación -a los que de forma automática se adjudica toda clase de disfunciones en la empresa-, contrasta con el exceso de celo en lo relativo a los derechos del resto de trabajadores-as, concretado en la sugerencia de medidas enervadoras de tales disfunciones como sería la aludida “legitimación pasiva” de estos últimos. Semejante posibilidad conllevaría sin duda mayores presiones no sólo para quien pretendiese ejercitar sus derechos de conciliación, sino para el resto de las y los trabajadores a quienes “convendría” acudir en defensa de la empresa para declarar frente a su compañero/a alegando unos perjuicios que, en cualquier caso, tendrían posibilidad de defensa mediante el procedimiento correspondiente dirigido contra la propia empresa. Mal camino resulta, en definitiva, el de convertir los derechos de conciliación en un campo de batalla entre los propios trabajadores-ras.

Pero es que, a mayor abundamiento, en tales procesos se deben tener en cuenta -como ya avanzábamos- las distintas posibilidades probatorias de las partes. Siguiendo a García Ninet y Vicente Palacio¹⁵⁵, es oportuno recordar que la doctrina del TC sobre la alteración de la carga de la prueba en los supuestos de alegación y demostrada concurrencia de indicios racionales de violación de derechos fundamentales constituye una técnica instrumental tendente a garantizar al máximo la eficacia *erga omnes* de los derechos constitucionales, técnica o doctrina utilizada tempranamente por el TC¹⁵⁶, tanto en asuntos relativos al ejercicio de

¹⁵³ Azagra Solano, Miguel, “El conflicto de la conciliación de la vida laboral y familiar: especial atención a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Marzo 2010.

¹⁵⁴ Sempere Navarro, Antonio Vicente, “Los trabajadores que no ejercen derechos específicos para conciliar vida familiar y laboral”, *Actualidad Jurídica Aranzadi num. 734/2007 (Tribuna)* (2007).: “Por fuerza, (los) que no han ejercitado estos derechos acabarán estando afectadas en su actividad, en su organización horaria, secuencia de turnos, ritmo de trabajo, relaciones con el resto de empleados, etc. ¿Quién ha tenido en cuenta ese efecto colateral? ¿Quién ha defendido y representado sus intereses? Incluso es posible que se trate de dos personas con mayores problemas familiares y económicos que las otras y que, por eso mismo, ni siquiera puedan pensar en disminución alguna de jornada y retribuciones”. El mismo autor conviene, sin embargo, en el hecho de que “toda limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores en virtud de los poderes empresariales ha de observarse restrictivamente” (Nuevas tecnologías y relaciones laborales, Cizur Menor (Navarra) Aranzadi 2002).

¹⁵⁵ García Ninet, Jose Ignacio y Vicente Palacio, Arantzazu, “Los derechos fundamentales como límite a las facultades organizativas del empresario (Libertad sindical y movilidad funcional). La tutela de la libertad de afiliación sindical: ¿La afiliación sindical como señuelo de mejoras profesionales o como causante de la degradación profesional?”. *Cit.*

¹⁵⁶ Vid. STC 38/1981, de 23 de noviembre (Sala Segunda). Ponente: Magistrado Excmo. Sr. D. Jerónimo Arozamena Sierra. Con posterioridad a la misma, vid. STC 47/1985, de 27 de marzo (Sala Segunda). Ponente: Magistrado

facultades disciplinarias del empresario-a como en relación a otras materias de carácter no específicamente disciplinario sino de orden organizativo, doctrina que encontró finalmente reconocimiento legal en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990¹⁵⁷.

Finalmente, y en cuanto a las particularidades procesales que afectan al ejercicio de estos derechos, señalan los mismos autores que, pese a que el reconocimiento de la efectividad de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral por parte del TC lo fue tempranamente (STC 18/1984, de 7 de febrero), su protección no se articula de forma directa e inmediata a través del acceso al propio TC sino a través de los órganos de la jurisdicción ordinaria, quedando reservado el mecanismo del recurso de amparo para las violaciones mediatas.

Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico la interpretación jurisprudencial sobre la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, entre particulares, queda sustancialmente residenciada en los Tribunales ordinarios, cuya actuación, en general, como ha señalado la doctrina científica ha sido “extremadamente cautelosa a la hora de calificar la facultad disciplinaria empresarial como vulneradora de un derecho fundamental del trabajador, cautela que se transforma en oposición cuando lo que está en discusión son los poderes organizativos del empresario”¹⁵⁸.

Una mejor aproximación a la cuestión, no obstante, puede hacerse de la mano de la doctrina constitucional contenida en la STC 90/1997, de 6 de mayo: “Los equilibrios y limitaciones recíprocas que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo supone (...) que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos (...) desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (...), bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador (...). Pero además (...) el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivo de los derechos fundamentales del trabajador (...), ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (...)”. Lo prohibido es en todo caso la objetiva lesión del derecho fundamental con independencia de la concurrencia de un eventual requisito subjetivo de orden teleológico cifrado en la voluntad empresarial de llegar a dicho resultado lesivo. Ante una acción empresarial -más incluso si tal facultad es discrecional, pues tal discrecionalidad

Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente; STC 37/1986, de 20 de marzo (Pleno). Ponente: Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente; STC 114/1989, de 22 de junio (Sala Primera) Ponente: Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente; STC 21/1992, de 14 de febrero (Sala Primera). Ponente: Magistrado Excmo. Sr. D. Jesús Leguina Villa; STC 266/1993, de 20 de septiembre (Sala Primera) Ponente: Magistrado Excmo. Sr. D. Vicente Gimeno Sendra, entre muchas otras.

¹⁵⁷ En la actualidad recogidos en los arts. 96 y 179.2 LPL de 1995, respectivamente referidos a los supuestos de discriminación por razón de sexo y por motivos sindicales.

¹⁵⁸ Valdés Dal-Ré, Fernando, “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en *Autoridad y democracia en la empresa*, 1º ed. (Madrid: Trotta, 1992), pp. 44-45.

puede servir de mecanismo de ocultación de la ilicitud del comportamiento lesivo- el juzgador- ra únicamente debe valorar si a través de la misma se lesiona un derecho fundamental del trabajador- ra con abstracción de si esa era la finalidad buscada por el empleador- ra al adoptar dicha medida disciplinaria u organizativa.

4.5. A modo de reflexión final.

- 1) La constitucionalización de los derechos de conciliación formulada por la jurisprudencia constitucional ha tenido el doble valor:
 - de vincular estos derechos con los de igualdad y no discriminación, directa o indirecta
 - de imponer en su interpretación judicial una labora ponderativa en la que se tenga necesariamente en cuenta su carácter constitucional.
- 2) Aun así, existe una gran disparidad en las resoluciones judiciales que enjuician tales derechos, así como diversas resistencias a su aplicación tanto en el ámbito práctico como en el doctrinal manifestadas entre otros aspectos en que:
 - se continúan entendiendo desde la perspectiva de los roles tradicionales de género, mediante su exclusiva relación con el contexto familiar y las labores de cuidado
 - se valora su ejercicio en sede judicial sin tener en cuenta su verdadera relevancia constitucional, viéndose rechazados o sometidos a importantes condicionantes en tanto en cuanto entran en colisión con el poder organizativo del empresario
 - se proyecta una imagen negativa acerca de los mismos, en la que son causa directa e inmediata de mayores costes empresariales, desajustes organizativos y conflictos entre trabajadores
- 3) Proponemos, en consecuencia, un reforzamiento de la doctrina constitucional relativa a los derechos de conciliación por la vía:
 - de su conexión con la dignidad humana, en todo su alcance significativo, y los derechos constitucionales a los que inspira y en los que se proyecta (derecho a la familia, a la salud, la educación, la cultura, etc.)
 - de la consideración de tal principio y tales derechos en el ejercicio de la labor ponderativa a realizar por los jueces y tribunales cuando se trate de resolver conflictos en los que aparezcan implicados los derechos de conciliación
 - de la aplicación, en consecuencia, de la extensa doctrinal constitucional en torno a los límites de los derechos fundamentales, su interpretación de acuerdo con la normativa internacional, las reglas de la carga de la prueba y la prevalencia en cualquier caso de su garantía.

CAPÍTULO III: EL ARTÍCULO 34.8 ET Y LOS NUEVOS DERECHOS EN LAS RELACIONES LABORALES PARA LA CIUDADANIA SOCIAL

La reforma operada por la LOI 3/2007 en el art. 34.8 ET supone un cambio en el paradigma con que se viene entendiendo la conciliación, que ha de tener alcance tanto en las políticas con que se desarrolle como a la hora de ejercitar y aplicar los derechos vinculados a ella. El art. 44 de la LOI 3/2007 introduce la vida personal en los derechos de conciliación de una manera genérica que encuentra su desarrollo específico en la reforma del 34.8 ET al constituirse éste en la vía idónea de ejercicio de la conciliación de la vida personal y laboral. Queda así abierto el camino para que los derechos de conciliación se conviertan en universales e individualizados, superando de esta forma su vinculación exclusiva con el género femenino y las tareas de cuidado familiar; en este sentido estudiábamos en el capítulo anterior la necesidad de ampliar su dimensión constitucional a través de la vinculación con los derechos fundamentales que, como expresión de la dignidad, resultan esenciales para el libre desarrollo de la personalidad. Ello no obstante, al tratarse de una transformación de relevancia, ha generado diferencias interpretativas y ciertas resistencias que analizaremos a lo largo de las páginas que siguen.

1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del art. 44 de la LOI 3/2007: ¿nuevos derechos en las relaciones laborales para la ciudadanía social?

1.1. Introducción

Si preguntáramos a diferentes personas sobre lo que entienden por los conceptos “vida personal” y “vida familiar”, seguramente nos darían una respuesta diferente para cada definición. Y es que tenemos que empezar por cuestionarnos si resulta necesario definir y acotar qué es aquello que debe entenderse por cada una de esas parcelas vitales. Resulta evidente que la vida laboral es la que discurre durante nuestra jornada de trabajo diaria y que la vida personal y familiar es esa otra parcela de nuestra vida que comienza cuando atravesamos las puertas de la oficina, el comercio, el taller o la fábrica. La vida personal y la vida familiar no resultan fáciles de discernir a efectos jurídicos. Hacer la compra, limpiar la casa, cuidar de un menor o de una abuela impedida, leer un libro, ir al cine, cocinar, pasear a nuestra mascota, todos estos actos vitales se entremezclan continuamente en las experiencias de vida personal y familiar.

La normativa ha venido identificando la conciliación de la vida familiar con el cuidado de seres dependientes, mientras que la vida personal no se encuentra definida por lo mismo, aunque generalmente se asocia a actividades relacionadas con el ocio, los estudios, el deporte, etc. Consideramos que pretender distinguir entre vida personal y familiar conforme a estos criterios es un error, ya que ello supone reforzar los estereotipos e imaginarios culturales arraigados en nuestra sociedad durante siglos y en los que, como sabemos, la vida familiar se encuentra asociada a la esfera privada y lo doméstico y, en consecuencia, a la mujer, que es la que mayoritariamente hasta el momento viene realizando estas funciones, mientras que los aspectos concernientes a la vida personal, que en realidad sería aquel tiempo que nos queda libre después de trabajar y desarrollar nuestra vida familiar, es un tiempo de vida que sigue estando asociado a la esfera pública, porque se disfruta fuera del hogar, y por tanto se encuentra asociado al hombre.

Por otro lado los conceptos “vida familiar” y “vida personal” resultan poco precisos desde el punto de vista jurídico para calificar determinadas actividades que bien podrían englobarse en uno u otro, como aquellas en las que por ejemplo, padres e hijos comparten determinadas actividades deportivas que no aparecen ligadas a ninguna actividad escolar o extraescolar. En añadidura, existen otros tiempos de vida y actividades domésticas y/o de cuidado que no son incardinables en estos dos criterios generalistas, y que sin embargo son desempeñadas de forma principal por las mujeres. Por último, el concepto vida familiar se muestra insuficiente para recoger la diversidad de situaciones afectivas que pueden darse en la sociedad contemporánea como consecuencia de las nuevas estructuras familiares, los flujos migratorios, etc. Siguiendo a Luis Díez Picazo y Antonio Gullón: “la familia presupone una determinada manera de organización por lo que, solo a través de las ideas vigentes en cada momento histórico y de las necesidades económicas a que sirve, puede definirse lo que hay que entender por familia en cada momento de su evolución”¹⁵⁹. Este amplio concepto de familia se pone de manifiesto en el estudio “Mujeres y hombres en España 2010”¹⁶⁰, que en lo concerniente a “familia y hogares” señala lo siguiente:

- Se comprueba que tanto el modelo familiar como la composición de los hogares han sufrido importantes cambios en los últimos años. Cada vez con más frecuencia hogar y familia no son equivalentes ya que algunos hogares están constituidos por personas entre las que no existe relación de parentesco, hay familias que no viven en el mismo hogar y han surgido formas alternativas de familia. Así, en los hogares familiares los más frecuentes son los formados por pareja en núcleo (82,8%).
- Dentro de los hogares familiares con pareja en núcleo, el mayor número corresponde a los que tienen hijos menores de 18 años (44,0%), seguidos de los que no tienen hijos (31,1%) y de los que tienen hijos de 18 y más años (24,8%). Un 4,1% de los hogares familiares

¹⁵⁹ Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, 7º ed. (Madrid: Tecnos, 1997).

¹⁶⁰ Instituto de la Mujer, INE, *Mujeres y hombres en España en 2010*. Cit.

corresponden a familias monoparentales con hijos menores de 18 años y de estos hogares, el 87,1% corresponden a madre sola.

- En cuanto a los hogares no familiares, están constituidos principalmente por hogares unipersonales (94,1%) y otros hogares no familiares (5,9%) con la existencia o no de menores de 18 años. El 57,4% de los hogares unipersonales están formados por una mujer.
- El número de hogares unipersonales ha aumentado significativamente en el periodo 2000-2008, pero en mayor medida los hogares formados por un hombre solo, cuyo número casi se ha duplicado en este periodo. En las edades jóvenes y adultas (hasta los 54 años) son más frecuentes los hogares unipersonales masculinos. Pero a partir de los 55 años sucede lo contrario y son más frecuentes los hogares unipersonales femeninos. En el rango de 35 a 44 años, un 69,5% de los hogares unipersonales están formados por un hombre solo. Por el contrario, a partir de los 65 años es muy superior el número de hogares formados por una mujer sola.

En consecuencia, se ha producido un desbordamiento del contenido de la vida familiar como algo inequívocamente ligado a las relaciones de consanguinidad y afinidad. De ahí que a nuestro entender, resulte más acertada la expresión “vida personal” para contener todo aquello que aparece ligado a la vida privada de las personas y facilitar de este modo la articulación de los derechos que a través de ella se le reconocen.

1.2. Contexto jurídico-laboral en el que surge el art. 44 de la LOI 3/2007

Como hemos visto en el capítulo anterior, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo remunerado en las últimas décadas no ha traído consigo una modificación en el sistema de reparto de las labores domésticas y del cuidado familiar, que continúa caracterizado por la desigualdad y la exigencia práctica de la doble jornada para las mujeres. Por otra parte, tras la reforma laboral de 1994¹⁶¹ el Estado pierde peso en la regulación del tiempo de trabajo en favor de una mayor flexibilidad en su ordenación a cargo del empresariado, lo que conlleva un deterioro progresivo de las condiciones de trabajo que hacen que cada vez sea más difícil compatibilizar el tiempo de trabajo con el tiempo de vida. Es por ello que empiezan a demandarse respuestas jurídicas que permitan vencer tal dificultad, por una parte como reacción al proceso de flexibilización mentado y, por otra, por la percepción cada vez más clara de que la disposición sobre el tiempo de vida aparece ligada a la dignidad de la persona y su crecimiento individual. Así, el TC, en su sentencia 192/2003 de 27 de octubre, a propósito del

¹⁶¹ Por una parte, la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, regula los contratos de aprendizaje, prácticas y a tiempo parcial, legalizando las agencias privadas de colocación y las empresas de trabajo temporal, por otra parte, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, modifica trascendentalmente tres leyes básicas: Estatuto de los Trabajadores, Procedimiento laboral, e Infracciones y sanciones en el orden social.

desarrollo por parte del trabajador-ra de otra actividad en su periodo de vacaciones señala: “La concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente. Una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho y, para lo que importa ahora, la cláusula legal de la buena fe”.

En este contexto, la publicación de la LOI 3/2007 incorpora un genérico derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. El artículo 44¹⁶² de la LOI 3/2007 se encuentra comprendido dentro del Título IV dedicado al trabajo en igualdad de oportunidades, incorporando la ley en este título una serie de medidas tendentes a garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo. Ya en su Exposición de Motivos, la norma, dentro de las medidas de conciliación, apunta expresamente al nuevo permiso de paternidad como la más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, permiso que trata de abrir camino dentro de lo que en el pretendido nuevo modelo de orden social ha venido a denominarse como “corresponsabilidad”. No obstante, la LOI 3/2007 introduce además algunas otras medidas en la línea de las políticas de conciliación hegemónicas.

La referencia del legislador a la vida personal en los derechos de conciliación, a nuestro juicio, forma parte también de las estrategias de las políticas de género que pretenden impulsar cambios estructurales, aunque tal vez la ley debería haber reforzado conceptualmente esta nueva visión de los derechos de conciliación. Sin embargo el legislador no hace ninguna aclaración en este sentido dejándolo, bien a la libre interpretación de la negociación colectiva en los casos en que así se desarrolle, o al acuerdo individual entre empresa y trabajador-ra; o bien a la propia jurisdicción social que, creemos que en no mucho tiempo, tendrá que pronunciarse al respecto.

Como muchas investigaciones feministas llevan denunciando desde hace algunos años, si de verdad queremos avanzar en la consecución de la igualdad efectiva, resulta

¹⁶² CAPÍTULO II. Igualdad y conciliación

Artículo 44. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral

1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.

2. El permiso y la prestación por maternidad se concederán en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.

3. Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.

imprescindible dejar de asociar la conciliación a un problema exclusivo de la mujer, por ello es necesario empezar a reivindicar también el derecho a la vida personal como un derecho genérico que todo trabajador, hombre o mujer, tiene reconocido por la ley para poder conciliar su vida personal, más allá del modelo hetero-patriarcal de familia hegemónico. Este derecho a la conciliación de la vida personal y laboral entronca directamente con el nuevo precepto introducido por la Disposición Adicional Undécima, párrafo tres, de la LOI 3/2007 que introduce un nuevo apartado, el octavo, en el art. 34 del ET¹⁶³. El nuevo artículo 34.8 ET, que analizaremos más en profundidad en los siguientes apartados, como medida de conciliación relacionada con el tiempo de trabajo no tiene ya una finalidad específica de cuidado como la establecida el art. 37.5 ET, esto es, la reducción y/o adaptación de jornada para cuidado de un menor o discapacitado, sino que comprende una mayor dimensión tendente a romper esa dicotomía trabajo/familia, público/privado, dado que permite, en teoría, que cualquier trabajador-ra pueda solicitar de su empresa una mejor adaptación horaria sin necesidad de reducir la jornada y prescindir por tanto de una parte del salario en momentos, además, en los que la situación económica presente y el significativo incremento de las familias monoparentales hacen bastante complicada esa reducción. En nuestra opinión, y aun reconociendo las bondades del permiso actual de paternidad¹⁶⁴ de 13 días, sin duda muy necesario pero a todas luces insuficiente todavía y lejos de los reivindicados permisos parentales iguales e intransferibles¹⁶⁵, será la introducción de la vida personal y el nuevo apartado octavo del art. 34 del ET, en las acertadas palabras de Trillo Párraga, “la clave de bóveda” de los denominados derechos de conciliación¹⁶⁶.

Sin embargo, hasta ahora, la presencia de la vida personal en el enunciado “conciliación de la vida personal, familiar y laboral” ha pasado casi desapercibida. De hecho en la mayoría de foros académicos, medios de comunicación, opinión pública, etc., se sigue hablando únicamente de conciliación familiar y laboral. Ciertamente para algunas voces, en el contexto

¹⁶³ Disposición Adicional undécima. Modificaciones del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. El Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda modificado como sigue:

Tres. Se introduce un apartado 8 en el artículo 34, con la siguiente redacción:

“8. El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla”.

¹⁶⁴ En aras a una política positiva hacia la figura del padre, que permita incentivar la implicación de los hombres en las responsabilidades familiares, la Ley 9/2009 de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida plantea la ampliación del período de paternidad a cuatro semanas, exclusivo para el padre. Dicha Ley entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2011.

¹⁶⁵ En la vida familiar, para avanzar hacia la eliminación de los roles diferenciados de género y la corresponsabilidad, es necesario que los padres puedan ocuparse del cuidado de sus bebés igual que las madres. Por dicha razón, el permiso del padre debe ser individual e intransferible, como lo son los demás derechos laborales y de Seguridad Social basados en cotizaciones personales. La experiencia ha demostrado que los hombres no disfrutan los permisos que pueden transferir a las mujeres, ya sea por razones de educación o por presión de las empresas. Por otro lado, todas las mujeres se ven penalizadas por las mayores ausencias laborales de las madres.

¹⁶⁶ Trillo Párraga, Francisco José, *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*. Cit., p.257. Para este autor, “los retos de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se concentran en torno a la cuestión del coste económico de dicho derecho y en la iniciativa/titularidad de los mismos. La definición del alcance del artículo 34.8 del ET parece ser la clave de bóveda de aquéllos, mientras que por el momento se asiste a situaciones donde los poderes públicos mantienen posiciones tibias al respecto”.

de crisis económica actual puede parecer incluso una provocación reivindicar el derecho a conciliar la vida personal con el trabajo, pero no podemos desconocer en primer lugar que el legislador ha incluido el término expresamente y por otro lado que como hemos expuesto en el punto anterior, las nuevas realidades sociales demandan a su vez nuevas soluciones.

Aunque, como veremos, la doctrina científica se ha esforzado por dotar de significado a “la conciliación de la vida personal y laboral”, lo ha hecho, a nuestro juicio, con la prudencia y el desconcierto propios de quien ha de dar respuesta a una zona borrosa que el legislador no ha desarrollado convenientemente, o no ha querido hacerlo, con el añadido además de que se trata de la introducción de un nuevo derecho dentro el ordenamiento laboral.

1.3. La consideración del concepto “vida personal” en la doctrina científica

Para Teresa Velasco Portero habrá que distinguir cuáles son las necesidades concretas de conciliación que motivan la misma: si se trata de cuidado de familiares o menores, la imprescindible protección de éstos determinará la concreción horaria, pero “si se trata de otros motivos, conciliación de la vida personal y laboral, estrictamente consideradas, podría admitirse que la solicitud se supeditara a las necesidades de una mejor organización del trabajo”¹⁶⁷.

A favor de una interpretación amplia del concepto, Carlos L. Alfonso Mellado, sostiene que su inclusión en la norma tiene por objeto evitar cualquier interpretación restrictiva de lo que debe entenderse por conciliación de la vida familiar y laboral. Así, por ejemplo, con la introducción de este nuevo aspecto, la vida personal, cree que difícilmente hoy podrían sostenerse interpretaciones que negaban la adaptación de la jornada para conciliar el horario laboral con el régimen de visitas establecido en un convenio regulador de una separación, con el argumento de que los derechos por cuidado de hijo sólo podrían ser ejercidos por quienes tuviesen atribuida legalmente esa guarda o cuidado y en los supuestos estrictamente previstos¹⁶⁸. Y es que la conciliación de la vida personal con la vida familiar y laboral ampararía supuestos como éste, especialmente si se ha introducido en una norma como la LOI 3/2007, que contempla las especiales dificultades que la mujer tiene en muchos ámbitos ajenos a la vida familiar y laboral (formación, cultura, deporte, etc.) que incluso son objeto de diversas medidas en aras a garantizar la igualdad real de oportunidades en esos ámbitos. Estas dificultades, a juicio de Alfonso Mellado, serían extensibles a aquellos casos en los que tales tareas se asumen por los hombres. Como la conciliación de la vida familiar y la vida laboral se produce frecuentemente a costa del desarrollo pleno de la personalidad, la norma intenta que allí donde sea posible -donde quepan adaptaciones no perjudiciales para el empresario que posibiliten esa, al menos, relativa conciliación de los tres ámbitos- se produzca la misma. Así,

¹⁶⁷ Velasco Portero, Teresa, “El derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo”, en *Comentarios a la Ley de Igualdad*, 1º ed. (Valencia: CISS, 2007), pp. 631 a 640.

¹⁶⁸ Vid. SSTSJ Cataluña 814/1999 recurso suplicación 2928/1998.

no podrá denegarse una adaptación de jornada si, aunque fuese conciliable la vida familiar y laboral sin ella, eso supondría sacrificar otros aspectos de la vida personal del trabajador afectado¹⁶⁹.

Por el contrario, para Guillermo Rodríguez Pastor, la referencia a la conciliación de la vida personal y laboral no aporta nada nuevo. El autor parte de que para la resolución de esta cuestión debe tenerse presente cuál es el objetivo esencial de la nueva ley, y siendo éste la igualdad de la mujer y el hombre en todos los ámbitos, no parece que la referencia a la vida personal añada novedad alguna. En su opinión, parece claro que no se trata de proteger un singular derecho al ocio. Podría pensarse en otros derechos no relacionados con la familia, como la salud o la formación, pero estos derechos, aparte de que obtienen protección en otros preceptos legales, no son el objetivo de la nueva reforma¹⁷⁰. Discrepamos de este autor por cuanto considera la salud y la formación en un sentido restrictivo y vinculado necesariamente a la productividad laboral: así, la salud sería la ausencia de enfermedad y disponibilidad para trabajar, y la formación, lo sería exclusivamente la reglada y con un carácter práctico-profesional que a la larga revertiría en beneficio de la empresa. Tal es el sentido en el que plausiblemente se regulaban hasta ahora en el ET. Consideramos por el contrario que la salud puede entenderse también como bienestar físico y mental, y que la formación tiene un inequívoco cariz de desarrollo intelectual cualquiera que sea su propósito. Tales aspectos parecen ser recludos en la expresión “derecho al ocio” empleada por el autor. A nuestro entender el derecho de conciliación de la vida personal y laboral a través de la posibilidad de adaptación de la jornada de trabajo, permitiría desarrollar cualesquiera actividades extramuros de lo laboral y que son en último término manifestación de la dignidad humana –cuestión distinta, como hemos visto, es la manera en que se ejerciten tales derechos y su confrontación con los del empresariado-.

En cuanto a la determinación sobre el alcance de la conciliación personal, M^a Amparo Ballester Pastor y Tomás Sala Franco sostienen que resulta necesario concretar los supuestos que encuentran acomodo en el concepto de conciliación. Así, una primera apreciación sería la de que el derecho a la conciliación personal no implicaría la existencia de un sujeto pasivo, por lo que su justificación quedaría tan solo en la persona del propio trabajador-ra. Por otra parte, la vinculación con el ejercicio de derechos fundamentales podría desvanecerse cuando desaparece la argumentación de mayor afectación femenina. Una última consideración sería la de que ciertamente debe tener algún contenido cuando el precepto en cuestión hace expresa referencia a esta vertiente. Ballester Pastor y Sala Franco sostienen que este concepto

¹⁶⁹ Alfonso Mellado, Carlos L., “El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, 1^a ed., Temas (Madrid: La Ley grupo Wolters Kluwer, 2008), pp. 403-434.

¹⁷⁰ Rodríguez Pastor, Guillermo, “Tiempo de trabajo tras la reforma operada por la LOI”, en *Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad*, 1^a ed., Colección Laboral 179 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007), pp. 79-97.

extensivo seguiría siendo insuficiente para cubrir todas las posibilidades del concepto vida personal, de hecho continúa vinculándose a las responsabilidades familiares (aunque sea para referirse a actividades lúdicas compensatorias del tiempo dedicado al cuidado) por lo que entraría más propiamente en el concepto de conciliación familiar extensiva. De otra parte, estos autores matizan que el derecho a la adaptación de la jornada para hacer efectiva la conciliación personal no puede pretender, sin más, facilitar el ejercicio de las actividades que el trabajador-*ra* pueda considerar apetecibles, pero que no tienen la entidad suficiente para justificar la limitación del derecho a la organización empresarial del tiempo de trabajo. Tan sólo los derechos individuales, vinculados a la esfera personal del trabajador-*ra*, que cabe situar al mismo nivel que el derecho a la organización empresarial pueden formar parte del derecho a la conciliación personal y por ende posibilitar la adaptación de la jornada que prevé el art. 34.8 ET. Y tales son los que, como el derecho de conciliación familiar, tienen conexión con derechos fundamentales (por ejemplo el derecho de libertad religiosa o el derecho de afiliación política o sindical), así como otro tipo de derechos que gozan también de reconocimiento constitucional o legal (derecho a la formación o a la prevención de riesgos para la salud, por ejemplo del estrés laboral) En todo caso, el art. 34.8 ET queda siempre condicionado a las coordenadas de proporcionalidad, adecuación y justificación¹⁷¹.

Para Ricardo Morón Prieto, los supuestos que podrían justificar el ejercicio de tales derechos y el procedimiento de llevarlos a efecto no deberían plantear especiales problemas desde el punto de vista jurídico. Las causas que justifiquen la solicitud de medidas de conciliación pueden ser cualesquiera con las que legítimamente se atiende a intereses personales o familiares. Es posible pensar en cualquier otro interés legítimo del trabajador-*ra*, recordando la concepción que predica el TC del tiempo libre como tiempo de desarrollo de la propia personalidad y directamente afectante a la dignidad personal. No obstante, para Morón Prieto, el modo de ejercicio de estos derechos de conciliación, aunque viable desde el punto de vista jurídico, resulta altamente complejo y no muy recomendable desde el punto de vista práctico y de la dimensión colectiva de las relaciones laborales. Por ello, de acuerdo con el papel complementario que le otorga la ley, la negociación colectiva ha de ocupar un lugar central en la gestión de estos derechos, de su identificación y desarrollo, y de sus procedimientos de ejercicio coordinando los distintos y variados intereses¹⁷².

Por último, Manuel Correa Carrasco considera que “conciliar debe suponer, en esencia, articular de forma armónica tiempo de trabajo y tiempo vital, concebido éste en sentido amplio, es decir, no sólo restringido al familiar, sino al personal, comprensivo de las diversas esferas vitales del individuo haciendo abstracción de su género”¹⁷³.

¹⁷¹ Ballester Pastor, María Amparo y Sala Franco, Tomás, *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, Laboral Práctico (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009), pp.58-59.

¹⁷² Morón Prieto, Ricardo, “¿Existe un genérico derecho a cambiar el horario laboral para conciliarlo con la vida privada? (A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 18 de junio de 2008)”, *Revista de Derecho Social* 45 (Marzo 2009), pp.169-184.

¹⁷³ Correa Carrasco, Manuel, “Tiempo de trabajo e Igualdad de género: regulación legal y negociación colectiva” *Cit.*

En resumen, podemos decir que del estudio de lo que la doctrina científica entiende por conciliar la vida personal y laboral se desprende en primer lugar una clara relación de jerarquía entre lo que serían derechos de conciliación de “primer nivel”, como los inherentes a la vida familiar -protegidos por la doctrina de la STC 3/2007, que otorga una dimensión constitucional a estos derechos de conciliación desde el derecho a la igualdad y por tanto la prohibición de la discriminación indirecta por razón de sexo, así como del derecho de protección a la familia- y los que denominaremos derechos de “segundo nivel”, que serían aquellos que comprenderían la vida personal y que habrían de concederse con un baremo acorde a las coordenadas de proporcionalidad, adecuación y justificación de la medida. Por consiguiente, la mayoría de autores-ras considera que el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral ha de requerir sin duda del cumplimiento de mayores requisitos que aquellos que desean conciliar vida familiar con vida laboral.

Discrepamos de este punto de vista por cuanto se muestra limitado y no recoge el espíritu de la ley y el contexto social en que ésta se ha aprobado. Así:

-En primer lugar, según avanzábamos en el apartado precedente, el concepto de vida familiar se ha visto desbordado por las nuevas realidades sociales. Por otro lado se ha producido un reforzamiento de los derechos fundamentales atinentes al libre desarrollo de la personalidad y directamente vinculados con la dignidad en el ámbito laboral, según hemos estudiado igualmente.

-En segundo lugar, es por ello que ya no cabe ligar la conciliación a una necesidad exclusivamente de la mujer. De ahí que la alusión a que la introducción de la vida personal en un texto con los propósitos de la LOI 3/2007 limitaría el alcance de su contenido resulte discutible. Esta norma, como ya hemos visto, trata de dar respuesta a la complejidad social aludida y no puede por tanto limitarse al estricto ámbito jurídico del derecho antidiscriminatorio.

-En tercer lugar algunos autores-ras parten de la consideración de que el ejercicio de estos derechos supone de por sí una limitación de la capacidad organizativa del empresario-a, lo que resulta contradictorio con la doctrina constitucional relativa a la ponderación de derechos en conflicto.

En definitiva, será la jurisprudencia la que acabe delimitando este concepto y es de esperar que pueda ser entendido más que como una amenaza como una oportunidad de desarrollo social afectante igualmente a los derechos personales y a la productividad empresarial.

2. Antecedentes del derecho de la adaptación de la jornada de trabajo: El art. 37.5 y 6 ET. Conflictos y soluciones en torno a las modalidades de reducción y adaptación de jornada

2.1. Introducción

Hasta la promulgación de la LOI 3/2007, en materia de conciliación se reconocía expresamente la posibilidad de modificar los horarios con ocasión del permiso por lactancia de un menor de nueve meses (art. 37.4 ET), nacimiento de hijos prematuros u hospitalizados (art. 37.4 ET) y reducción de jornada por razones de guarda legal o cuidado directo de familiares (art. 37.5 y 6ET), así como en los supuestos de trabajadoras víctimas de violencia doméstica (art. 37.7 ET).

Abordaremos ahora el estudio del ejercicio de los derechos que recoge el art. 37 ET en sus apartados 5 y 6, así como los problemas que de ellos se han derivado y que han sido acometidos, sucesivamente, por la regulación legal y los tribunales. Todo ello, a su vez, ha traído consigo una serie de criterios jurisprudenciales que tienen que ver con el derecho a la adaptación de jornada recogido en el art. 34.8 ET.

El art. 37.5 ET¹⁷⁴ reconoce el derecho a una reducción de jornada para quien “por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida” (art. 37.5 ET modificado por la LOI 3/2007, de 22 de marzo). La finalidad de esta reducción es, pues, atender al cuidado directo de un menor de ocho años o de una persona discapacitada. Por su parte, el art. 37.6¹⁷⁵ ET reconoce el derecho a la concreción horaria de la reducción de jornada, dentro de su jornada ordinaria. El derecho consiste básicamente en la reducción de la jornada de trabajo, que debe ser como mínimo un octavo y como máximo la mitad de dicha jornada.

¹⁷⁴ Art. 37.5: “Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

La reducción de jornada contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.”

¹⁷⁵ Art. 37. 6 ET: “La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. El trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria.

Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral.”

2.2. Problemas en torno a su aplicación y soluciones jurisprudenciales

En una primera aproximación, podemos afirmar, una vez estudiada la numerosa doctrina científica y jurisprudencial sobre el tema que nos ocupa, que estamos ante un asunto en permanente litigiosidad y en el que las múltiples resoluciones judiciales parecen no ponerse de acuerdo, redundando esta disparidad de criterios siempre en perjuicio de las y los trabajadores que, a la hora de ejercer sus derechos de conciliación, encuentran en la práctica bastante mermadas sus posibilidades.

Podríamos señalar como causas directas, en primer lugar, la escasa claridad de la redacción de la norma, principalmente en lo que el precepto manifiesta como “dentro de su jornada ordinaria”; por otra parte, el laxo esfuerzo interpretativo de los tribunales e incluso determinadas “reticencias” en la aplicación del principio de igualdad de oportunidades que en algunos casos dejan entrever en estos asuntos, sin tener en cuenta los principios que inspiraron la norma que aplican, aferrándose en la práctica a una interpretación estrictamente literal del precepto, por lo que constituyen un fuerte obstáculo en el avance de la igualdad efectiva de oportunidades entre sexos.

Así, para Miguel Azagra Solano, la deficiente regulación del derecho analizado ha determinado que éste se convierta en ocasiones en un instrumento de desigualdad que repercute en la calidad de vida de quien lo ejercita, puede traer consecuencias en la organización y productividad empresarial, y ser motivo de desencuentro entre los trabajadores que prestan servicios en el seno de la empresa. Y ello es debido en gran parte a que estos desajustes vienen determinados por los problemas interpretativos que la aplicación del derecho lleva consigo y por la diversa doctrina judicial dictada al respecto¹⁷⁶.

a) La cuestión de la jornada que ha de tomarse como referencia para la reducción

Uno de los problemas que se ha planteado en la aplicación de este derecho es el de interpretar qué jornada es la que ha de tomarse como referencia para efectuar la reducción, dado que no especifica nada la ley. Así, por ejemplo, mientras la STSJ de Cataluña de 14-12-1999 considera que los porcentajes han de aplicarse sobre la jornada diaria y no sobre la calculada en cómputo anual, ya que lo contrario sería opuesto a la propia finalidad de la figura, mantiene un criterio distinto la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 21 de Barcelona de fecha 30-11-2004, que concede el derecho a reducir la jornada semanal de una trabajadora que presta sus servicios en un centro comercial de grandes superficies, acumulando la jornada semanal reducida de lunes a viernes, dejando libre el sábado, al considerar que el art. 37.5 del ET no comporta que la reducción deba realizarse cada día, cada semana o cada mes, y no impide que pueda concentrarse siempre que esté orientada al propósito de la Ley.

¹⁷⁶ Azagra Solano, Miguel, “El conflicto de la conciliación de la vida laboral y familiar: especial atención a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor”. *Cit.*

Finalmente, parece haber un cierto consenso en la doctrina en el sentido de que el derecho a la reducción de jornada que se establece en el art. 37.5 ET no se formula con carácter diario por lo que, en teoría, entraría en su ámbito cualquier reducción de jornada en cómputo semanal, mensual o anual. Tal disparidad, en cualquier caso, no es sino otra manifestación de la facilidad con que arrecian las interpretaciones jurisprudenciales en el sentido más restrictivo de los derechos sociales ante cualquier laguna que las permita. Habiendo declarado ya el Tribunal Constitucional, como hemos visto, la vinculación de los derechos de conciliación con diversos derechos fundamentales, desconocen estas lecturas de la norma el mandato del TC de interpretar los derechos fundamentales de un modo favorable a su ejercicio.

b) El alcance del derecho a la elección del horario establecido en el art. 37.6 ET

Otra de las controversias surge cuando se trata de decidir sobre a quién corresponde la decisión de la concreción horaria y la determinación del periodo de su disfrute. Al respecto diremos que, tal y como establece la norma, la determinación del período de disfrute y la concreción horaria del permiso de lactancia y de la reducción de jornada “corresponderá al trabajador-ra dentro de su jornada ordinaria” (art. 37.6 ET). Parece lógico pensar que así sea puesto que son las y los trabajadores, titulares del derecho, los que están en mejores condiciones de ponderar sus necesidades familiares y personales, no obstante, el ejercicio del derecho a la reducción de jornada y a la concreción horaria por cuidado de un menor, está condicionado a la conformidad o disconformidad mostrada por el empresario-a y corresponde en todo caso la última palabra a la jurisdicción social. Parece que este razonamiento está siendo corroborado por la mayoría de los tribunales que han establecido como únicas excepciones a la concreta decisión del trabajador-a la ausencia de buena fe por parte de éstos o que dicha petición suponga un grave quebranto para la empresa imposible de salvar con otras actuaciones razonables. Por todas, las sentencias STS de 16-6-1995 y 20-7-2000 en las que se recoge que la facultad de determinar el horario se concede por la ley en primer lugar al trabajador-ra, “ya que es el único capacitado para decidir cuál es el período más idóneo para cumplir las obligaciones de la patria potestad que le competen” (STS 16-6-1995). Por tanto, en caso de duda, “tal colisión ha de resolverse prevaleciendo el criterio del trabajador-ra afectado por el problema familiar, pues el empresario no tiene idénticas prerrogativas, en este caso, a las que le concede el art. 38 ET” para el supuesto de las vacaciones (STSJ Madrid 8-2-1999). A su vez, la colisión entre los intereses empresariales y los del trabajador-ra ha de resolverse en atención a las circunstancias concurrentes. Entre ellas, la necesidad de que el derecho del trabajador-ra sea ejercitado conforme al principio de buena fe y de forma adecuada a su finalidad (STS 16-6-1995; STSJ Cantabria 31-12-1999). Todo ello es coherente con la vinculación de los derechos de conciliación con la dignidad humana tal y como hemos visto en el capítulo anterior.

Por último, el derecho del trabajador-a no impone una alteración forzosa del régimen de trabajo en la empresa, de modo que, por ejemplo, si el horario de trabajo es de lunes a sábado en un centro de trabajo no puede imponerse con él la libranza generalizada de los sábados (STSJ Aragón 15-4-1998).

Para Ballester Pastor y Sala Franco, “el conflicto generado por la confluencia de intereses y derechos contradictorios no quiso ser solucionado por la LCVFL 39/1999 con criterios de jerarquía, sino con criterios de mero contenido esencial de los derechos en liza. Sin embargo comoquiera que el derecho a la reducción de jornada del art. 37.5 ET se configura a favor del trabajador cuando se cumplen los requisitos objetivos y subjetivos para ello (configuración normativa objetiva y automática), comoquiera también que las condiciones en que se solicita la conciliación no son demasiado flexibles para el trabajador/a, dado asimismo que el ejercicio del derecho a la conciliación entronca directamente con el ejercicio de derechos fundamentales y con el principio de no discriminación (STS de 20 de julio de 2000 y STC 3/2007 de 15 de Enero de 2007) y dado que la tradición jurisprudencial previa ha justificado la limitación del derecho del trabajador exclusivamente en supuestos de grave desproporción y mala fe (que no puede presumirse), es razonable concluir que, de hecho, el derecho del trabajador sigue siendo en la actualidad claramente prevalente”¹⁷⁷.

c) ¿Qué significa “dentro de su jornada ordinaria”?

El tercero de los problemas se refiere al alcance de la modificación de los horarios realizada con ocasión del disfrute de la reducción o el correspondiente permiso, esto es, si se trata de una mera concreción de la reducción dentro de su jornada normal o si, por el contrario, es posible determinar otra forma de aplicación de la jornada distinta por parte del trabajador-a. La ley establece que la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute tienen que realizarse por el trabajador “dentro de su jornada ordinaria”. En este tema parece no haber acuerdo entre los tribunales, si bien una parte de resoluciones de primera instancia y suplicación se inclina por admitir la posibilidad de que la concreción de horarios incluya la variación de turno o la elección de turno fijo o la exclusión de determinados días de trabajo. Debemos tener presente la sentencia del TS de 20 de julio de 2000 que, en el mismo sentido expuesto anteriormente, recuerda que en la aplicación de las reducciones de jornada previstas en el art. 37.5 ET, ha de partirse de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional que establece la protección de la familia y la infancia, finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Además, señala el Tribunal, que el hecho de que precepto legal no indique nada en orden a la concreción horaria, y que ello constituya una aparente laguna legal, manifestaría la voluntad del

¹⁷⁷ Ballester Pastor, María Amparo y Sala Franco, Tomás, *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*. Cit., p.74.

legislador por compatibilizar el interés del menor y las facultades empresariales de organización del trabajo.

Siguiendo la clasificación realizada por Azagra Solano¹⁷⁸, estos son los problemas más comúnmente planteados ante los órganos jurisdiccionales:

- Ejercicio del derecho en supuestos de realización del trabajo en jornada continua o en jornada partida:

En tales supuestos se impone el estudio casuístico que para el autor se resume en los siguientes criterios: “el trabajador, si se produce la negativa empresarial a aceptar su petición, debe acreditar en sede judicial que la reducción pretendida y la concreción horaria que se postula posibilita la adecuada atención del menor de ocho años, y permite compatibilizar adecuadamente la vida laboral con el desarrollo de la vida familiar. Por el contrario, el empresario debe acreditar la imposibilidad empresarial de hacer frente a la petición efectuada por el reclamante, evidenciando razones suficientemente justificadas para no acceder a la específica jornada solicitada por el trabajador, así lo entendió la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco en sentencia de 18 de febrero de 2003.

Así pues, se admite la oposición empresarial por razones organizativas, aunque sólo excepcionalmente y cuando entra en colisión con el derecho del trabajador a la distribución horaria de la reducción de jornada para el cuidado del menor, ya que conforme a lo declarado por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña en sentencia de 26 de octubre de 2000, ‘ni el derecho del trabajador puede hacer ilusorio el del empresario a organizar su empresa en la forma que estime más conveniente o idónea para conformar los objetivos de la misma, ni esta facultad o *ius dirigendi* puede ejercitarse de manera que impida atender a la finalidad esencial del derecho del trabajador”¹⁷⁹.

No debemos olvidar empero que para el ejercicio de la ponderación es preciso tener en cuenta el carácter constitucional de los derechos de conciliación, así como los derechos fundamentales implicados en los mismos tal como hemos estudiado en el capítulo precedente, con la consiguiente implicación de las reglas relativas a la carga de la prueba y los límites de los derechos fundamentales, entre otras.

- Ejercicio del derecho cuando se trabaja a turnos y no se pretende la elección de un turno concreto de trabajo:

Nos encontraríamos en el mismo supuesto anterior y por lo tanto la solución a adoptar debe ser la misma.

- Ejercicio del derecho cuando se trabaja en régimen de trabajo a turnos, y se pretende la elección de un turno concreto:

¹⁷⁸ Azagra Solano, Miguel, “El conflicto de la conciliación de la vida laboral y familiar: especial atención a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor”. *Cit.*

¹⁷⁹ *Ibid.*

Respecto a este planteamiento las posiciones mantenidas por los Juzgados y Tribunales han sido contradictorias:

-La primera de ellas establece la posibilidad de elección de turno, afirmando que del contenido del art. 37.6 del ET, no se desprende limitación alguna a este respecto. La sentencia de fecha 21 de junio de 2004, dictada por el JS núm. 3 de Valladolid analizó la cuestión desde la base de diferenciar la “jornada de trabajo” del “turno de trabajo”, afirmando que jornada de trabajo no es sinónimo de turno de trabajo. El planteamiento parte de la presencia de dos categorías distintas que no pueden ser identificadas y por ello debe asumirse que la limitación establecida en el art. 37.6 de la norma estatutaria al hablar de la “jornada ordinaria”, debe entenderse referida a la jornada de trabajo y no a los turnos de trabajo, respecto de los cuales no se predica limitación legal alguna. Un criterio semejante ha sido el mantenido por las resoluciones del JS núm. 2 de Navarra de fechas 5 de abril de 2001 y 3 de julio de 2003, del JS núm. 3 de Navarra de fechas 8 de septiembre de 2003 y 14 de febrero de 2005, del JS núm. 35 de Madrid de fecha 6 de mayo de 2004, del JS núm. 16 de Madrid, en sentencia de 7 de julio de 2008, o del JS núm. 11 de Barcelona en sentencia de 28 de febrero de 2008, entre otras.

-La segunda la encontramos en la sentencia de 22 de diciembre de 2002 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, revocatoria de la dictada por el juzgado, y para la cual “es evidente que la actora tiene derecho a elegir el horario que le conviene dentro de su jornada laboral pactada, pero lo que no puede es modificar tal jornada laboral en el modo que pactó con la empresa y aquí no ofrece duda que fue un sistema de trabajo a turnos de mañana, tarde y noche, por lo que debe continuar realizando tales turnos y elegir el horario que desee trabajar dentro de cada turno, pues de lo contrario no sólo se alteraría su contrato laboral sino también el régimen de trabajo de sus compañeros”. Y en el mismo sentido se ha pronunciado el JS núm. 2 de Móstoles en sentencia de 21 de septiembre de 2004, recogiendo la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 1999; el JS núm. 1 de Tarragona en sentencia de 21 de mayo de 2003; el JS núm. 1 de Sabadell en sentencia de 15 de julio de 2002; el JS núm. 1 de Madrid en sentencia de 24 de octubre de 2002; el JS núm. 13 de Madrid en fecha 19 de abril de 2002; el JS núm. 21 de Madrid el 5 de diciembre de 2002; el JS num. 26 de Madrid en sentencia de 26 de abril de 2002; el JS núm. 17 de Barcelona el 3 de octubre de 2007; o el JS núm. 2 de Barcelona en dos sentencias de 30 de junio de 2008, debiendo destacarse también el contenido de las SSTSJ de Madrid, de 29 marzo de 2006 y de 31 de mayo de ese mismo año.

-Finalmente para la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en sentencia de 28 de febrero de 2005, los trabajadores tienen la facultad de concretar su horario en cualquiera de los turnos que con carácter rotativo vienen desempeñando semanalmente, pues los únicos límites fijados en el Convenio Colectivo de aplicación a las relaciones estudiadas, están referidos al número de horas máximas semanales en la jornada ordinaria de trabajo, y la consideración de laborales de todos los días de la semana, debiendo resultar excluidas las reducciones que

insten la concreción en determinados días de la semana o en cómputo anual, pero no las que respetando la distribución semanal postulen la concreción horaria en un determinado turno de trabajo. En nuestra opinión, la primera de las posturas es la más acorde con la doctrina Constitucional por cuanto que tanto la segunda como la tercera establecen como inamovibles los turnos asignados por el empresario-a y los excluyen por tanto de esa valoración ponderativa que es exigida cuando no existe sistema de turnos.

- Ejercicio del derecho cuando, sin trabajar a turnos, se pretende excluir un día concreto de la semana de la prestación de servicios:

El tratamiento jurisprudencial de esta cuestión ha sido igualmente dispar. Así, para el JS núm. 1 de Navarra, en sentencia de 19 de septiembre de 2001, tras reconocerse que es a la trabajadora solicitante a quien corresponde concretar el horario de trabajo del modo que le permita atender a las necesidades de su hijo, aun cuando ello suponga una variación del sistema de trabajo a turnos siempre que demuestre que no distorsiona la actividad empresarial, y tras reconocer igualmente que debe prevalecer la elección de la trabajadora por encima de las inevitables incomodidades que pueda suponer para la empresa esa concreción horaria dentro de la jornada reducida, concluye que trabajándose en la empresa de lunes a domingo, el derecho de la trabajadora puede concretarse en un turno fijo pero siempre de lunes a domingo, no de lunes a viernes, ni de lunes a viernes excluyendo el sábado y trabajando el domingo. Según esta postura judicial, el derecho que atribuye el artículo 37.5 ET implica la reducción de la jornada, pero no conlleva la posibilidad de alterar ésta en otros aspectos que no sean su duración, de modo que si la jornada semanal es de lunes a sábado o de lunes a domingo, no puede acudir al precepto antes mencionado para excluir de esa jornada a los sábados o a los domingos, pues se estaría variando unilateralmente la jornada. Esta apreciación ya fue puesta de manifiesto por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco en sentencia de 4 de noviembre de 1997 y en igual sentido se pronunció el JS núm. 2 de Navarra en sentencia de 22 de diciembre de 2004, el JS núm. 4 de Málaga en sentencia de 18 de abril de 2005, la Sentencia del TSJ de Valencia de 22 noviembre de 2005, el JS núm. 4 de Sevilla en sentencia de 30 de noviembre de 2007, y más recientemente la STSJ de Madrid de 27 de enero de 2009.

Por el contrario, sentencias tales como la de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 21 de marzo de 2003, o la sentencia del JS núm. 31 de Madrid de 17 de marzo de 2005 han mantenido un criterio diferente. En esta última resolución se expresa que “nada impide en la ley una distribución irregular de la jornada de trabajo, de manera que la jornada reducida resultante puede concentrarse en determinados días o provocar la libranza de otros, salvo que se acredite que tal pretensión es abusiva o responde a finalidades estratégicas espúreas”. En igual sentido se expresa la Sentencia Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid de 7 marzo de 2006. Esta segunda postura es la correcta puesto que la interpretación que la primera realiza del art. 37.5 ET es contraria al espíritu de la norma y la finalidad constitucional que defiende. Nuevamente

apreciamos como en caso de indefinición se opta por establecer distinciones restrictivas donde la propia ley no se pronuncia.

- Ejercicio del derecho cuando se pretende elegir turno de trabajo sin que se produzca reducción alguna en la jornada:

La cuestión fue abordada por el JS núm. 35 de Madrid en sentencia de 6 de mayo de 2004. La trabajadora demandante, que prestaba servicios en turnos de mañana y tarde, no solicitó reducción alguna de su jornada de trabajo sino únicamente la modificación de sus turnos de trabajo manteniendo el mismo horario. La trabajadora, en definitiva, solicitó que su turno de trabajo fuera siempre el de mañana, sin solicitar reducción en su jornada. El JS concluye reconociendo el derecho solicitado, optando por una interpretación teleológica y finalista del precepto en aras a conseguir una real y efectiva conciliación de las responsabilidades laborales y familiares, renunciando a una interpretación restrictiva y literal del mismo. Para el juzgado, la laguna legal existente debe integrarse teniendo en consideración la finalidad perseguida por el art. 37 ET, que no es otra sino la de conciliar la vida laboral y la vida familiar. Sentado lo anterior, y establecido el derecho a la elección de turno, debe admitirse el derecho de la trabajadora a la concreción horaria, pues este derecho sólo en supuestos excepcionales de abuso de derecho, mala fe o manifiesto quebranto para la empresa, ha de decaer. Similar postura se mantuvo en la Sentencia del JS núm. 10 de Málaga, de 13 octubre de 2005.

Y es que, como nos dice Ricardo Morón¹⁸⁰, no han faltado, sin embargo resoluciones judiciales de instancia que se han hecho eco de estas nuevas necesidades y, con argumentos ya conocidos, han acogido pretensiones de modificación de horarios o turnos sin previa solicitud de reducción de jornada (entre otras, Sentencia del JS de Madrid núm. 15, de 6 de febrero de 2008; Sentencia del JS núm. 5 de Murcia, de 23 de abril de 2008). En dichas resoluciones se llega a la conclusión de que en estos casos son de aplicación los mismos criterios utilizados en los casos de reducción de jornada (en la primera de las sentencias esgrimiendo un criterio de analogía, en la segunda, esgrimiendo la doctrina de suplicación que entiende que el derecho establecido en el art. 37.6 ha de interpretarse en sentido amplio, aplicable no solamente cuando se pide reducción de jornada, sino también cuando se pide la modificación de los turnos de trabajo (STSJ de Madrid de 6-5-2004 y Andalucía-Málaga de 13-10-2005)). En consecuencia, en estos supuestos, ante la falta de acuerdo entre la empresa y la trabajadora, los juzgadores determinan que corresponde a esta última la elección del turno de trabajo, habida cuenta, en ambos casos, no sólo de las necesidades objetivas alegadas para tal elección, sino la actuación de buena fe por parte de la trabajadora y, por el contrario, sin que

¹⁸⁰ Morón Prieto, Ricardo, “¿Existe un genérico derecho a cambiar el horario laboral para conciliarlo con la vida privada? (A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 18 de junio de 2008)”. *Cit.*, p.175.

la empresa haya presentado justificación alguna de su oposición con argumentos relativos a las dificultades de organización que podrían derivarse de dicho cambio.

Un criterio diferente se sostiene sin embargo por la Sala de la Comunidad Valenciana en sentencia de 10 de mayo de 2005 al afirmar que “la acción aquí ejercitada no tiene encaje en el marco de la regulación vigente a tenor de lo dispuesto en el art. 37.5 del ET, cuya norma se halla prevista para los casos de reducciones de jornada de trabajo con disminución proporcional del salario, mientras que lo solicitado en autos no implica opción alguna de reducir la jornada ordinaria pactada sino una alteración de la realizada y convenida entre partes y para lo cual no existe previsión legal”. La sentencia de la Sala de Andalucía-Málaga de 22 de febrero de 2007 descarta igualmente la posibilidad de cambiar la jornada sin reducirla y este mismo criterio se sigue también por la Sala de Cataluña en Sentencia de 7 de febrero de 2008, y por el de Andalucía-Granada en sentencia de 23 de diciembre de 2008.

Para Rodríguez Pastor¹⁸¹ estas dudas interpretativas, tras la aprobación de la LOI 3/2007, deberían disiparse por dos motivos: uno, por la doctrina que emana de la STC 3/2007, de 15 de febrero y otro por el nuevo apartado 8º del art. 34 ET. Así las cosas, parece derivarse de esta doctrina constitucional que lo importante para aceptar o no determinadas concreciones horarias no es tanto la simple adecuación o no al precepto legal, sino si la concreción pretendida por el trabajador-ra se ajusta mejor a los bienes constitucionales protegidos por el art. 37 ET, sin perjuicio de la eventual limitación que podría derivar de las dificultades que esa concreción, en su caso, originase en el funcionamiento regular de la empresa.

Todo este debate entre Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia en torno a la posibilidad de que las y los trabajadores puedan adoptar su horario de trabajo como una facultad que supuestamente se inmiscuye en el poder de organización del empresario, máxime sin pérdida de retribución, ha sido resuelto finalmente por las sentencias de la Sala Cuarta del TS de 13 y de 18 de junio de 2008 que, en lo que parece una llamada al orden, han declarado que carece de amparo legal la solicitud sobre cambio de turno de trabajo sin reducción de jornada, ya que, según el Alto Tribunal, dicha solicitud no está comprendida en el artículo 37.5 ET. Esta doctrina ha sido confirmada en auto del TS de 14 de octubre de 2009 .

Por la importancia y afectación que del art. 34.8 supone, dedicaremos un apartado al análisis crítico de estas sentencias.

¹⁸¹ Rodríguez Pastor, Guillermo, “Tiempo de trabajo tras la reforma operada por la LOI”. *Cit.*

3. Análisis crítico de las sentencias de 13 y 18 de junio de 2008 del Tribunal Supremo

3.1. Antecedentes de los hechos objeto de controversia

Nuestro propósito es realizar un análisis crítico de las sentencias de 13 y 18 de junio de la Sala IV del Tribunal Supremo, centrado en torno a la respuesta con la que este Tribunal resuelve sobre solicitudes de cambio de horario para conciliar el trabajo con las necesidades familiares. En concreto, en los dos supuestos, las actoras, demandando una interpretación progresiva y extensiva de los derechos de conciliación establecidos en el art. 37.5 y 6 ET, solicitan un cambio de horario sin que ello vaya acompañado de una reducción de jornada en los términos previstos legalmente¹⁸².

En ambos casos el Tribunal Supremo deniega las solicitudes realizando una interpretación estrictamente literal de la norma, si bien aprovecha la ocasión para pronunciarse sobre la inexistencia de un genérico derecho a la adaptación de los horarios de trabajo para conciliarlos con la vida personal y familiar a pesar incluso del precepto incorporado en tal sentido en la LOI 3/2007 (Disposición Adicional 11.3 que modifica el art. 34.8 ET). Estas sentencias, más allá de su contenido, tienen especial importancia puesto que han supuesto el establecimiento de una doctrina que se está cumpliendo de manera fiel por parte de nuestras Salas de lo Social¹⁸³. No obstante, ambas cuentan con el voto particular formulado por la magistrada Rosa María Virolés Piñol y el magistrado Jordi Agustí Julià, en el que expresan su discrepancia respecto del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala.

¹⁸² En el caso de la sentencia de 13 de junio, se trata de una trabajadora con categoría de dependienta que presta sus servicios para la empresa CAPRABO S.A. Esta trabajadora, que viene realizando su trabajo en jornada de mañana o de tarde, en sistema de turnos, solicita a la empresa la asignación de un horario fijo en turno exclusivo de mañana que le permita conciliar su vida personal, familiar y laboral. La trabajadora, en el momento de su solicitud, 4 de noviembre de 2004, se encuentra separada y con un hijo de 18 meses a su exclusivo cargo. No consta alegación ni prueba alguna practicada por la empresa sobre la imposibilidad, dificultad o perjuicio económico u organizativo para su oposición a la nueva distribución de jornada. La sentencia únicamente hace alusión a que “la empresa no cuestiona que ése haya de ser el mejor horario para la finalidad que pretende la actora en bien del cuidado del hijo”. En el caso de la sentencia de 18 de junio, se trata de una trabajadora con categoría de vendedora que presta sus servicios para la empresa EL CORTE INGLÉS, S.A. La demandante trabaja durante 144 días al año a razón de 8 horas al día, con obligación de trabajar sábados y vísperas de festivos si es requerida, y con una mayor concentración de días de trabajo en los meses de enero, julio, agosto y diciembre, trabajando 12 días al mes con horario de 13,40 a 22,10 horas. La trabajadora está casada y su esposo trabaja en una churrería en horario partido de 10 a 13,30 h. y de 17,30 a 22 h. con descanso los domingos y otro día aleatorio semanal. Ambos tienen una hija de 7 años que en el momento de la solicitud está afecta por una minusvalía del 51% y cuyo horario escolar es de 8,30 a 16,45 h. desde mediados de septiembre hasta el 30 de junio. La trabajadora solicita a la empresa el 3 de febrero de 2006 una nueva distribución horaria para la realización de un horario de trabajo fijo concretamente de 9,30 a 14,30 h. para atender al cuidado de su hija. No consta alegación ni prueba alguna practicada por la empresa sobre la imposibilidad, dificultad o perjuicio económico u organizativo para su oposición a la nueva distribución de jornada. En este caso la empresa propone a la trabajadora acceder a lo solicitado, si bien de manera provisional durante un año y en otro centro de trabajo del grupo, más cercano al domicilio de ésta, bajo la alegación de “no querer conculcar los derechos de otros trabajadores con jornada reducida por cuidado de hijos”. La trabajadora rechaza la proposición de la empresa. Ni la sentencia del TS ni la del TSJ de Andalucía recogen en sus hechos dónde estaría ubicado el nuevo centro de trabajo propuesto por la empresa.

¹⁸³ Molina Hermosilla, Olimpia, “Un nuevo -y esperado- ataque al maltrecho derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”, *Aranzadi Social paraf. 40/2009 (Presentación)*, 2009.

3.2. Antecedentes jurídicos de los recursos de casación interpuestos ante el Tribunal Supremo

En el caso de la sentencia de 13 de junio, el TSJ de Cataluña ratificó la sentencia de instancia que en su día desestimó la pretensión de la trabajadora. Ésta recurre ante el Supremo la sentencia del TSJ en unificación de doctrina aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Baleares de 4 de julio de 2005¹⁸⁴ que, en un caso similar al suyo -un trabajador que tiene una jornada partida y solicita la distribución en una única jornada de mañana o tarde, resuelve a favor del trabajador-.

En el caso de la sentencia de 18 de junio, el TSJ de Andalucía ratificó la sentencia de instancia que en su día desestimó la pretensión de la trabajadora. Ésta recurre ante el Supremo la sentencia del TSJ en unificación de doctrina aportando como sentencia contradictoria la misma que en el caso anterior, la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Baleares en fecha 4 de julio de 2005.

En ambos casos, el TS desestima los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por las trabajadoras.

3.3. Argumentación del Tribunal Supremo en las dos sentencias analizadas

El argumento fundamental de ambas sentencias reside en el hecho de que, según el Tribunal Supremo, no cabe en estos casos una interpretación extensiva del art. 37.5 ET y

¹⁸⁴ Para el TSJ de Baleares, “el problema litigioso no consiste, empero, en decidir si ostenta derecho a seleccionar su horario de trabajo aun sin optar por la reducción de jornada, derecho del que en efecto carece. La cuestión se plantea más bien en otro plano y estriba en enjuiciar si, inclusive en este último caso, existen razones atendibles en derecho que justifiquen la negativa de la empresa a acceder a su petición de que se le asignen turnos de mañana o de tarde en lugar de una jornada partida.

Esa solicitud no puede calificarse de caprichosa o arbitraria ni la mueve la mera comodidad o siquiera conveniencia personales. Se trata de una petición motivada por la necesidad de satisfacer un interés expresamente tutelado por la norma: la de atender a un hijo de dos años de edad. Ciertamente que el art. 37.5 del E.T. traduce esa tutela en el derecho del trabajador a obtener una reducción de jornada, pero no lo es menos que el ejercicio de este derecho legal conlleva en contrapartida, – lógica por otro lado–, la pérdida económica subsiguiente a la disminución correlativa del salario. Y esta pérdida porcentual no cabe duda de que puede resultar significativa y muy gravosa para personas de ingresos pecuniarios moderados.

Conciliar la vida familiar con la laboral entraña un objetivo que emana del principio de protección social, económica y jurídica de la familia consagrado en el art. 39.1 de la CE y que nuestro ordenamiento jurídico ha incorporado de manera explícita a la regulación positiva de las relaciones de trabajo. La obligación de procurar al trabajador la consecución de ese objetivo no se detiene, empero, en el mero cumplimiento de las disposiciones que establece el art. 37.5 de la ET. La empresa tiene el deber de facilitar a sus empleados fórmulas que, más allá de los concretos derechos que previene esa normativa, les permitan armonizar necesidades familiares y trabajo con el menor sacrificio posible para ellos cuando los legítimos intereses empresariales no sufren con la medida ningún perjuicio o menoscabo tangible. Es una manifestación del deber de ejercitar los derechos con arreglo a la buena fe que enuncia el art. 7.1 del Código Civil. Se trata de un parámetro de conducta que opera como límite intrínseco del ejercicio de los derechos subjetivos y poderes jurídicos y cuya plena vigencia en el marco contractual laboral resulta incuestionable. El art. 20.2 del ET proclama taxativamente en este sentido el deber de trabajador y empresario de someterse en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

(...) Trabado el litigio como conflicto entre el puro poder de organización de la actividad empresarial que ostenta la demandada y el interés del actor en disfrutar de un horario laboral que le permita conciliar trabajo y cuidado directo de su hijo menor de seis años, interés jurídicamente protegido como se ha visto, debe prevalecer la satisfacción del interés del trabajador, al menos en tanto no varíen las circunstancias actuales. Si en el futuro se hiciera realmente preciso para cubrir las necesidades de la empresa que el actor trabajara en régimen de jornada partida no cabría reclamar de la demandada un nivel de sacrificio superior al que le impone en este aspecto el art. 37 del ET; pero mientras ello no ocurra y el servicio no sufra, la postura negativa de la empresa carece de fundamento”.

careciendo de apoyo legal la solicitud de cambio de horario y turnos sin reducción de jornada, el Tribunal no puede realizarla pues sería -añade la sentencia- tanto como asumir los Órganos Judiciales funciones legislativas, lo que supondría una violación del principio de legalidad a que deben someterse las resoluciones judiciales, tal y como prevé el art. 117 CE. Así, un primer motivo es por tanto la imposibilidad de la interpretación extensiva de la norma: el debate se centra en determinar el alcance del derecho conferido en el precepto (art. 37. 5 y 6 ET) y si el mismo permite o no tal clase de interpretación, de manera que se pueda adaptar el horario sin la correlativa reducción de jornada. Para el TS, los citados apartados no regulan dos derechos independientes, sino uno sólo, la reducción de jornada en el apartado 5 y la extensión en la que puede ejercitarse con arreglo al apartado 6. Esta pretensión carece por tanto de apoyo legal, ya que el derecho que establece el art. 37.6 ET de fijar por el trabajador-ra la concreción horaria, está vinculado a la existencia de una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones. Lo contrario sería una modificación unilateral del sistema de trabajo por el trabajador-ra. Así que extrae como primera conclusión que no puede realizarse una interpretación extensiva del precepto, teniendo en cuenta el art. 39 CE¹⁸⁵ en relación con el 14 de la CE, y la necesidad de conciliar la vida personal, familiar y laboral alegada por la actora en su recurso.

La sentencia de 18 de junio añade además que el precepto no es “un texto abierto sobre el que configurar diferentes posibilidades para la conciliación, a merced de la creatividad de las partes”. Para el tribunal, aunque el derecho está concebido en cuanto a su modelización de manera favorable al interés del trabajador por cuanto es éste quien concreta el horario y el periodo de disfrute, es “siempre en el ámbito de la reducción de jornada, una importante alteración que también posee la contrapartida negativa cual es la reducción proporcional del

¹⁸⁵ El voto particular de las sentencias 13 y 18 de junio de 2008 del TS recuerda sin embargo la postura del TS en su sentencia de 20 de julio de 2000 en la resolución del recurso de casación para la unificación de doctrina sobre el modo de ejercicio del derecho de los padres a reducción de jornada por guarda de menor de seis años, regulado en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, antes de la reforma efectuada por la Ley 39/1999. La cuestión litigiosa se plantea por pretender la demandante que se le otorgue la posibilidad de elegir turno, cuando en la empresa existen tres y la madre no tiene posibilidad de atender adecuadamente a sus dos hijos más que en el turno de mañana. La empresa alega que el precepto regulador únicamente concede el derecho a la reducción de jornada, pero no a la elección de turno entre los existentes, con variación del régimen de jornada que afectaba a la madre trabajadora antes de la reducción de su duración. El derecho a la organización empresarial, aparece, en todo caso, como delimitador formal del derecho a la concreción horaria del trabajador, generalmente acompañando al principio de buena fe contractual que a ambos les es exigible, pero con clara predisposición a ceder si el perjuicio empresarial no es indubitado y desproporcionado, y si no consta que ha concurrido mala fe por parte del trabajador en la concreción horaria.

Particularmente interesante es el argumento que refiere esta sentencia, y es que el conflicto entre el interés del trabajador y el empresario no se soluciona conforme a criterios de jerarquía. Expresamente señala la STS de 20 de julio de 2000: "Por otra parte nada establece el precepto legal en orden a la concreción horaria de la reducción de jornada, ni si en tal actuación debe prevalecer el criterio o las necesidades concretas del trabajador o las organizativas de la empresa", de modo que "la forma de ejercicio del derecho por ambas partes puede ser determinante de que, en cada caso, proceda una u otra solución, según las circunstancias concurrentes". Pero establece asimismo que "en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el art. 37.5 ET, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa"(...) "en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el art. 37.5 ET, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia".

salario”. Un segundo argumento del Tribunal es el de que el legislador no ha querido regularlo, dado que no lo ha previsto pudiendo hacerlo. Tal y como declara el tribunal: “A la misma conclusión desestimatoria de la demanda se llegaría, si pudiera aplicarse la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva de hombres y mujeres, lo que no es posible por razones temporales, pues si bien es cierto que dicha Ley ha modificado el art. 34 del ET, en el sentido de introducir un apartado nuevo, el ocho, que establece el derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, lo condiciona a los términos que se establecerán en la negociación colectiva o en el acuerdo a que se llegue con el empresario, respetando lo previsto en aquel acuerdo que no existe en el caso de autos; lo contrario sería admitir un cambio de horario por decisión unilateral del trabajador”.

La sentencia de 18 de junio añade además que no cabe tampoco elaborar a partir de la LCVFL 39/1999, “un nuevo catálogo de derechos, al arbitrio de una de las partes, pues como bien ha tenido oportunidad el legislador con el transcurso del tiempo desde la entrada en vigor de la citada Ley, al promulgar la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres (sic), ha configurado una nueva expectativa que no coincide exactamente con la pretensión configurada por la demandante”. Así, en la redacción del nuevo apartado 8 del artículo 34 “se advierte, por lo tanto que tampoco en la normativa posterior se delega sin límites en el beneficiario de la conciliación la configuración del derecho contemplado en el artículo 34 del ET, precepto en que se regula la jornada de trabajo”.

Un tercer argumento de la Sala del Supremo es la imposibilidad de aplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007. Las sentencias del TS afirman conocer la sentencia del TC pero manifiestan que “éste no es el caso de autos, pues aquí no se trata de un supuesto de reducción de jornada y horario, como en la sentencia del Tribunal Constitucional, con apoyo en el art. 37. 5 y 6 del ET sino sólo de 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 ET en el que la Sala no puede entrar, pues sería tanto como asumir los Órganos Judiciales funciones legislativas, es el legislador quien debe hacerlo, reformando los artículos necesarios del ET, lo que hasta la fecha no ha querido, pudiendo hacerlo, como ha sucedido con la reforma operada en el art. 34.8 del ET en la reciente Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”. Consecuentemente, la Sala, que manifiesta no dudar de que la pretensión de la trabajadora serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con sus obligaciones familiares, declara que no puede dar lugar a lo pedido dado que violaría el principio de legalidad a que debe someter su resolución por imposición expresa del art. 117 de la CE.

3.4. El voto particular de las sentencias del Tribunal Supremo

Los magistrado-as que formulan el voto particular, partiendo de la base de que, en efecto, no tienen la competencia de asumir funciones legislativas, afirman que lo que la Sala debió llevar a cabo fue una interpretación de los preceptos invocados como infringidos, habida cuenta la especial naturaleza y trascendencia del derecho reclamado y la realidad social a día de hoy. Para estos magistrado-as, ciertamente existe un vacío legal en la redacción del apartado 5 del art. 37 ET, puesto que no aparece contemplado el derecho a la modificación de la jornada u horario de trabajo, pero advierten que mientras la reducción de jornada supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, no es así en los casos de la adaptación o modelización del horario para compatibilizar las necesidades de cuidado. Además, consideran que las pretensiones de la trabajadora tendrían apoyo suficiente en el espíritu de la LCVFL 39/1999 recordando su exposición de motivos basada en los arts. 14 (igualdad ante la ley), 39 (protección social, económica y jurídica de la familia) y 9.2 (deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas) de la CE, con el objetivo de configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada, en concreto y en cuanto al redactado que incorpora el art. 37.5 del ET, asegurar el ejercicio adecuado de la patria potestad y el cuidado del menor o minusválido. Por último, los magistrado-as recuerdan a la Sala su sentencia de 20 de julio de 2000 en la que se declara que: “en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el art. 37.5 Estatuto de los Trabajadores, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa (...)”. Concluyen este voto particular los magistrados-as afirmando que sí es posible la adaptación o modificación del horario o jornada, sin reducción de la misma, de quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor o minusválido, en los términos señalados en los apartados 5 y 6 del art. 37 ET. Apoyan su conclusión con base en la doctrina científica que ha establecido que “difícilmente se sería respetuoso con el objetivo de la reforma operada por la mencionada Ley CVFL 39/1999, si se realizara una interpretación literal y la única posibilidad fuera la de la reducción de la jornada de trabajo; solución que tampoco supone un beneficio claro para la empresa, pues en muchos casos esa reducción le va a suponer mayores trastornos y dificultades para ajustar la organización del trabajo que la derivada de un cambio del horario o jornada de trabajo sin reducción de la misma”.

Y es que, para los magistrado-as que suscriben el voto particular, los razonamientos seguidos por la sentencia del TC 3/2007, y a los que ya hicimos alusión anteriormente, han de

marcar las pautas a seguir para resolver la cuestión litigiosa a la luz de los arts. 14 y 39 de la CE. Convienen asimismo en que la sentencia aportada de contraste del TSJ de Baleares contiene la tesis correcta, dado que al ponderar las circunstancias concurrentes, resulta que la empresa no ha alegado en momento alguno que aceptar la solicitud de la trabajadora provoque perturbación o entorpecimiento de cualquier tipo en el buen funcionamiento del servicio, ni tampoco explica aquélla las razones organizativas que impiden la asignación del horario solicitado, que dificultaría la eficaz atención de sus responsabilidades maternas para con su hijo menor; en cambio sí están acreditadas las circunstancias familiares concretas de la actora que justifican de forma indubitada su petición. Es más, tanto en la sentencia de instancia, como en la dictada en suplicación, la única razón que se da por la empresa para rechazar la pretensión, es que la misma no está contemplada en el art. 37.5 y 6 del ET, olvidando la finalidad de la norma, la necesidad de conciliar la vida personal, familiar y laboral, y las circunstancias especiales concurrentes en los casos. Para los suscribientes del voto particular, la LOI 3/2007 refuerza lo dicho, ya que aunque no es aplicable por razones temporales, contiene una referencia específica al asunto enjuiciado “y que como dice la exposición de motivos de la Ley, tiene por finalidad favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral de la mujer trabajadora”. Esta última frase es reveladora de que, aun con buenas intenciones, incluso el voto particular insiste en el entendimiento de la conciliación como un problema de las mujeres; así lo hace al interpretar de este modo el contenido del art. 34.8 ET, sin tener en cuenta esa evolución presente en la LOI 3/2007 desde una concepción de la conciliación vinculada a las cargas familiares, hasta su conexión con la dignidad y el desarrollo personal y profesional de las y los trabajadores.

3.5. Un análisis crítico del discurso jurídico de las sentencias de 13 y 18 de junio de 2008 de la Sala IV del Tribunal Supremo

Las decisiones judiciales, como vemos, pueden impulsar o hacer retroceder derechos y principios fundamentales de las y los ciudadanos.

El derecho es un dispositivo de poder y como tal sirve para perpetuar situaciones de poder, pero también sirve para transformar la sociedad. El derecho, además del principal instrumento de ordenación social, es “un sistema configurador de formas de vida y de relación” o, lo que es lo mismo, “creador de modelos, de principios y de valores”¹⁸⁶. Y, en este plano, el discurso jurídico ha reflejado históricamente la idea de complementariedad de los sexos más que la de igualdad de éstos¹⁸⁷, como única forma de “legitimar una subordinación en un mundo

¹⁸⁶ Rubio, Ana, “Igualdad y Diferencia. ¿Dos principios jurídicos?”, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, pp. 259-285.

¹⁸⁷ Arnaud-Duc, Nicole, “Las contradicciones del derecho”, en *Historia de las Mujeres en DUBY, Georges y PERROT, Michelle (dirs.)*, vol. 4 (Taurus, 2000), p. 148. La teoría complementaria de los sexos constituye el más amplio y desarrollado discurso sobre la inferioridad de las mujeres que hace fortuna en el siglo XVIII y subsiste en la

regulado ideológicamente por la igualdad”¹⁸⁸.

El poder del discurso político-jurídico se efectúa a través de representaciones. Quienes acceden de manera privilegiada al discurso público lo configuran para poner en circulación sus representaciones y modelos mentales predilectos en determinados contextos. Y los receptores de este discurso, que también tienen un cierto poder pero en relación asimétrica con el de las élites, adoptan estos modelos del mundo, de sí mismos y de los demás; se dejan persuadir. Como nos dice Michel Foucault, “en toda sociedad la producción del discurso está a la vez controlada, seleccionada y redistribuida por un cierto número de procedimientos que tienen por función conjurar sus poderes y peligros, dominar el acontecimiento aleatorio y esquivar su pesada y temible materialidad”¹⁸⁹.

Siguiendo a Ruth Wodak¹⁹⁰, “las disciplinas como la Lingüística Crítica y el Análisis crítico del Discurso, se ocupan de analizar, ya sean éstas opacas o transparentes, estas relaciones de dominación, poder y control, tal como se manifiestan a través del lenguaje. En otras palabras, el ACD se propone investigar de forma crítica la desigualdad social tal como viene expresada, señalada, constituida, legitimada, etcétera, por los usos del lenguaje (es decir, en el discurso)”.

Mediante nuestro ACD de las sentencias del Tribunal Supremo investigaremos el modo en que el abuso del poder social, el dominio y la desigualdad son practicados, reproducidos, y ocasionalmente combatidos. Con el fin de intentar focalizar en nuestro análisis la tensión que subyace entre la interpretación subjetiva y el deseo de fundamentación objetiva, así como las relaciones de poder que todo discurso jurídico contiene, consideramos pertinente realizar con carácter previo un acercamiento a la teoría del discurso jurídico como discurso del poder tal y como lo entiende Gilberto Giménez¹⁹¹ en su obra *Poder, estado y discurso, perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*. Y es que como nos dice el autor, aunque muchos juristas no estarían dispuestos a admitir el carácter discursivo del lenguaje del derecho como portador de significados descifrables por métodos diferentes de los de la interpretación meramente jurídica, no puede ponerse en duda la naturaleza discursiva del derecho ni desde el punto de vista formal ni desde el punto de vista de la determinación histórico-social. De hecho, su carácter retórico-argumentativo es inmediatamente visible en los discursos sobre la norma o a propósito de la aplicación de la norma (discursos de la dogmática jurídica, discursos jurisprudenciales, decisiones de justicia, ordenanzas, convenciones jurídicas internacionales, etc.). Para Giménez, el fenómeno jurídico se nos presenta de entrada bajo dos aspectos indisociables: como discurso y como sistema de aparatos especializados que le sirven de soporte. Por una parte, los aparatos jurídicos son el sistema institucional

actualidad. Rousseau sería el ejemplo paradigmático de ese discurso, como refleja claramente el capítulo quinto de su célebre Emilio.

¹⁸⁸ Amorós Puente, Celia y Cobo Bedia, Rosa, “Feminismo e Ilustración”, en *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización en Amorós, Celia y De Miguel, Ana (Eds.)*, vol. 1, 3 vols. (Madrid: Minerva Ediciones, 2005), p.137.

¹⁸⁹ Foucault, Michel, *El orden del discurso*, 5ª ed. (Barcelona: Tusquet, 2010).p.14. Lección inaugural pronunciada en el Collège de France el 2 de diciembre de 1970. Traducción de Alberto González Troyano

¹⁹⁰ Wodak, Ruth y Meyer, Michael, *Métodos de análisis crítico el discurso* (Barcelona: Gedisa, 2003)., p.19.

¹⁹¹ Giménez, Gilberto, “El discurso jurídico como discurso del poder”, en *Poder, estado y discurso Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*, 1º ed. (México: UNAM, 1981), pp. 65-90.

especializado en la producción o aplicación del derecho. A su vez, el derecho se nos presenta también como discurso, como una imponente y compacta construcción lingüística, como un lenguaje peculiar dotado de extrañas propiedades operativas. Sin embargo el discurso jurídico no es homogéneo y nos impone de entrada una distinción fundamental: una cosa es el discurso sobre el derecho (o sobre la norma) y otra cosa es el discurso del derecho (o de la norma). A su vez, el discurso del derecho reviste tres modalidades principales según se trate del discurso del legislador, del discurso del juez o del discurso de la ley. En el caso del segundo, el discurso del juez que dicta sentencia es inequívocamente performativo (el Tribunal condena, declara prescrita la acción, rechaza la demanda, etc.) y directamente normativo, aunque también puede asumir la forma de un metalenguaje.

Giménez nos advierte a su vez sobre la relación entre derecho e ideología¹⁹². Dado que las y los profesionales del derecho (juristas, jueces y abogados) desempeñan sus actividades argumentando, esto significa que la interpretación del derecho positivo que ellos realizan a través de múltiples actividades que van de los alegatos de las partes a las decisiones judiciales, trata de mostrarse como verosímil mediante el recurso a determinados procesos de persuasión. Ahora bien, la argumentación, contrariamente a la demostración científica, “es una reflexión procesada a partir de elementos ideológicos” e implica una construcción discursiva de la realidad que por definición es también ideológica. Debe advertirse que esta dimensión ideológica tampoco agota la realidad de la práctica jurídica, sino que sólo constituye uno de sus posibles niveles de análisis. En efecto, en la medida en que remata siempre en decisiones jurídicas concretas formuladas normativamente, esta práctica jurídica posee una densidad material y una eficacia performativa que desbordan el nivel puramente ideal o nocional. Las ideologías inherentes a las prácticas jurídicas son ideologías “prácticas” revestidas de eficacia material.

Sirva esta introducción, pues, para sentar un punto de partida que suponga, mediante las herramientas del ACD jurídico, superar la visión restrictiva y excluyente que un cierto “cientifismo normativo” manejado por los centros creadores del derecho pretende alejar a éste del trasfondo político–ideológico que le es propio y que a nuestro entender se manifiesta en las dos sentencias que analizamos de seguido.

Señalábamos al principio de este apartado que el derecho puede ser un elemento fundamental en las transformaciones sociales. Prueba de ello, en lo que atañe al principio de igualdad, es la labor que en su desarrollo ha realizado el TJUE. En lo que atañe a la función del Tribunal Supremo español como máximo intérprete del derecho se hace preciso recordar la configuración jurídica de su tarea, toda vez que en las resoluciones que comentamos no se

¹⁹² El autor entiende aquí por ideología cualquier forma socialmente procesada y socialmente eficaz de representación o esquematización de la realidad, presente por lo menos implícitamente no sólo en el discurso, sino en cualquier práctica social, como una dimensión posible de análisis.

acoge a la interpretación literal de la norma tras un análisis valorativo de sus diversos sentidos, sino que simplemente viene a manifestar que no está capacitado para forzar el sentido propio de la ley más allá de su tenor, lo que en su opinión lo convertiría en un órgano legislador.

Siguiendo a M^a Angeles Catalina Benavente: “Tradicionalmente han sido dos los fines que se han asignado al recurso de casación: la protección del *ius constitutionis* o protección del ordenamiento jurídico, y la defensa del *ius litigatoris* o defensa de los derechos de los litigantes. Mientras el primero de ellos responde a una concepción publicista del instituto de la casación, el *ius litigatoris* pretende dar respuesta al interés privado de quienes intervienen en esta fase del proceso. La polémica se ha centrado, casi desde un primer momento, en la determinación de cuál de ellos tiene preferencia sobre el otro”¹⁹³.

La nomofilaxis o defensa de la ley fue definida por Calamandrei como la “finalidad de mantener, en la actividad de los magistrados encargados de definir el derecho, la observancia de la ley”. Esta finalidad de defensa de la ley escrita, que les llevó a configurar al Tribunal de *Cassation* francés como un órgano que se limitaba a comprobar si la aplicación de la ley efectuada por un juez se correspondía con su texto no pudo hacer otra cosa que evolucionar, hasta casi llegar a desaparecer, como consecuencia del hecho evidente de que la ley no era el texto tan claro y preciso que todos pensaban, sino que requería ser interpretada por los jueces de una manera previa al acto de aplicación. Partiendo pues del reconocimiento de que la sumisión a la ley puede provocar diferencias en la interpretación efectuada por los órganos jurisdiccionales, la posición fundamental que el Tribunal Supremo ostenta en relación con el cumplimiento de este principio queda fuera de toda duda. La confianza en el órgano superior de la jurisdicción ordinaria se ha de traducir en la creencia de que en cada momento está buscando la interpretación de la ley más conforme al sentido propio de sus palabras, del contexto, de los antecedentes históricos y legislativos y la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 CC), así como que se está respetando la doctrina emanada del Tribunal Constitucional¹⁹⁴ al resolver todo tipo de procesos (art. 5.1 LOPJ), y por ende la del contenido de los Tratados y Convenios Internacionales que regulan algunos de los derechos fundamentales que entran en juego en el caso concreto.

Como explica Catalina Benavente¹⁹⁵, citando a Taruffo, en el desarrollo de la función de nomofilaquia la Corte no se pone en la situación meramente cognoscitiva de identificar los distintos significados posibles de la norma, sino en la situación operativa de quien, examinados los distintos significados posibles, decide adoptar uno de ellos como válido. En realidad, aquello que la interpretación puede determinar es el significado “justo”, o sea, fundado en el

¹⁹³ Catalina Benavente, M^a Angeles, *El Tribunal Supremo y la tutela de los derechos fundamentales*, 1^o ed. (Valencia: Thomson-Civitas, 2010).

¹⁹⁴ De acuerdo con el art. 1 de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional: “el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución”. Por lo tanto, nos dice la autora, parece inevitable tomar como punto de partida que en materia de derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo el Tribunal Constitucional se encuentra colocado expresamente por la Constitución por encima de todos los restantes órganos jurisdiccionales, incluso del Tribunal Supremo.

¹⁹⁵ Catalina Benavente, M^a Angeles, *El Tribunal Supremo y la tutela de los derechos fundamentales*. Cit.

uso correcto de criterios de elección, todo esto le lleva a la conclusión de que el fin de la nomofilaxis es establecer cuál es la interpretación justa, o la más justa, de la norma sobre la base de las directivas o elecciones interpretativas correctas. No es difícil conectar esta argumentación con la alusión del TS en las sentencias que examinamos al contenido literal de la norma, al que ni siquiera llegan a calificar de claro e inequívoco, sino que simplemente es el que es.

Por otro lado, para un sector doctrinal la uniformidad de la jurisprudencia no constituye un bien en sí misma considerada, sino únicamente en cuanto permite a la ciudadanía conocer por anticipado, con una cierta seguridad, la regla que le será aplicada. La importancia de la uniformidad de la jurisprudencia en ningún caso puede llevar al extremo de impedir su evolución. En los casos que estudiamos no podemos estimar cumplida la función del Tribunal Supremo por la simple fijación de doctrina en unificación, sino que siendo su papel esencial el de intérprete de la ley en su sentido justo, la argumentación empleada para motivar sus sentencias no puede sino entenderse como un abandono de las competencias que le son propias en cuyas causas últimas abundaremos en las páginas siguientes.

Recordar las funciones esenciales del TS como intérprete de la ley se hace necesario, insistimos, a la vista de su actuación en el enjuiciamiento de los casos que nos ocupan. Y así, si bien la Sala del TS no se había manifestado opuesta a las medidas de conciliación que operaban en la LCVFL 39/1999, ley dictada en su día por el gobierno del Partido Popular, podemos observar, sin embargo, que disiente de aquéllas que, o bien se apartan del modelo tradicional de familia, o bien pueden configurar otra serie de derechos, digamos, extensibles a toda la ciudadanía en su diversidad –como la conciliación de la vida personal y laboral–, o bien entrarían en confrontación con el poder de dirección del empresario mediante la adaptación del tiempo de trabajo por voluntad del trabajador-ra sin pérdida de retribución, todo ello conforme a las medidas adoptadas por la nueva LOI 3/2007, ésta vez dictada por el gobierno del Partido Socialista, concretamente por el nuevo Ministerio de Igualdad. La Sala, aun no estando todavía vigente la LOI 3/2007 en el momento de los hechos, no pierde la oportunidad de pronunciarse, con un *obiter dicta*¹⁹⁶, de manera tajante sobre el “recién nacido” art. 34.8 del ET. Como vemos, el TS se ampara en la supuesta voluntad del legislador de no haber querido reformar el artículo 34 del ET, cuando lo cierto es que sí lo ha hecho, aunque ciertamente su redacción resulta algo parca y en una lectura restrictiva parece relegar el derecho exclusivamente al acuerdo alcanzado en convenio colectivo o, en su defecto en contrato individual de trabajo.

Sin embargo, situándonos en el fondo del asunto, esto es, sobre la existencia o no de un derecho genérico a la modificación de los horarios cuando concurren circunstancias familiares o personales, tal y como estudiaremos en el siguiente apartado y así lo ha entendido la mayoría de la doctrina científica, Tribunales de Superiores de Justicia e incluso el propio voto

¹⁹⁶ *Obiter dicta* es una expresión latina que literalmente en español significa "dicho de paso". Hace referencia a aquellos argumentos expuestos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial y corroboran la decisión principal, pero carecen de poder vinculante, pues su naturaleza es meramente complementaria.

particular, éste artículo no es un precepto meramente programático sino que se trata de un derecho plena y directamente efectivo. Reconoce el derecho a la adaptación de jornada por razones de conciliación de todos los trabajadores-ras de modo cierto y actual, sin necesidad de determinación externa. Recordemos que, por el contrario, una de las sentencias del TS lo califica de mera “expectativa”.

Y es que en el contexto de la LOI 3/2007 resulta claro que el art. 34.8 ET está haciendo un reconocimiento directo y pleno del derecho al ajuste temporal del trabajo como manifestación intrínseca del derecho a la conciliación. La referencia a la negociación colectiva y al acuerdo tiene, pues, un sentido no condicional sino secundario, que se despliega en una doble dirección: de un lado, recuerda la jerarquía de fuentes del derecho laboral, sobre todo para reforzar el carácter garantizador de los convenios colectivos; y, de otro, recuerda también las posibilidades negociales en la delimitación del alcance de derechos plenos de naturaleza imprecisa como el que contiene el art. 34.8 ET. Se trata, en todo caso, de referencias a la negociación y a los contratos que aparecen en muchas otras normas de la legislación laboral, con el mismo alcance recordatorio que ahora sugiere el art. 34.8 ET¹⁹⁷.

Pero además de estas consideraciones referidas al fondo del asunto, las resoluciones dictadas suscitan algunas cuestiones de mayor calado que el mero análisis del derecho aplicado. Y es aquí donde de manera más clara apreciamos en el discurso jurídico la tensión entre la interpretación subjetiva y el deseo de fundamentación objetiva. Y ello tiene mucho que ver con la justificación última del Tribunal respecto de la propia decisión y la argumentación *obiter dicta* en la que se apoya dicha decisión. Tal y como analiza Morón Prieto, resulta cuando menos contradictoria la “prudencia” con la que actúa el TS argumentando su imposibilidad para ocupar lo que considera el espacio del legislador. “Tal prudente proceder, aunque debidamente fundamentado con la referencia al art. 117 CE, no deja de resultar sencillamente sorprendente. No solo, ni tanto por la naturaleza del asunto del que se trata, en el que, como adecuadamente se argumenta en el voto particular -y en la propia sentencia del TCo. 3/2007- podría perfectamente desarrollarse una actividad jurisdiccional de interpretación y complementación de la norma legal, en atención a los objetivos constitucionales que la orientan. Resulta sorprendente sobre todo, porque contrasta notablemente con la actuación del Tribunal Supremo en multitud de asuntos, en los que se excede notablemente de la mera interpretación y aplicación de la ley. En este sentido, no faltan ejemplos de la “imaginativa labor” del Tribunal Supremo, por ejemplo, en el ámbito de la contratación temporal, guiados en la mayoría de ocasiones por el espíritu flexibilizador que impregnaba las sucesivas reformas legales, por no citar fenómenos como la creación jurisprudencial de una figura del *trabajador indefinido no fijo de plantilla* que no tiene reflejo alguno en el ordenamiento laboral”¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Ballester Pastor, María Amparo y Sala Franco, Tomás, *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*. Cit.

¹⁹⁸ Morón Prieto, Ricardo, “¿Existe un genérico derecho a cambiar el horario laboral para conciliarlo con la vida privada? (A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 18 de junio de 2008)”. Cit.

Así, nos recuerda Morón Prieto que fue la propia Sala del TS en su sentencia de 11 de diciembre de 2001 en relación a la determinación del salario que habría de tomarse en cuenta a efectos del cálculo de la indemnización en casos de despido de trabajadoras con jornada reducida por cuidado de hijos, la que estableció, en una resolución hoy ya histórica –en la medida que tal criterio se ha incorporado al propio texto de la Ley–, como una de las “excepciones” al criterio general (la de que el salario a tener en cuenta es el realmente percibido por el trabajador en el momento del despido), recurriendo a su propia jurisprudencia que declara: “en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 ET ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39 CE) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”. En este caso, el TS resuelve sobre el fondo del asunto dictando reglas que complementan la regulación legal con criterios tan simples como que “del disfrute de tal derecho no puede seguirse para el trabajador perjuicio alguno, al estar concebido como una mejora social cuyos términos están claramente fijados en la ley, con la única contrapartida para el empresario de no remunerar la parte de jornada que no se trabaja”.

Pero, como nos dice Morón Prieto, esa prudencia queda “notablemente desdibujada” cuando realiza la argumentación con carácter *obiter dicta* a propósito de la nueva redacción del apartado 8 del art. 34 ET hecho por la LOI 3/2007. Y es que como ya aclaramos anteriormente, los asuntos enjuiciados se situaban cronológicamente antes de la promulgación de ésta. Por tanto la declaración que para el autor realiza el TS, “aunque no sea la voluntad del tribunal, la inclusión de esta referencia tiene como efecto directo la anticipación de una doctrina clara y cerrada reforzada en este caso, además, por la autoridad que atribuye la composición y el carácter del tribunal que dicta las resoluciones, esto es, la Sala General. Una suerte de aviso a navegantes en una materia en la que las resoluciones de los juzgados de instancia –que son firmes ex. art. 138 bis LPL y raramente acceden a los tribunales superiores de suplicación o casación– son cada vez más sensibles a las crecientes solicitudes de modificación de horario por motivos familiares”¹⁹⁹.

El análisis crítico del discurso de las sentencias de 13 y 18 de junio de 2008 del Tribunal Supremo pone de manifiesto que, aun revestidas de una aparente aplicación razonada de la técnica jurídica, son reflejo de todo un sistema político-ideológico de valores que se proyecta en la configuración de las relaciones de género y trabajo dentro del modelo de producción común a las sociedades contemporáneas. Ello es expresivo de que el derecho, amén de un sistema normativo, es un poderoso elemento a la vez creador y transmisor de discursos. Así, el discurso de las dos sentencias analizadas resulta tanto más relevante por lo que omite que por lo que resalta. Entre esto último podemos señalar:

¹⁹⁹ Ibid.

-Define el contenido del derecho recogido en el art. 34.8 del ET, en relación con el 37.5 ET, como una “mera expectativa” o anhelo cuya realización última dependerá, en su caso, de la negociación colectiva o del poder de dirección del empresario-a.

-Configura este poder de dirección como irrefragable en tal aspecto, a la manera en que fue originariamente concebido en nuestro ordenamiento jurídico desde principios del siglo XIX.

-Responde a un ideario en torno a la conciliación, y más en general, a las relaciones de género en el ámbito laboral, anclado en la perpetuación de roles que conlleva el carácter necesariamente “complementario” y “menor” del trabajo femenino.

Pero, como decimos, el discurso de estas sentencias es aun más elocuente por lo que obvia o elude:

-En primer lugar, la propia función del Tribunal Supremo como intérprete de la norma y complementador del ordenamiento jurídico, según ha sido definido en la ley, y reiteradamente ha ejercitado en otras ocasiones a través de una “imaginativa labor” en palabras de Morón Prieto. En este caso, por el contrario, se limita a afirmar que no puede apartarse de la dicción de la ley y que tal cosa supondría una invasión en las competencias del legislador, por lo que en realidad no llega ni a examinar los posibles sentidos de la norma.

-En segundo lugar, la dimensión constitucional del derecho a la conciliación en relación con el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, de acuerdo con su configuración por el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la norma suprema. En la misma línea, reduce las funciones de este tribunal a las de un mero aplicador normativo sujeto al punto de partida que suponen los supuestos de hecho de cada caso. Tal como hemos visto en el capítulo anterior, esto es contrario a la configuración y el papel que dentro del ordenamiento corresponde al Tribunal Constitucional. Un Tribunal que, recordemos, no se encuentra sujeto al principio dispositivo igual que los ordinarios, y cuya doctrina, por tanto, no puede tener valor únicamente para un supuesto de hecho concreto como parece sugerir el Tribunal Supremo.

-En tercer lugar, ignora las diversas corrientes legislativas y jurisprudenciales que en los distintos niveles del ordenamiento (Derecho Internacional y Comunitario, negociación colectiva, doctrina científica, incluso las propias sentencias de contraste...) han venido dictaminando en la dirección pretendida por las recurrentes. Como máximo intérprete de la norma de la ley se encuentra sujeto al sistema de fuentes del derecho aplicable en nuestro ordenamiento así como a toda la legislación internacional que forme parte de él. En segundo lugar los criterios hermenéuticos del 3.1 CC suponen que ha de tener en cuenta el espíritu de la norma, el contexto social, etc. y en relación con ello la doctrina del TC le impone una interpretación de los derechos de conciliación que tengan en cuenta su verdadera dimensión.

-En cuarto lugar, y muy significativamente, ni siquiera hacen referencia a las circunstancias de hecho que condicionarían a ambas partes en el conflicto sometido a su enjuiciamiento, prueba evidente de que, más que resolver una controversia, elaboran un discurso.

Todo ello, finalmente, ha de enmarcarse en la generalidad de otros discursos hegemónicos que, como hemos visto en el capítulo precedente, a propósito de la conciliación o el tiempo de trabajo, vienen a inscribir y construir la categoría de género, así como la de “mujeres” (clase media-alta, nacionalidad española, heterosexual), desde visiones excluyentes de la igualdad, produciendo nuevas desigualdades en las que el género se entrecruza con la clase, la etnia e incluso la condición sexual.

Aun a riesgo de no ser tan prudentes como Morón Prieto, a la vista de lo razonado, resulta evidente que esta oposición mayoritaria de la Sala -no olvidemos el voto particular discrepante- al derecho introducido en la LOI 3/2007 responde a otros intereses que se apartan de los meramente jurídicos y que más bien se avienen a los discursos hegemónicos del capitalismo patriarcal hetero-dominante. Prueba de ello es que para la Sala del Tribunal Supremo “el precepto, aunque está concebido en cuanto a su modelización de manera favorable al interés del trabajador-ra por cuanto es éste quien concreta el horario y el periodo de disfrute, es siempre en el ámbito de la reducción de jornada, una importante alteración que también posee la contrapartida negativa cual es la reducción proporcional del salario”, de lo cual se desprende que los “beneficios” aportados por los derechos de conciliación a las y los trabajadores sólo podrían disfrutarse cuando éstos acarreen un peaje, una contrapartida negativa, cual es la disminución salarial, lo contrario sería, según el Tribunal, aceptar la decisión unilateral del trabajador-ra y por tanto la atribución a éstos de una capacidad de decisión que hasta el momento está residenciada únicamente en el poder de dirección del empresariado.

4. El nuevo art. 34.8 del ET: el derecho de las y los trabajadores a la adaptación de la duración y distribución de la jornada para conciliar la vida personal, familiar y laboral

4.1. Introducción

La LOI 3/2007, introduce en el art. 34 ET, un nuevo apartado octavo en el que se reconoce legalmente el derecho de las y los trabajadores “a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue el empresario, respetando en su caso, lo previsto en aquella”. Durante la tramitación de la LOI 3/2007 en el Congreso de los Diputados tres de los grupos políticos presentaron un total de cuatro enmiendas al nuevo precepto²⁰⁰:

²⁰⁰ Enmiendas 121/000092 Proyecto de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres BOCG Congreso de los Diputados de 22 de noviembre de 2006 nº 92-10 disponible en: <http://www.congreso.es>. Enmienda Núm. 50. Firmante: José Antonio Labordeta Subías (Grupo Parlamentario Mixto). De adición: En la disposición adicional decimoprimer, respecto de la modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los

Lo primero que llama la atención en estas enmiendas es la excesiva generalidad de su redacción en términos jurídicos, lo que hace que puedan incluso parecer propuestas de un programa político en vez de normas de derecho positivo. En segundo lugar, no han considerado la realidad social y el alcance actual de los derechos de igualdad, ya que continúan ancladas en conceptos de familia y del papel de la mujer dentro de la esfera socio-laboral indudablemente superados. Se deduce que contemplan a la mujer en su exclusiva faceta de madre trabajadora. Esta brecha de la que hablamos se hace aún mayor si tenemos en cuenta las propuestas feministas de renovación del pacto social entre géneros y las propuestas que con la denominación de “políticas de igualdad” se incluyen en determinados programas políticos.

La enmienda nº 50 propone en su primera frase un derecho ya reconocido en el art. 37.5 y 6 del ET. En su segunda parte, aunque pareciera que va a afrontar una de las cuestiones que ha suscitado debate jurisprudencial, establece una mera declaración de intenciones e incluso en sentido restrictivo, al circunscribirla a un supuesto concreto.

La enmienda nº 278 es un ejemplo paradigmático de la negación de un derecho de las y los trabajadores por la vía de considerarlo un mero *desideratum* puesto que se expresa en términos similares a los de un código de buenas prácticas, solicitando de los agentes sociales

Trabajadores, se introduce un apartado 8 en el artículo 34 que dice: "Derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada en los términos en que establezca la negociación colectiva o el acuerdo con el empresario". Añadir un nuevo punto: "La persona con menores de ocho años a su cargo podrá elegir el horario de trabajo de su jornada reducida. Además se intentará establecer la posibilidad de elección de horario sin necesidad de reducir la jornada, si esto no fuera posible de forma generalizada, sí al menos se acordará en los casos de familias en la que los menores están exclusivamente a cargo de un único progenitor, tanto en el aspecto legal como en el económico".Justificación: Por considerarlo más conveniente.

Enmienda núm. 278. Firmante: Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. De adición al título IX (nuevo). El texto que se propone quedará redactado de la siguiente forma: "Artículo 76. Fomento de la flexibilidad de la jornada laboral. Se modifica el artículo 34.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, al añadirse un segundo párrafo, y a su vez se modifica el artículo 2 de la Ley 39/1999, de Conciliación de Vida Familiar y Laboral de las personas trabajadoras, quedando redactado en los términos que a continuación se recoge: "2. Mediante convenio colectivo o acuerdo de empresa se fomentará la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, así como la organización flexible del tiempo de trabajo que permita mejorar la conciliación de los horarios laborales y escolares. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en esta Ley". Justificación: Favorecer mecanismos que permitan una distribución irregular de la jornada laboral y la flexibilidad en los horarios de trabajo, para permitir una mayor compatibilización con otras responsabilidades familiares y personales y otros horarios (comerciales, escolares, servicios públicos).

Enmienda núm. 296. Firmante: Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. De supresión de la disposición adicional undécima, apartado tres. Se suprime este apartado. Justificación: Incorporado en el título IX, de conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

Enmienda núm. 363. Firmante: Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC). De modificación a la disposición adicional undécima, apartado tres. Se modifica el apartado tres de la disposición adicional undécima, que quedará redactada como sigue: Disposición adicional undécima. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Se introduce un apartado 8 en el artículo 34, con la siguiente redacción: "8. El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos en que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que se llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquella y siempre que la organización del trabajo lo permitiere en el contexto del centro de trabajo". Justificación: Las pequeñas y medianas empresas no participan en la negociación colectiva, que es llevada a cabo por la gran patronal que no tiene en cuenta las condiciones de las pequeñas empresas, que no intervienen en la negociación pero se ven afectadas por ella. Para evitar que la protección del derecho a la conciliación pueda tener un efecto negativo en el tejido industrial de las pequeñas empresas que no disponen de plantilla suficiente para paliar los efectos que la medida supone.

fundamentalmente que fomenten determinadas medidas de flexibilidad cediendo la determinación del derecho a la autonomía contractual y negocial en vez de optar por la intervención pública a través de la facultad legisladora. Destaca igualmente el hecho de que reduce la conciliación a una cuestión de horarios laborales y escolares. La propuesta, en definitiva, no otorga ningún derecho a las y los trabajadores, y manifiesta un ideario sobre la conciliación claramente restrictivo respecto incluso de lo que ya existe.

La enmienda 363, manteniendo el tenor del precepto idéntico, añade una última frase relativa al contexto del centro de trabajo, incurriendo igualmente en excesiva generalidad, de forma que podría ser una norma reivindicable por numerosas empresas que tratasen de argumentar en un momento dado las peculiaridades de su contexto. La justificación de dicha enmienda da fe de una concepción de la conciliación como amenaza para el tejido productivo empresarial, lo que sin duda motiva su presentación, puesto que dependiendo supuestamente el ejercicio del derecho de la negociación colectiva o individual no se entiende el porqué de ese plus de protección.

4.2. Análisis del precepto por la doctrina científica

Teniendo en cuenta que, pese a lo reciente del precepto, el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado de manera tajante sobre su aplicación en las sentencias de 13 y 18 de junio de 2008 -recordemos que no estaba vigente en los casos que se enjuiciaban en función del criterio de temporalidad-, así como su todavía limitado desarrollo por parte de la negociación colectiva, además de las propias limitaciones procedimentales que el art. 138 bis LPL parece otorgarle, no existe hasta el momento un desarrollo jurisprudencial suficiente en torno a la interpretación de este artículo.

Sin embargo, sí ha sido profusamente analizado por la doctrina científica. Veremos a continuación las aportaciones más significativas que realizan las y los diferentes autores, sistematizadas en las tres cuestiones que analizan de forma sustancial:

a) Sobre el régimen jurídico del derecho reconocido en el art. 34.8 ET: naturaleza, alcance y contenido

-Para Velasco Portero²⁰¹ el precepto es imperativo, si bien en convenio colectivo o en el contrato individual se establecerán los términos concretos. En este sentido, la autora nos recuerda la nueva redacción dada por la LOI 3/2007 al art. 85.1 del ET²⁰². En segundo lugar, nos dice que el que exista un deber de negociar no significa de por sí que el derecho tenga que

²⁰¹ Velasco Portero, Teresa, "El derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo". *Cit.*

²⁰² La LOI 3/2007 modifica el art. 85.1 del ET en el sentido de establecer que en la negociación de los convenios existirá en todo caso el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad. Entre estas medidas están las referentes a los derechos de conciliación de la vida familiar, personal y laboral y, por tanto, el derecho que nos ocupa.

aparecer en convenio colectivo. Ahora bien, el derecho ha de concretarse, empero, en algún contenido mínimo: si el convenio guarda silencio el trabajador-ra podrá exigir al empresario que le facilite algún tipo de adaptación de la jornada.

Este último extremo resulta relevante si lo ponemos en relación con las carencias que denunciábamos en las enmiendas propuestas durante la tramitación parlamentaria, así como en la interpretación del TS que lo calificaba de mera expectativa, y es que hablamos, en definitiva, de la distinción a todos los efectos entre un derecho y una simple declaración de intenciones.

-Alfonso Mellado²⁰³ considera que el nuevo art. 34.8 ET es la primera medida de la LOI 3/2007 que se puede relacionar con la ordenación estricta del tiempo de trabajo. Según este autor, la norma legal reconoce un auténtico derecho, y lo único que falta por concretar son sus términos. El hecho de que no se consiga el acuerdo al que alude la norma no quiere decir que el derecho no exista. Por otra parte, nada impide que los dos sujetos de una pareja lo soliciten, máxime cuando eso es lo que mejor puede permitirles conciliar los tres aspectos de su vida a que la norma se refiere, el personal, el familiar y el laboral.

-Rodríguez Pastor²⁰⁴ afirma que el motivo de la adaptación responde a que los trabajadores hagan efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, tal como se viene defendiendo al menos desde la LCVFL 39/1999. Por tanto se trata de proteger a las y los trabajadores -sobre todo a la mujer trabajadora- como miembros de una familia, para conciliar sus responsabilidades familiares con las laborales, fundamentalmente en las relaciones paterno/materno-filiales, independientemente de que deriven o no del matrimonio. Todo ello con la finalidad de que las responsabilidades familiares no se conviertan en un obstáculo para la actividad laboral de las y los trabajadores. Este autor vincula el derecho recogido en el art. 34.8 ET exclusivamente a las labores familiares de cuidado, y a la mujer como responsable de las mismas; es llamativo que interprete este precepto en línea de continuidad con la LCVFL 39/1999 obviando la evolución hacia la corresponsabilidad que marca la LOI 3/2007 así como su voluntad transformadora de roles al introducir la vida personal. Recordemos no obstante que el autor equiparaba este concepto a una suerte de “derecho al ocio”.

-Ballester Pastor y Sala Franco²⁰⁵ entienden que el contenido esencial ha de ser la finalidad conciliadora. Mientras que el art. 37.5 ET no establece referencia alguna a la finalidad conciliadora, porque los supuestos que formula son tan precisos que cuando concurren generan un derecho absoluto y pleno sin necesidad de que se pruebe dicha finalidad (ésta podría aparecer en todo caso en el momento de la determinación horaria), el supuesto del art. 34.8 ET es diferente porque no tiene una formulación concreta sino general, lo que exige que

²⁰³ Alfonso Mellado, Carlos L., “El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”. *Cit.*

²⁰⁴ Rodríguez Pastor, Guillermo, “Tiempo de trabajo tras la reforma operada por la LOI”. *Cit.*

²⁰⁵ Ballester Pastor, María Amparo y Sala Franco, Tomás, *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*. *Cit.*, pp.52-62.

concurra y se alegue causa legitimadora. Para estos autores la falta de configuración subjetiva se refiere a que no sólo incluye la cuestión familiar sino también el aspecto personal, lo que teóricamente (dependiendo de la interpretación que se otorgue a la conciliación) podría incluso hacer desaparecer la necesidad de que exista un sujeto precisado de cuidado.

De ahí que no puedan aplicarse al supuesto del art. 34.8 ET los mismos presupuestos previstos para el 37.5 ET: en la reducción de jornada no es exigible al trabajador que justifique la adecuación a la finalidad conciliadora del derecho que reclama, basta con que acredite que concurren los requisitos subjetivos y objetivos expresamente establecidos. Mientras que el empresario sólo puede oponerse a la concreción horaria por incompatibilidad con la organización, pero sin poder cuestionar la finalidad conciliadora de la reducción solicitada. El derecho, en cualquier caso, no resulta absoluto y requiere de la comprobación de la existencia de la referida finalidad.

Cuestión distinta es el concreto contenido del derecho pese a la gran imprecisión con que se formula el precepto. Señalan estos autores que el artículo debe tener un contenido mínimo para configurarlo, encauzar la acción de la negociación colectiva o del acuerdo contractual y delimitar en qué consiste efectivamente el derecho del trabajador-ra. Así, afirman que el contenido mínimo o esencial se sustenta sobre dos ejes, uno material y otro finalista. El contenido material hace referencia a que su alcance se limita únicamente al ajuste del tiempo de trabajo como manifestación intrínseca del derecho de conciliación. El contenido finalista aparece cuando éste queda condicionado a hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. La configuración de este elemento finalista es la principal diferencia entre los supuestos contemplados en el art. 34.8 ET, genérico y más amplio, y el art. 37.5 ET más específico. La referencia a la negociación colectiva o el acuerdo con el empresario tiene, pues, un sentido no condicional sino secundario, que se despliega en una doble dirección: de un lado refuerza el carácter garantizador de los convenios colectivos, y de otro, recuerda las posibilidades negociales en la delimitación del alcance de derechos plenos de naturaleza imprecisa como el que contiene el art. 34.8 ET. Se trata en todo caso de referencias a la negociación y a los contratos que aparecen en muchas otras partes de la legislación laboral con el mismo alcance recordatorio que ahora sugiere el 34.8 ET.

A falta de especificación de su alcance en convenio y/o contrato requiere de una confrontación de intereses y derechos (conciliación/organización empresarial) para lo cual debe tomarse en consideración la finalidad pretendida. Dado que los intereses y derechos en juego son los mismos en el 34.8 ET y en el 37.5 ET es razonable defender que tampoco en ninguno de ellos existe un derecho preferente. Pero en el caso del 34.8 ET la medida solicitada de adaptación no goza de la presunción favorable a la legitimidad de la finalidad conciliadora del art. 37.5 ET, por lo que en la resolución de eventuales conflictos deberán tenerse en cuenta criterios que no son necesarios en la aplicación del 37.5 ET como la adecuación, proporcionalidad y la razonabilidad de la medida propuesta en atención a los fines pretendidos

y a los perjuicios causados. En todo caso, pese a la incorporación de estos tres criterios adicionales, existen dos elementos que merecen ser valorados en el art. 34.8 ET con similar intensidad al modo en que se aplican con relación al art. 37.5 ET:

-De un lado, el derecho a la conciliación entronca directamente con los derechos fundamentales y con el principio antidiscriminatorio.

-De otro lado, la organización empresarial admite alternativas y correcciones en la gestión del tiempo que no tienen paralelo (al menos no siempre) en quien pretende compatibilizar obligaciones familiares y laborales.

Estimamos que estos criterios elaborados por Ballester Pastor y Sala Franco son coherentes con la voluntad del legislador y la finalidad de la norma. Y a ello deberíamos añadir otro elemento a valorar de carácter estrictamente procesal, y es que en el ejercicio de ponderación que han de realizar los tribunales se debería tener en cuenta el principio de facilidad probatoria que normalmente recaerá sobre la empresa, dado que cuenta con más recursos para acreditar en un momento dado las dificultades organizativas o eventuales perjuicios que causaría la medida, mientras que por el contrario puede haber muchas circunstancias de índole familiar y personal que requieren del ejercicio del derecho y no son tan directamente acreditables mediante una simple aportación documental. Por otro lado, la ausencia de esa presunción favorable a la legitimidad de la finalidad conciliadora defendida por los autores, que sí existiría en el supuesto del art. 37.5 ET, resulta un argumento peligroso en el momento de llevar los derechos a la práctica: si en un caso se da por supuesta la finalidad conciliadora y en el otro no, éste último parecería precisado de un plus de justificación que en la mentalidad de los juzgadores podría derivar en la necesaria aparición de motivos ligados exclusivamente a la familia y/o el cuidado, volviéndose así a manifestar el riesgo de instaurar derechos de conciliación de primer y segundo nivel.

-Cristobal Molina Navarrete²⁰⁶, considera que el derecho de las y los trabajadores a adaptar la duración de la jornada de trabajo, reconocido en el art. 34.8 del ET, no sólo no supone una novedad, ya que aparecía recogido en el artículo 37.5 del ET -aunque de forma exclusiva para el cuidado de hijos menores de 8 años o una persona discapacitada que no desempeñe actividad retribuida-, sino que además puede suponer un retroceso si se admiten interpretaciones en el sentido de condicionar tal derecho a lo estipulado en convenio colectivo o a través del acuerdo entre empresario y trabajador como expresa el artículo 34.8 del ET. Estamos de acuerdo con este autor, en el sentido de que previamente a su publicación, sí existía ya ese derecho a la adaptación de la jornada de trabajo, si bien no estaba regulado legalmente y su aplicación por parte de la jurisprudencia era consecuencia de la interpretación finalista de la norma. El art. 34.8 ET viene a consolidar esa doctrina que necesariamente ha de ponerse en relación con el ejercicio de ponderación que exige el Tribunal Constitucional.

²⁰⁶ Molina Navarrete, Cristobal, "El impacto laboral de la "Ley de Igualdad de Sexos": lo que queda después de vender el "humo político", en" *Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº. 290 (2007), p. 99-158.

-Para Morón Prieto²⁰⁷, aún no se ha valorado suficientemente el alcance del art. 34.8 ET. Según el autor, el precepto reconoce en primer lugar, un derecho a la conciliación, pero en segundo lugar, reconoce un conjunto de elementos destinados precisamente, a que aquel se pueda desarrollar de manera plena y efectiva. Así, de un lado, se establece que para que éste sea efectivo se tendrá derecho a adaptar tanto la duración –reduciéndolo- como la distribución –lo que incluye eventualmente los cambios de turnos- de la jornada de trabajo. De otro lado, los motivos no se circunscriben a los estrictamente familiares. De manera que, una vez superada una idea fuertemente limitativa de las actividades cuya realización justifican medidas específicas de conciliación, se considera como causas justificativas de tales medidas cualquiera que tenga que ver con la vida privada y no sólo familiar del trabajador o la trabajadora. Otra cosa es la virtualidad que para la puesta en marcha del derecho puedan tener las distintas actividades privadas que motiven la solicitud. Según Morón Prieto, aunque para el TS estamos ante un derecho condicionado a su regulación por la negociación colectiva o acuerdo individual que no puede en ningún caso ejercerse de manera unilateral por el trabajador individual, tal interpretación no es adecuada ni acorde con los cánones hermenéuticos que remiten en primer lugar a la propia literalidad del precepto legal y a su inserción sistemática en el ordenamiento, por lo que no cabe la menor duda de que la ley reconoce expresamente el derecho. La referencia a la negociación colectiva o al acuerdo individual quiere decir que se reconoce la posibilidad o incluso la recomendación, pero no la obligación de que se puedan establecer los términos en los que se desarrolle el ejercicio del derecho individual.

Además de la propia interpretación literal del precepto, este autor realiza una interpretación por analogía con otro artículo del ET, concretamente el artículo 23²⁰⁸, por cuanto su estructura normativa es casi idéntica con la establecida en los arts. 34.8, 37.5 y 37.7 ET; por una parte, reconocimiento expreso de un conjunto de derechos por parte de la ley y por otra, remisión “a los términos previstos en la negociación colectiva”, entendiéndose tal remisión al ejercicio y no al reconocimiento del derecho. Por ello afirma que de la literalidad de estos preceptos no se deduce la idea de que los trabajadores tendrán derecho “cuando” así lo disponga la negociación colectiva, sino tan sólo se refiere a que se tiene el derecho a conciliar tiempo de trabajo y tiempo privado “en los términos” que la negociación colectiva pueda establecer en su ejercicio o desarrollo. Por lo tanto, podría aplicarse a estos preceptos por analogía el régimen jurídico previsto en el art. 23 ET, particularmente en lo relativo al reconocimiento de la existencia e incluso la posibilidad de ejercer estos derechos.

²⁰⁷ Morón Prieto, Ricardo, “¿Existe un genérico derecho a cambiar el horario laboral para conciliarlo con la vida privada? (A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 18 de junio de 2008)”. *Cit.*

²⁰⁸ Para el autor, el art. 23 ET es un ejemplo perfecto de lo que se denominan las relaciones de complementariedad entre la ley y el convenio, reconoce un conjunto de derechos referidos a la conciliación de la jornada laboral y ciertas necesidades formativas personales del trabajador, de tal manera que en su apartado primero regula los supuestos mínimos, su contenido y sus aspectos básicos, para a renglón seguido, en su apartado segundo establecer que en los convenios colectivos se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos. Una estructura normativa, por tanto, con la que coincide casi absolutamente la establecida en el art. 34.8 ET.

En cuanto los supuestos que podrían justificar su ejercicio, y el procedimiento a seguir, así como los casos en los que la empresa podría denegarlos, o incluso la manera de coordinar los derechos individuales de las y los trabajadores, sean solicitantes o no de medidas de conciliación, aunque surgen importantes interrogantes, ello no debe plantear especiales problemas desde el punto de vista jurídico. Así, para Morón Prieto, el procedimiento se iniciaría con la solicitud de un trabajador o trabajadora. Los supuestos justificativos del derecho podrían ser cualesquiera con los que legítimamente se atiende a intereses personales o familiares. Podría pensarse inmediatamente en causas vinculadas con la atención de familiares, pero asimismo en cualquier otro interés legítimo de las y los trabajadores, recordando la nueva concepción que predica el Tribunal Constitucional del tiempo libre como tiempo de desarrollo de la propia personalidad y su relación con la dignidad personal.

En lo que respecta a los instrumentos jurídicos para ponderar la procedencia o improcedencia de las medidas solicitadas, basta para ello con remitirse a los criterios manejados por los tribunales en torno a las necesidades objetivas y la exigencia de buena fe por parte de las y los trabajadores en el ejercicio de tales derechos, la existencia de justificación de la empresa acerca de si dicha petición supone o no un grave quebranto imposible de salvar con otras actuaciones razonables y, en fin, la concurrencia de los derechos de otros trabajadores-ras. Echamos en falta, no obstante, que el autor haga referencia a la dimensión constitucional de los derechos de conciliación que hemos estudiado y su articulación a través de una serie de técnicas ponderativas que van más allá de la mera confrontación de derechos y el criterio de buena fe regulado por el ET. De lo contrario no cabe duda de que el interés empresarial unido a las alegaciones del resto de trabajadores-ras –que en muchos casos se verían obligados a proteger ese interés- podrían hacer muy dificultoso el ejercicio del derecho por parte del trabajador-ra solicitante.

A modo de conclusión, este autor sostiene que la apuesta por una interpretación progresiva de los derechos de conciliación reconocidos en la ley, tendrá el efecto de obligar a las partes sociales a sentarse a negociar para introducir una dosis de certeza y de orden para afrontar las posibles soluciones individuales. Sin embargo, si los tribunales optan por la aplicación restrictiva que ha hecho el TS en sus sentencias 13 y 18 de junio de 2008, ello supondrá un importante retroceso en su reconocimiento y puesta en marcha dado que bastará la mera oposición empresarial para que tales derechos no puedan ser ejercitados por las y los trabajadores a título individual.

-Trillo Párraga²⁰⁹ es el autor, digamos, más pesimista en su análisis, si bien éste no deja de ser crítico con la complicada realidad que tras la LOI 3/2007 deben seguir afrontando las y los trabajadores que quieran ejercer los nuevos derechos de conciliación. Y es que para Trillo Párraga esta ley adolece de falta de normatividad. Así, llama la atención sobre la ausencia de

²⁰⁹ 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)”. *Cit.*

intervención del legislador en ciertas materias nucleares, como en el art. 37.6 ET en relación con lo que haya de entenderse por “dentro de la jornada ordinaria”. Porque, a nadie se le escapa -menos al legislador, apunta el autor- que practicar una reducción del tiempo de trabajo dentro de la jornada ordinaria que tuviera prevista la trabajadora –en el caso resuelto por la STC 3/2007- plantea los mismos inconvenientes de cara a la conciliación de la vida familiar y laboral que si no se practicara tal reducción. En lo que atañe al nuevo art. 34.8 ET, el autor considera que carece de toda normatividad efectiva pues el derecho de las y los trabajadores a adaptar la duración y distribución de su jornada aparece condicionado a lo establecido en convenio o, en su defecto, a lo pactado en contrato de trabajo²¹⁰. Para Trillo Párraga el propósito del art. 34.8 ET es reforzar la posibilidad de que las y los trabajadores puedan decidir sobre si renunciar o no a su tiempo de trabajo y parte de su salario: “Y es que en un momento donde la construcción jurídica del tiempo de trabajo aparece atravesada por la flexibilidad e irregularidad, llama la atención el hecho de que se asista a una rigidez de tal magnitud a la hora de construir socialmente el tiempo de trabajo”²¹¹. O, dicho de otro modo, la flexibilidad de la jornada de trabajo podría permitir, al menos teóricamente, la coordinación compatible de tiempos de trabajo y tiempos de familia sin que el trabajador o la trabajadora tuvieran que renunciar a parte de su salario y de su tiempo de trabajo. De esta forma, el controvertido artículo 34.8 del ET parece abrir vías nuevas desde el momento en el que se acepta la posibilidad de adaptar la distribución de la jornada de trabajo sin necesidad de reducir las horas de dedicación al trabajo remunerado, eso sí, aunque no de forma no pacífica.

En cuanto a la discusión generada en torno al artículo 34.8 del ET, sobre si éste implica o no un derecho subjetivo, Trillo Párraga opina que ésta polémica puede haber enturbiado las potencialidades de la reforma, por lo que en estas circunstancias la iniciativa del trabajador-ra dirigida a compatibilizar trabajo y vida personal parece quedar relegada al acuerdo alcanzado en convenio colectivo, o en su defecto, en contrato individual de trabajo. “De ahí, que si el convenio colectivo no hubiese regulado este extremo y las partes individuales no hubieran alcanzado un acuerdo a tal fin, nos encontramos con una situación que coincide plenamente con la vivida con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Igualdad”²¹², precisa el autor.

La conclusión a la que llega, finalmente, es que el esquema resultante del tratamiento normativo del tiempo de trabajo llevado a cabo por la reforma de 1994, hoy en esencia vigente, está tan dirigido a los intereses empresariales que deja poco espacio a la satisfacción de otros bienes ligados a los intereses de las y los trabajadores que tienen que ver con el libre desarrollo de su personalidad, como lo muestra el que, cuando posteriormente el legislador ha querido modificar el esquema de base, introducir garantías para que las y los trabajadores puedan conciliar la vida profesional, familiar y personal y avanzar en la igualdad entre hombre y

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ Ibid.

²¹² Trillo Párraga, Francisco José, *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*. Cit., pp. 255-257.

mujer, surjan nuevas aporías. Por todo ello, para el autor, los retos de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se concentran en torno a la cuestión del coste económico de dicho derecho y en la iniciativa/titularidad de los mismos.

Trillo Párraga añade unas buenas dosis de realismo a la posibilidad efectiva de ejercicio de este derecho tras las sentencias del TS que hemos estudiado y por otro lado llama la atención sobre la práctica inexistencia de límites en los poderes de dirección del empresariado en lo relativo a la ordenación del tiempo de trabajo. Ciertamente mientras que, tanto la jurisprudencia como la doctrina científica se han ocupado de delimitar tales poderes cuando entran en fricción con otros derechos fundamentales del trabajador-ra como el de la intimidad, parece darse por descontado que sólo muy excepcionalmente cederá la capacidad empresarial de organizar el tiempo de trabajo planteándose así la confrontación de derechos en términos muy poco flexibles.

b) Sobre el régimen jurídico de la adaptación de la jornada.

-Velasco Portero²¹³ equipara la adaptación a lo que el artículo 37.7 ET denomina “reordenación de la jornada”. Y desgrana su contenido en torno a los siguientes aspectos:

a) Posibilidad/imposibilidad de la adaptación:

- La adaptación ha de ser compatible con la organización del proceso productivo en la empresa concreta. Posibilidad que dependerá igualmente de las condiciones particulares del puesto que ocupa el trabajador-a, ya que no podrá afectar a sus tareas o funciones propias del puesto salvo que así se pacte.
- La imposibilidad desde la perspectiva empresarial, por otro lado, tiene que ser absoluta en el sentido de imposibilidad total de atender a sus requerimientos. Por lo tanto no debe bastar con que la medida ocasione algún trastorno o perjudique los intereses empresariales o exija un especial celo organizativo, ya que el bien jurídico protegido, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, resulta suficiente para demandar del empresario un esfuerzo razonable de adaptación.

Pensamos que esta interpretación de Velasco Portero es coherente con la doctrina constitucional sobre los derechos fundamentales implicados en esta clase de solicitudes y la manera en que debe resolverse su eventual fricción con otros derechos del empresario.

- Habría de tenerse en cuenta, asimismo, la alternativa del teletrabajo a pesar de que no puede encuadrarse sin más en la adaptación.

En lo que se refiere a este aspecto planteado por la autora, debemos alertar, sin embargo, sobre la posibilidad de que el teletrabajo acabe “feminizándose” y convirtiéndose en una de las soluciones o salidas más comunes en determinados casos, y que no vaya en beneficio de los derechos de conciliación sino en el de la

²¹³ Velasco Portero, Teresa, “El derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo”. *Cit.*

efectiva realización por parte de las mujeres trabajadoras de la denominada “doble jornada” dentro del espacio doméstico.

- Si se trata de adaptación de la duración, finalmente, estamos ante los supuestos previstos con carácter análogo en el art. 37.5 y 6 ET.

b) Duración de la adaptación:

Se debe prever una duración, que ha de ser reversible una vez que desaparezca la necesidad. A falta de regulación el trabajador deberá demostrar las causas de desaparición del cambio.

c) La concreción horaria:

Desde una interpretación analógica del precepto con el art. 37.5 ET, considera la autora que el trabajador-ra tendría derecho a la concreción horaria, mientras que realizando una interpretación literal se excluiría esa posibilidad, ya que la misma se refiere expresamente a los derechos reconocidos en el art. 37 del ET.

No obstante, nos preguntamos entonces por el sentido que tendría un derecho a adaptar la duración o distribución de la jornada de trabajo si en el ejercicio de ese derecho no se puede determinar el horario. Entendemos, pues, que la concreción por las y los trabajadores es factible y acorde con el espíritu de la norma.

d) El despido del trabajador que ejerce los derechos del art. 34.8 ET:

La LOI 3/2007 no establece la nulidad radical del despido del trabajador-ra en el art. 34.8 ET. Hubiera sido interesante extender a estos casos la protección que sí opera cuando se trata del derecho a la reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares, el permiso de lactancia y el permiso y la reducción de jornada para cuidado de hijos prematuros, así como en el caso de trabajadores víctimas de violencia de género. Velasco Portero sostiene que el fundamento de la protección es el mismo que en los supuestos mencionados por lo que no tiene sentido aplicar la protección en unos casos sí y en otros no, tratándose de derechos de igual naturaleza y fundamento.

-Ballester Pastor y Sala Franco²¹⁴ enumeran los supuestos de adaptación de jornada que no encuentran acomodo en el art. 37.5 del ET y que por tanto deben entenderse incorporados al ámbito aplicativo del art. 34.8 del ET:

- Cambio de horario, del sistema de turnos o del régimen de trabajo (jornada continuada o partida).
- Reducciones de jornada de espectro temporal mayor o menor que el establecido en el art. 37.5 ET.
- Reducciones de jornada (o cualquier adaptación) que tengan como sujeto activo uno diferente del reconocido para el art. 37.5 ET.

²¹⁴ Ballester Pastor, María Amparo y Sala Franco, Tomás, *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*. Cit.

- Reducciones de jornada (o cualquier adaptación) que tengan como sujeto pasivo uno diferente del reconocido en el art. 37.5 ET.
- Ajustes de la jornada convencional o pactada que tengan por objeto que el trabajador-a quede exonerado de las actividades correspondientes a periodos punta (por jurisprudencia del TS excluidos del ámbito de aplicación del art. 37.5 ET).
- Movilidad funcional a puesto de trabajo con menores requerimientos de disponibilidad horaria.
- Cualquier otra adaptación de jornada que quede fuere del ámbito aplicativo del art. 37.5 ET.

-Alfonso Mellado²¹⁵ considera que dados los derechos reconocidos en el art. 37 ET, parece que la adaptación de la duración y distribución de la jornada de la que nos habla el apartado 8º del art. 34 ET debe consistir en algo más o distinto de lo que ya viene reconocido en ese precepto, que, en todo caso, ya podía venir previsto en los convenios colectivos vigentes con anterioridad a este nuevo apartado, con apoyo en la libertad de contenido de los convenios prevista en el art. 85 ET como mejora de lo dispuesto legalmente. A título de ejemplo, señala, podría acordarse lo siguiente:

- Para los derechos por lactancia, una mayor duración del permiso; una mayor reducción de la jornada; o una mayor duración de la acumulación en jornadas completas de la reducción de la jornada (art. 37.4 ET).
- Para los derechos por hospitalización de un hijo recién nacido, una mayor duración del permiso o de la reducción de jornada (art. 37.4 bis ET).
- Para los derechos por guarda de un hijo menor de ocho años o cuidado de familiares, una mayor duración de la reducción de la jornada; una ampliación de la edad del menor o del círculo familiar por el que podría concederse la reducción de jornada (art. 37.5 ET); o incluso, se podrían aceptar concreciones horarias derivadas de la reducción de jornada distintas a la estipulada legalmente, sobre las que la jurisprudencia a veces se muestra reticente, como serían las reducciones de jornada acompañadas de cambios en el horario laboral, por ejemplo, permitiendo que se trabajen menos días a la semana, que no se trabaje a turnos, etc.
- Por lo que respecta a las trabajadoras víctimas de violencia doméstica, el precepto comentado no añade nada nuevo, habida cuenta que el art. 37.7 ET ya prevé una amplia gama de posibilidades a la adaptación de la duración y distribución de la jornada.
- Por último, y al margen del art. 37 ET, la adaptación de la duración y distribución de la jornada podría dar lugar a que se distribuyera la misma de modo que no se trabajase

²¹⁵ Alfonso Mellado, Carlos L., "El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres". *Cít.*

algunos de los días en que los hijos tuvieran vacaciones escolares durante el año, o flexibilizando los horarios de entrada y salida con una amplia posibilidad de compensación para atender a hijos o familiares, etc.

En definitiva, considera este autor que el nuevo apartado puede derivar en un amplio abanico de posibilidades a la hora de adaptar la duración y distribución de la jornada para conciliar la vida personal, familiar y laboral, pero que su plasmación práctica dependerá, en todo caso, bien de lo acordado por los convenios colectivos, bien de lo acordado individualmente entre las y los trabajadores y el empresario-a o bien, finalmente, de la solución judicial que se dé a los casos de desacuerdo entre ellos, teniendo en cuenta en cualquier caso la STC 3/2007. La valoración que Alfonso Mellado realiza del nuevo precepto es que en términos de razonabilidad, corresponderá al interesado-a el ejercicio del derecho. En cuanto a si el empleador-a tiene una cierta discrecionalidad a la hora de aceptar o no lo propuesto, nos dice que: Habrá de estarse a las reglas previstas en los convenios, o en caso de discrepancia sobre su aplicación, a los órganos judiciales. Asimismo son aplicables las soluciones que se han consolidado en torno a la posibilidad ya existente con anterioridad de reducción de jornada por cuidado de hijo o familiar. Habría que entender que corresponde al trabajador-ra la valoración de que la medida resulta necesaria, salvo evidentes casos de abuso de derecho; el empleador-ra sólo podrá negarse a la adaptación si ésta fuese imposible o le ocasionase perjuicios desproporcionados en atención a las necesidades organizativas y productivas de la empresa. En caso contrario deberá accederse a lo solicitado.

Por último, para Alfonso Mellado tanto en la práctica empresarial como incluso en la judicial, se debe tener en cuenta que no se atribuye a estos operadores una capacidad para valorar la oportunidad de la medida desde el punto de vista de quien la solicita; es él el que sabrá si la necesita o no. A partir de ahí lo que debe valorarse es si al empleador-ra le es posible acceder o no a la misma. Si le es posible acceder a la medida pero alega perjuicios, habrá que ponderar éstos y los intereses en juego, estableciendo soluciones proporcionadas pero, sin duda, presididas por el principio general de que el derecho debe ser eficaz, especialmente cuanto más importantes sean los intereses que con su ejercicio se pretendan garantizar que, normalmente, alcanzan un manifiesto rango constitucional, STC 3/2007.

En nuestra opinión, volvemos a encontrarnos con que una mayor exigencia probatoria para los derechos de conciliación no vinculados a la protección familiar puede suponer que se vaya conformando la idea de que existen derechos de conciliación de primer y segundo nivel. Establecer una prevalencia entre unos y otros conllevaría el riesgo de que el ejercicio de ponderación de derechos constitucionales se automatice de modo que aquellos que no responden directamente al principio de protección de la familia tendrían mayores posibilidades de ser rechazados sin demasiado esfuerzo probatorio por parte del empleador-ra. Esto trae consigo que se insista en la “feminización” de la conciliación, y es un ejemplo de cómo las buenas intenciones pueden conducir al apuntalamiento de viejos roles, en especial cuando no

toman en cuenta las voces de los movimientos sociales, así como las teorías críticas feministas, que insisten en la necesidad de desligar mujer y conciliación y que están en el origen de la inclusión de esta clase de derechos tanto en la normativa internacional como en la estatal.

c) Sobre el cauce procesal para la resolución judicial de los conflictos surgidos en torno a la aplicación de este derecho

-De acuerdo con Morón Prieto²¹⁶, el procedimiento jurisdiccional elegido por el legislador resulta claro a tenor de lo dispuesto en la Disp. Adic. Decimoseptima ET, que remite para la resolución de las discrepancias en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación al procedimiento establecido en el art. 138. bis ET.

-Para Velasco Portero²¹⁷, en el mismo sentido, se trata de un derecho de conciliación reconocido legalmente por lo que las discrepancias se resolverán por el procedimiento especial del art. 138 bis.

-Alfonso Mellado²¹⁸ sostiene que el procedimiento del 138 bis LPL es aplicable a todos los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, ya que no existe una relación tasada. Sin embargo realiza una matización importante, al afirmar que no resulta incompatible su ejercicio con el regulado en el art. 181 de la LPL de vulneración de derechos fundamentales.

-Para Ballester Pastor y Sala Franco²¹⁹ el procedimiento especial para la concreción horaria de los derechos de conciliación (art. 138 bis LPL) se puede aplicar también a la adaptación de la jornada regulada en el art. 34.8 ET, pero sólo en su vertiente de determinación o concreción horaria (fundamentalmente cuando viniera precisamente configurado y determinado en convenio colectivo). El procedimiento a seguir para el reconocimiento del derecho a la conciliación será el proceso laboral ordinario (como lo es para los supuestos de reconocimiento del derecho en el caso de lactancia y reducción de jornada).

-Azagra Solano²²⁰ llama la atención sobre el hecho de que las decisiones judiciales adoptadas al respecto son en ocasiones del todo punto contrarias, sin que no obstante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo pueda llevar a cabo su labor unificadora de doctrina. Y ello porque, a su entender, lo impide el procedimiento que el legislador ha diseñado para sustanciar las cuestiones referentes a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a través de su disposición adicional 11ª de la LOI 3/2007, con la que da nueva redacción a la disposición adicional 17ª del ET. De acuerdo con esta nueva redacción, las discrepancias que

²¹⁶ Morón Prieto, Ricardo, “¿Existe un genérico derecho a cambiar el horario laboral para conciliarlo con la vida privada? (A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 18 de junio de 2008)”. *Cit.*

²¹⁷ Velasco Portero, Teresa, “El derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo”. *Cit.*

²¹⁸ Alfonso Mellado, Carlos L., “El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”. *Cit.*

²¹⁹ Ballester Pastor, María Amparo y Sala Franco, Tomás, *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*. *Cit.*

²²⁰ Azagra Solano, Miguel, “El conflicto de la conciliación de la vida laboral y familiar: especial atención a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor”. *Cit.*

surjan entre las y los empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la LPL, que finaliza con sentencia firme. Esto, afirma el autor, prácticamente elimina la posibilidad de recurso ante las cuestiones judiciales relativas al ejercicio de los derechos de conciliación. Azagra Solano se plantea entonces si existe alguna vía por la que los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo puedan pronunciarse en torno a las dudas interpretativas que surjan en los Juzgados acerca de la existencia y ejercicio de los derechos de conciliación. Y llega a la, entendemos, discutible conclusión de que sería únicamente a través del “proceso de conflictos colectivos” recogido en los artículos 151 y siguientes de la LPL como cabría acceder a un pronunciamiento jurisprudencial a través precisamente de la impugnación de los convenios colectivos. Y cita, a modo de ejemplo, las sentencias de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 28 de febrero de 2005 y de 8 de febrero de 2007, que con origen en un proceso de Conflicto Colectivo han conocido sobre cuestiones de interpretación y aplicación de preceptos convencionales de análogo contenido a lo establecido en la regulación legal.

A nuestro entender, tal punto de vista, que nace de una interpretación literal de los preceptos de carácter procesal implicados en la regulación de esta clase de derechos, desposeería a los particulares en todo caso de la posibilidad de recurrir ante una sentencia contraria a sus intereses, lo cual el autor parece asumir, sin más. El camino que indica resulta pues sobremanera limitado -toda vez que requeriría en primer lugar la existencia de un convenio colectivo que regulase la concreta relación laboral, y en segundo lugar vedaría a los particulares la legitimación para interponer la demanda ex. art. 152 LPL²²¹- y poco respetuoso sobre el fondo sustantivo y el carácter constitucional que afecta a los derechos de conciliación. Sobre ello abundaremos en el siguiente apartado.

Y es que, como vemos, en el ámbito del régimen procesal de las reclamaciones planteadas en torno a este derecho, y en general a los derechos de conciliación residenciados en el procedimiento especial del art. 138 bis LPL, son numerosas las discrepancias interpretativas que surgen entre los distintos autores: exclusividad del procedimiento especial o compatibilidad con otros; carácter irrecurrible o no; aplicación al ejercicio o al reconocimiento del derecho. Resulta pertinente, pues, que nos detengamos a analizar esta cuestión con mayor profundidad, en las páginas que siguen.

²²¹ Señala el art. 152 LPL: “Estarán legitimados para promover procesos sobre conflictos colectivos:

- a) Los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto.
- b) Las asociaciones empresariales cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto, siempre que se trate de conflictos de ámbito superior a la empresa.
- c) Los empresarios y los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, cuando se trate de conflictos de empresa o de ámbito inferior.”

4.3. El régimen jurídico de las demandas sobre el derecho recogido en el art. 34.8 ET, en el marco procesal de los derechos de conciliación

En efecto, el apartado veinte de la Disposición Adicional Undécima de la LOI 3/2007 establece el contenido de la Disposición Adicional Decimoséptima del ET ('Discrepancias en materia de conciliación') en estos términos: "Las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral."

El art. 138 bis LPL, a su vez, señala (en su redacción introducida por el art. 10.79 de Ley 13/2009, de 3 noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial): "El procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se regirá por las siguientes reglas:

a) El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su disconformidad con la concreción horaria y el período de disfrute propuesto por aquél, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social.

b) El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia, que será firme, deberá ser dictada en el plazo de tres días."

En consecuencia no cabe por tanto recurso alguno tal como establece, a su vez, el art. 189 LPL: "Son recurribles en suplicación: Las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social en los procesos que ante ellos se tramiten, cualquiera que sea la naturaleza del asunto, salvo las que recaigan en los procesos relativos a la fecha de disfrute de las vacaciones, concreción horaria y determinación del período de disfrute en permisos por los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el artículo 138 bis (...)"

Por otra parte, la modificación introducida por el art. 10.99 de la misma Ley 13/2009, de 3 noviembre, en el art. 182 LPL sustrae, en principio, las demandas de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 138 bis LPL del procedimiento de amparo laboral, remitiendo tales supuestos "inexcusablemente" al cauce procesal correspondiente, esto es, el del art. 138 bis LPL. Así: "No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 138 bis y las de impugnación de convenios colectivos en que se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho

fundamental se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente”.

De esta forma nos encontraríamos en apariencia ante una normativa procesal que, en la práctica, puede condicionar el alcance del contenido sustantivo de los derechos de conciliación, toda vez que, al menos en principio:

-Cualquier reclamación judicial relativa a los mismos debería encauzarse por la vía procedimental del 138 bis LPL.

-Esto, a su vez, impediría que el trabajador o trabajadora demandantes acudieren al amparo laboral en defensa de sus derechos fundamentales, pese a la constitucionalización de los derechos de conciliación que hemos estudiado en el capítulo anterior, y la innegable implicación en ellos de diversos derechos fundamentales, como proyección en último término del principio de protección a la dignidad humana recogido en el art. 10.1 CE.

-Por último, y como la más relevante consecuencia de todo ello, tales pretensiones, una vez resueltas mediante sentencia, serían irrecurribles en suplicación al tratarse la misma de una resolución firme, como hemos visto.

Así, ya hemos subrayado que para autores como Azagra Solano la regulación expuesta “prácticamente elimina la posibilidad de recurso ante las cuestiones judiciales relativas al ejercicio de los derechos de conciliación”²²². Consideramos, no obstante, que una interpretación integradora tanto de la normativa procesal como de la dimensión constitucional de los derechos implicados nos ha de llevar a un razonamiento en sentido contrario, como ya avanzábamos en el apartado precedente.

Y es que, más allá de la necesidad de unificación de criterios (que podríamos entender como parte del *ius constitutionis*, dentro de las funciones del Tribunal Supremo), cabe preguntarse si el *ius litigatoris* ha quedado despojado de contenido hasta tal punto en los derechos de conciliación que las y los trabajadores estarían necesariamente sometidos a la eventualidad del único criterio del juez de instancia, cuya resolución, incluso tras el delicado proceso de ponderación exigido por la jurisprudencia constitucional, sería firme en todos los casos. Estimamos que la deficiente técnica legislativa con que se han abordado estas reformas –mediante su introducción en las disposiciones adicionales, sin una adecuada coordinación- no debe amparar interpretaciones excesivamente literales de la norma que olviden, en la práctica, los derechos fundamentales que están en juego. Resulta contradictorio que por una parte éstos se reconozcan en cuanto tales tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, para que posteriormente, al articular su ejercicio, puedan verse sometidos a un régimen procesal más propio de cualquier otro derecho carente de los perfiles constitucionales que presenta la conciliación. Pensemos, además, que el criterio de considerar al art. 38.4 ET como “mera expectativa” establecido por las sentencias del Supremo de 13 y 18 de junio de 2008 que

²²² Azagra Solano, Miguel, “El conflicto de la conciliación de la vida laboral y familiar: especial atención a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor”. *Cit.*

hemos analizado, supone que la automática aplicación por el juzgador de instancia de tal directriz haga inútil para las y los trabajadores el formular una pretensión, la de adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, cuando no exista una expresa regulación en el convenio colectivo aplicable.

Entendemos que la integración de la normativa sustantiva que regula los derechos de conciliación con los preceptos de carácter procesal que articulan su tutela judicial ha de partir de su naturaleza constitucional, tal como ha sido configurada por la doctrina del TC. Y en este sentido podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1.- En cuanto al cauce procedimental que debe seguirse al presentar la demanda: tenemos que partir de que tanto la Disposición Adicional décimo séptima ET como el art. 138 bis de la LPL hablan de “ejercicio de los derechos de conciliación”, refiriéndose respectivamente a la tramitación de sus discrepancias o el procedimiento a seguir. Pues bien, no es aventurado distinguir entre dos supuestos posibles dentro de tales conflictos:

- Aquel en el que, formulada por el trabajador-ra una solicitud relativa a sus derechos de conciliación, recibe como respuesta el reconocimiento de tal derecho, y el señalamiento de una solución horaria distinta a la propuesta por el mismo. En este caso, de estricta discrepancia, estaríamos ante el “ejercicio” del derecho, y el cauce procedimental habría de ser el del 138 bis LPL.
- Aquel en el que, por el contrario, el trabajador-ra vea rechazado su derecho o no reciba respuesta. No cabe duda de que, en este caso, quedaría abierta para él o ella el acceso al amparo laboral en protección de sus derechos fundamentales vulnerados. Asimismo se encontraría en este supuesto la reclamación fundada en el art. 34.8 ET, cuando no existe regulación en convenio colectivo y el/la trabajador-a ve rechaza su solicitud con vulneración de sus derechos fundamentales.

La LPL regula el proceso de amparo laboral en los arts. 175 a 182, dentro del Capítulo XI (“De la tutela de los derechos de libertad sindical”), del Título II (“De las modalidades procesales”), del Libro II (“Del proceso ordinario y de las modalidades procesales. El art. 181 extiende las normas previstas para el proceso de amparo laboral a “los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio”. Dado que el art. 182 LPL, según hemos visto, obliga a acudir al cauce del 138 bis LPL para las demandas de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral “a las que se refiere el artículo 138 bis”, esta remisión no puede sino entenderse al contenido que hemos expresado, es decir, a las que surjan como consecuencia de las discrepancias entre empleador y trabajador-a en el ejercicio de unos derechos ya reconocidos.

2.- En cuanto al acceso al recurso de suplicación y, en su caso, al de casación o unificación de doctrina, consideramos que sería posible con fundamento en la jurisprudencia existente al respecto, y que pasamos a analizar.

Pablo Morenilla Allard²²³ sostiene que todas las garantías y rasgos esenciales de carácter procesal que configuran el procedimiento de amparo laboral (arts. 175 y ss. de la LPL) son también aplicables a los procesos especiales del art. 182 LPL basados en posibles vulneraciones de derechos fundamentales, entre ellos el que nos ocupa relativo a los derechos de conciliación (art. 138 bis LPL). Es decir, que también en estos casos las partes intervinientes contarían con las siguientes prerrogativas: la preferencia en su tramitación; la intervención del Ministerio Fiscal como parte imparcial; la presencia sindical -en su caso- en calidad de coadyuvante del trabajador-ra activamente legitimado como parte demandante principal; las reglas sobre la medida cautelar de la suspensión del acto impugnado; el agravamiento de la carga de la prueba del empresario-a demandado; los específicos efectos de las sentencias estimatorias; y, finalmente, la viabilidad del recurso de suplicación por razón de la materia de amparo. Señala en apoyo de este punto de vista el reconocimiento implícito de todo ello que se desprendería de la STC. 257/2000, de 30 de octubre, que analizaremos de seguido.

Debemos plantearnos, en efecto, si la remisión que efectúa el art. 182 LPL a las especialidades procesales correspondientes ha de entenderse en el sentido de que, llegado el caso, el procedimiento aparezca despojado de las garantías establecidas por el amparo constitucional, aun cuando en tales supuestos se alegan, como el propio precepto indica, vulneraciones de derechos fundamentales. La jurisprudencia aplicable a esta cuestión dimana de dos resoluciones, del Tribunal Constitucional y del Supremo respectivamente:

1) La Sentencia del TC núm. 257/2000 (Sala Segunda), de 30 octubre, parte de un caso en el que mediante escrito dirigido al Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras solicitó comparecer en un procedimiento por despido en calidad de coadyuvante a tenor de lo dispuesto en el art. 182 LPL. Aun invocándose la lesión de un derecho fundamental, la demanda -por tratarse de un despido- debía tramitarse inexcusablemente con arreglo a la modalidad procesal correspondiente (arts. 103 y ss. LPL), y no conforme a la modalidad de tutela de derechos fundamentales (arts. 175 y ss. LPL). Pese a ello, sostenía la solicitante, las garantías previstas legalmente para la segunda de las modalidades citadas resultaban “de aplicación en aquellas otras que obligatoriamente han de utilizarse para determinadas pretensiones, como es el caso del despido”.

Este supuesto, como vemos, es similar al que se plantearía cuando, alegando vulneración de derechos fundamentales en relación con las solicitudes de conciliación, hubiese recaído sentencia que cerrase el paso a su impugnación a través del recurso de suplicación. Pues bien, el Tribunal Constitucional declaró lo siguiente:

“(…) La modalidad procesal laboral de tutela de derechos fundamentales presenta una serie de singularidades orientadas genéricamente a procurar una más eficaz protección jurisdiccional de aquéllos en diversos aspectos, integrando las distintas manifestaciones de los

²²³ Morenilla Allard, Pablo, “El amparo laboral”, en *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, 1ª ed. (Madrid: Colex, 2007), pp. 729-750.

principios de preferencia y sumariedad que lo inspiran (arts. 64, 70, 177.1, 179.1 y 3, 178 LPL), la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal (art. 175.3 LPL), la referencia expresa a la prueba indiciaria (art. 179.2 LPL), la viabilidad en cualquier caso del recurso de suplicación [art. 189.1 f) LPL], la inmediata ejecutividad de la Sentencia (art. 301 LPL) y, en fin, la posibilidad de que el Sindicato intervenga como coadyuvante, según se viene repitiendo. Estas singularidades procesales no aparecen expresamente previstas para el resto de las modalidades que, según la materia objeto de la pretensión, deban servir de cauce a otras demandas en las que eventualmente se alegue también la lesión de un derecho fundamental (...) Esto es cabalmente lo que sucede en el caso aquí enjuiciado en el que la negativa del Juzgado de lo Social a que la Confederación recurrente se personara como coadyuvante se ha fundado exclusivamente en que la modalidad procesal de despido no contiene una previsión similar a la del art. 175.2 LPL y este precepto no resulta aplicable, según la resolución impugnada, más allá de la modalidad de tutela de derechos fundamentales incluso aunque en aquella otra el despido se haya impugnado por lesivo del art. 28.1 CE.

Así delimitada la cuestión que se somete a nuestro juicio, la conclusión no puede ser otra que la de que el órgano judicial ha denegado injustificadamente, desde la perspectiva del art. 28.1 CE, la presencia del Sindicato en el procedimiento por despido de su Delegado Sindical.

Las razones en que aquél se ha fundado se concentran únicamente en la distinción que el texto procesal laboral realiza entre las diversas modalidades procesales (...) En efecto, cuando el legislador del art. 182 LPL remite a las modalidades procesales correspondientes el conocimiento de las demandas que allí se citan lo hace en función justamente de la materia en litigio para una mejor atención de aquélla y por diversas razones que justifican la propia existencia de una distinta modalidad procesal o la extensión del objeto de conocimiento, pero no, desde luego, porque pueda otorgarse a un mismo derecho fundamental una menor garantía jurisdiccional en función de cuál sea el acto o conducta del que pueda haberse derivado la lesión que se alega”.

Como es de ver, la doctrina jurisprudencial que se desprende de esta sentencia, en la línea de lo señalado por Morenilla Allard²²⁴, es la de que la configuración procedimental de una serie de especialidades en atención a los derechos que se reclaman no puede suponer en ningún caso una minoración de las garantías que, también en el ámbito procesal, amparan a los derechos fundamentales. En tal sentido, Amparo Garrigues Giménez y Pilar Núñez-Cortés Contreras, al comentar el art. 138 bis explican cuál sería el propósito del precepto: “este instrumento procesal se articularía como una vía de resolución urgente y de tramitación preferente, para favorecer -en su caso- el disfrute inmediato de los derechos protegidos, en

²²⁴ Ibid.

tanto los bienes jurídicos protegidos y las situaciones contempladas por los mismos requieren una atención carente de demoras”²²⁵.

De este modo, si en lo que atañe a las posibilidades de impugnación de las sentencias dictadas en procesos de amparo laboral no existe restricción alguna (son impugnables en suplicación ante las Salas de lo Social del TSJ ex. art. 7.b y 189.1.f) LPL; así como, en su caso, en casación, art. 9 y 203.1 LPL, o en casación para la unificación de doctrina (arts. 9 y 203.1 LPL), sería contrario al espíritu de la norma y la trascendencia constitucional de tales derechos que cuando se ponen de manifiesto con ocasión de una solicitud de conciliación, existiese por el contrario la imposibilidad de interponer los recursos referidos.

2) El segundo pronunciamiento jurisprudencial vino de la mano del Tribunal Supremo, en la STS de 29 de junio de 2001, dictada con motivo del recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1886/2000.

En este caso se resuelve la cuestión consistente en determinar si el Ministerio Fiscal debe o no ser parte en los procesos de despido en que se denuncia la lesión de un derecho fundamental. Y el Tribunal Supremo analiza el problema de forma pormenorizada, y se apoya asimismo en la sentencia del Tribunal Constitucional antedicha:

"(...) es evidente que se ha producido el quebrantamiento denunciado, al no haber sido citado al juicio como parte el Ministerio Fiscal (...) Esta la impone, de modo expreso, el art. 175.2 LPL para la específica modalidad procesal de tutela; y su citación con tal carácter debe entenderse igualmente obligada en las modalidades enumeradas en el art. 182 de la propia Ley. Así lo ha considerado también, y de modo prácticamente unánime, la doctrina científica cuyos argumentos comparte esta Sala plenamente”.

El TS plantea incluso “las dudas de constitucionalidad y legalidad ordinaria que planean sobre el art. 182 si es que se interpreta, como hace la sentencia recurrida, en el sentido de que contiene una remisión global y cerrada a las específicas modalidades procesales que enumera e impide trasladar a ellas las garantías procesales previstas para la modalidad tipo de tutela (...) Debe pues esta Sala interpretar el art. 182 LPL del modo que mejor se ajuste a los principios y previsiones constitucionales, tal y como exige el art. 5.1 LOPJ y la propia doctrina del Tribunal Constitucional (...) Y debe hacerlo ahora, con más rotundidad si cabe, cuando se trata de una garantía procesal”.

Frente a esta doctrina, nos encontramos con la Sentencia del Tribunal Supremo que se pronunció en unificación de doctrina sobre la inadmisión de la suplicación en el caso del 138 bis, STS (Sala de lo Social) de 5 noviembre 2003. En este caso, y de conformidad con el artículo 37.5 del ET, la actora solicitó la reducción de jornada para el cuidado de su hijo menor de 6 años, recibiendo como respuesta por parte de la empresa que “efectivamente tal derecho

²²⁵ Garrigues Giménez, Amparo y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, “Discrepancias entre empresarios y trabajadores por el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, en *Comentarios a la Ley de Igualdad*, 1ª ed. (Valencia: CISS, 2007), p.762.

se encuentra recogido en el Estatuto de los Trabajadores y en el Convenio Colectivo de nuestro sector de actividad. La duración que refleja su escrito (...) se encuentra dentro de los límites establecidos en la legislación”, sin embargo, en relación con la concreción horaria, rechazaba la solicitud al indicar ésta un tramo horario válido únicamente para uno de los turnos que realizaba la trabajadora según su contrato.

Así las cosas, señalaba el Tribunal Supremo en una escueta motivación: “Planteado en estos términos el enjuiciamiento del presente recurso de casación para unificación de doctrina, no cabe desconocer que el art. 138 bis del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, de reciente introducción en el Texto Procesal, como consecuencia de la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y las personas trabajadoras, claramente establece que el procedimiento para la concreción horaria y la determinación del período de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares, será de carácter urgente y de tramitación preferente y que a su vez, la sentencia que se dicte en la instancia tendrá la característica de firme, razón por la que, no cabe interponer frente a la misma recurso de suplicación”. Esto es, tal resolución ha de entenderse como exclusivamente referida a los supuestos de estricta discrepancia en la concreción horaria, y no aquellos en los que, como señalábamos, no se reconoce el derecho por parte de la empresa y se alega la vulneración de los derechos fundamentales relacionados con el de conciliación. Consideramos, por tanto, que no cabe estimar este criterio como universalmente aplicable a cualesquiera pretensiones relacionadas con los derechos de conciliación sino que, por el contrario, las mismas posibilidades impugnatorias que caracterizan al amparo laboral existen igualmente en los supuestos que hemos referido.

Abundando en ello, es oportuno reflexionar sobre las “dudas de constitucionalidad y legalidad ordinaria” que sobre el art. 182 LPL planteaba el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de junio de 2001 que reseñábamos. Y es que debemos preguntarnos, habida cuenta de la constitucionalización de los derechos de conciliación, en qué medida podemos distinguir entre “negación de tales derechos” (con vulneración de derechos fundamentales) y “mera discrepancia en su ejercicio” (en la que supuestamente no existiría tal vulneración). No cabe duda de que, considerándolo así, el simple recurso empresarial a responder las solicitudes de las y los trabajadores con una respuesta en la que, admitiendo el derecho, se rechazase sin embargo el horario propuesto, bastaría para acudir al procedimiento del 138 bis LPL y, al menos en teoría, obtener una sentencia irrecurrible. Con ello estaríamos generando una distinción absurda en la vinculación de un mismo y único derecho (el de conciliar la vida personal, familiar y laboral) con su naturaleza constitucional (y, en último término, con el art. 10.1 CE).

En tanto en cuanto no se resuelva esa posible patología constitucional del art. 182 LPL, podemos llegar pues a las siguientes conclusiones:

-Las demandas relacionadas con los derechos de conciliación en las que se alegue el no reconocimiento de los mismos, con vulneración subsiguiente de derechos fundamentales, han de tener cabida en el procedimiento de amparo laboral recogido en los arts. 175 y ss. LPL.

-Aquellas en las que, reconocido el derecho, y existiendo discrepancias en cuanto a su ejercicio, se tramitarían en principio a través del art. 138 bis LPL.

-Pero en cualquier caso, habida cuenta de la dimensión constitucional de los derechos en juego, siempre que se refleje en la demanda una fundamentación relacionada con la vulneración de los derechos fundamentales del actor o actora, la sentencia recaída debe ser impugnada a través del recurso de suplicación y, llegado el caso, del de casación.

-Mayores dificultades tendría la demanda planteada en meros términos de discrepancia horaria de los derechos de conciliación reconocidos, en espera de un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad del art. 182 LPL, puesto que entonces la literalidad de la regulación procesal que comentamos podría ejercer de obstáculo insuperable, tal como resulta de la STS (Sala de lo Social) de 5 noviembre 2003.

Teniendo como horizonte la relevancia constitucional de los derechos de conciliación, la solución vendrá de la mano del buen criterio de los distintos operadores jurídicos intervinientes en esta clase de procesos: de la fundamentación con que se planteen las demandas, y del razonable ejercicio de ponderación de los derechos en juego, de acuerdo con la doctrina de la STC 3/2007, que lleven a cabo los tribunales.

5. Regulación y potencialidad de la negociación colectiva en el desarrollo de los derechos de conciliación

En este apartado vamos a estudiar el papel que la negociación colectiva, en el desarrollo de los derechos de conciliación, ha venido realizando a fin de obtener una idea global sobre su actuación en la defensa y promoción de los mismos, en la línea establecida por la LOI 3/2007, y en que medida puede contribuir a su afianzamiento o por el contrario suponer uno más de los obstáculos en el camino de su ejercicio efectivo.

5.1. La negociación colectiva y su papel en la promoción del principio de igualdad y no discriminación

Citando a Lousada Arochena²²⁶, podemos decir que hasta la LOI 3/2007 el Derecho Colectivo del Trabajo se había mantenido impermeable al principio de igualdad entre mujeres y hombres, en la convicción de su neutralidad, olvidando tanto la dificultad de conseguir la

²²⁶ Lousada Arochena, José Fernando, "El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad entre mujeres y hombres", *Bomarzo* nº 41, Doctrina (2008).

neutralidad de la norma jurídica cuando el trabajador prototipo en la realidad laboral sigue siendo el trabajador masculino, como que, emplear ese término en materia de igualdad entre mujeres y hombres, es mantener el *statu quo* perjudicial para aquéllas. Con la entrada en vigor de la LOI 3/2007 se instaura un marco normativo especial para la negociación colectiva de medidas de igualdad entre mujeres y hombres diferenciado del marco normativo general²²⁷. Un cambio importante tanto por la innovación de los contenidos como desde una perspectiva estratégica, al demostrar que ningún ámbito jurídico debe quedar fuera de la efectiva aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

Son diversas las razones justificativas de esta decisión legislativa. La más decisiva nace de la reciente configuración del principio de transversalidad de la dimensión de género, que obliga a introducir la igualdad en la totalidad de los ámbitos jurídicos²²⁸. Otra de las razones es la exigencia del legislador comunitario a los Estados miembros de implantar la igualdad en la negociación colectiva²²⁹. La tercera, sobre la que nos detendremos a continuación, se vincula a la importancia de la negociación colectiva en la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el ámbito de las relaciones laborales, aunque como nos dice el autor, esta importancia contrasta con su no muy correcta implantación, fenómeno que por lo demás no es privativo de España.

a) La importancia de la negociación colectiva en la promoción de la igualdad y el desarrollo de los derechos de conciliación

El carácter idóneo de la negociación colectiva como instrumento de tutela antidiscriminatoria está fuera de toda duda y ello explica la promoción de que ha sido objeto por parte de instancias normativas supranacionales. De una parte, el proceso de toma de decisiones se debe construir lo más cerca posible de los agentes sociales directos, de manera que lo acordado no sólo refleje la orientación europea sobre la cuestión sino que también responda a la peculiar realidad de cada caso. Se trata de lograr que los objetivos comunitarios sean al mismo tiempo asumidos (no vistos como impuestos) y asumibles (acordes al contexto)²³⁰. A nivel interno, los sucesivos Acuerdos Interconfederales sobre Negociación

²²⁷ La LOI 3/2007 regula en el Capítulo III de su Título IV “los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad”, en el artículo 43 alguna otra medida de fomento de la igualdad, en el art. 64 planes de igualdad en el empleo público estatal, y finalmente modifica el Título III del ET a través de su Disp. Adic. 11ª.17/19.

²²⁸ La dimensión transversal de la igualdad se reconoce “como principio fundamental” de la LOI 3/2007, como se dice en su Exposición de Motivos, e “implica necesariamente una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad”. No puede existir, en consecuencia, ningún ámbito jurídico ni ningún sujeto ajeno al principio de igualdad -universalidad objetiva y subjetiva de la igualdad-.

²²⁹ Cabe recordar tanto la Directiva 2002/73/CE, como la más reciente Directiva 2006/54/CE que encomienda a los Estados que alienten a los interlocutores sociales a celebrar convenios que establezcan normas favorecedoras de la igualdad entre sexos, destacando, entre otros aspectos, la necesidad de incorporar en los mismos “reglamentaciones flexibles sobre la jornada laboral que permitan, tanto a hombres como a mujeres, una mejor conciliación de la vida laboral y familiar (Cdo. 11 de la Directiva 2006/54/Ce. En parecidos términos, v. Art. 21.2 de esta misma norma). Los convenios colectivos se erigen así en instrumentos privilegiados para hacer factible la aplicación de medidas favorecedoras de la igualdad (Art. 8 ter de la Directiva 2002/73/CE).

²³⁰ Carrasquer Oto, Pilar y Martín Artiles, Antonio, “La política de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva. Un aspecto de la estrategia europea de empleo”, *Cuadernos de Relaciones Laborales* 23, nº.

Colectiva vienen a reafirmar este propósito, recogiendo desde 2005 el relevante papel que está llamado a protagonizar el convenio colectivo como instrumento para el logro de la igualdad efectiva, haciendo expresa mención a la necesidad de ajustar la regulación del tiempo de trabajo a las exigencias impuestas por la conciliación entre vida personal, familiar y laboral. A tales efectos, se reitera la necesidad de que los convenios colectivos, mas allá de declaraciones genéricas, incorporen regulaciones que desarrollen y mejoren los contenidos legales sobre la materia, tratando de conciliar los intereses de las y los trabajadores y empresarios en los respectivos ámbitos de negociación. Concretamente el Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva para el periodo 2010-2012 firmado por UGT, CC.OO. CEOE y CEPYME en Madrid el pasado 9 de febrero de 2010, con objeto de orientar la negociación de los convenios colectivos durante la vigencia del mismo estableciendo criterios y orientaciones para acometer en los procesos de negociación colectiva, en su apartado 4 dedicado a la flexibilidad interna y reestructuraciones establece, entre otras recomendaciones a los agentes sociales, la siguiente:

“La gestión del tiempo de trabajo, la duración y redistribución de la jornada, su cómputo anual y su distribución flexible; la limitación de horas extraordinarias que no sean estrictamente necesarias, la utilización de sistemas flexibles de jornada, acompañada de los correspondientes procesos de negociación y de las condiciones para su realización, con el objetivo compartido de conciliar las necesidades de las empresas con las de los trabajadores y trabajadoras”.

Por otra parte, si bien hasta la LOI 3/2007 la regulación estatutaria de la jornada de trabajo adolecía, salvo algunas excepciones como el artículo 46.6 ET, de llamamientos a la negociación colectiva en materias de conciliación y, más en general, de igualdad entre mujeres y hombres, su entrada en vigor confiere a la negociación colectiva un papel nuclear para el logro de los objetivos previstos en su contexto, siendo el instrumento idóneo para la proyección de los mismos en las diversas organizaciones productivas, especialmente en materia de conciliación. De esta manera, por un lado, efectúa una alusión expresa al respecto a la hora de especificar alguno de los aspectos más importantes que deben integrarse en el contenido de los planes de igualdad; y por otro, traslada a la negociación colectiva la tarea de desarrollar y determinar las condiciones de ejercicio de los derechos de conciliación reconocidos en los arts. 37.4, 38.4 y 48 bis. ET.

Para Correa Carrasco “en el plano teórico es indiscutible la especial idoneidad de esta fuente del Derecho para el logro de los objetivos de la política del derecho pretendidos, siendo una vía privilegiada para la asunción por el mundo de las relaciones laborales, y especialmente, por los propios interlocutores sociales, de los nuevos referentes culturales que

1 (2005), pp.131-150. Este artículo recoge los primeros resultados de la investigación realizada por el QUIT: “El tiempo de trabajo en la negociación colectiva y sus efectos sociales” financiada por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (SEC 2001-2543) durante el trienio 2001-2004 cuyo objetivo era analizar la gobernabilidad de la conciliación en la negociación colectiva.

se van abriendo paso en la sociedad, especialmente, en lo que atañe al reparto de roles por género, supliendo, en este sentido, las eventuales insuficiencias al respecto de la regulación legal en la materia, que suelen adolecer de elevadas dosis de indefinición y ambigüedad. Por otra parte, la especial ductilidad de la norma convencional permite aquilatar el contenido de las reglas establecidas, propiciando su adaptación a las exigencias específicas de la realidad productiva en cada caso”²³¹.

b) Limitaciones de la negociación colectiva

Conde-Pumpido²³² sostiene que aunque el legislador encomienda a la negociación colectiva (muy singularmente por vía de remisión, aun cuando también de suplementariedad y de complementariedad) prácticamente todos los puntos esenciales para la erradicación de la discriminación directa e indirecta por razón de género, si no cumple con ese papel que nuestro sistema normativo le ha reservado puede seguir perpetuando situaciones de discriminación. En este sentido, no hay que olvidar la contradicción que supone el hecho de que los convenios colectivos han constituido una de las más notables fuentes de discriminación por razón de género en lugar de convertirse en instrumento eficaz de tutela antidiscriminatoria, algo que resulta paradigmático, puesto que si un Derecho se fundó sobre la idea de la búsqueda de la igualdad, ése fue el Derecho del Trabajo, lo que ocurre es que el “interés colectivo” a defender en la negociación colectiva sigue tomando como modelo al trabajador tipo -masculino- y sus valores e intereses, sin que la promoción y contratación de las mujeres, y la resolución de sus problemas cotidianos, relacionados con las cargas socio-familiares que primordialmente asumen, se hayan visto como objetivos prioritarios. Y en ello también influye el mínimo porcentaje de participación femenina en los bancos negociadores, pese al buen trabajo – destaca Conde-Pumpido- que las secretarías de la mujer de los diversos sindicatos llevan años haciendo, el cual no tiene con posterioridad su reflejo en el dialogo social.

Así, el estudio realizado por Teresa Pérez del Río²³³ clasifica las diferentes posibles actuaciones negociadoras en cuatro grupos generales:

-Convenios que discriminan directa o indirectamente por razón de género: desde clasificaciones profesionales sexistas (incluso en su denominación), a indemnizaciones por fin de contrato por matrimonio o paternidad/maternidad (que fomenta el alejamiento del trabajo mayoritariamente de las mujeres), tenemos un variadísimo elenco de discriminaciones.

-Convenios que simplemente ignoran la existencia de mujeres en su ámbito de aplicación, coadyuvando así al mantenimiento de la desigualdad entre mujeres y hombres.

²³¹ Correa Carrasco, Manuel, “Tiempo de trabajo e Igualdad de género: regulación legal y negociación colectiva”. *Cit.*

²³² Conde-Pumpido Tourón, M^a Teresa, “Los planes de igualdad. Erradicación de discriminaciones directas e indirectas en la negociación colectiva. Problemas de legitimación procesal y procedimental”, *Actum Social Enero*, Enero 2008.

²³³ Pérez del Río, Teresa, “Las discriminaciones indirectas en la negociación colectiva”, (presentado en las jornadas: Negociación colectiva e igualdad, Vigo, 2007).

-Convenios que, con propósitos pedagógicos, recuerdan la regulación legal de materias que afectan a la igualdad de la mujer y la prohibición de discriminación por razón de género. Tienen el valor de que muchos trabajadores conocen el convenio, aunque no conozcan la Ley, pero pueden ocasionar un efecto contrario cuando se perpetúan en sucesivos convenios normas ya superadas, o incluso se recogen defectuosamente las previsiones legales.

-Convenios que asumen el objetivo de terminar con la situación de discriminación mediante la adopción de medidas de acción positiva. Junto a ellos debemos dejar constancia de otros que avanzan en la senda de la igualdad, por diversos caminos, desde el uso general del lenguaje neutro, la ampliación de derechos en permisos o flexibilización del tiempo de trabajo, a las ayudas por guardería, por poner algunos ejemplos. Y no puede dejar de advertirse, finalmente, que muchos convenios combinan cláusulas antidiscriminatorias con otras discriminatorias.

Habiendo quedado de manifiesto la importancia del convenio colectivo como eficaz instrumento para la promoción del principio de igualdad y no discriminación, no hay que olvidar, insiste la autora, que una autonomía colectiva débil puede redundar en una menor tutela de los derechos.

Por otra parte, Correa Carrasco²³⁴ afirma que las limitaciones a las que se enfrenta la negociación colectiva, son inherentes a la propia dinámica negocial. Además de la poca predisposición que generalmente manifiestan los interlocutores sociales para asumir nuevos contenidos convencionales, hay que tener presente, por otro lado, que las políticas de conciliación han ocupado tradicionalmente un lugar secundario en la praxis negocial, lo que puede verificarse tanto en términos cuantitativos (numero de cláusulas relacionadas con la conciliación) como cualitativos (contenido de las mismas). Así, para este autor, las limitaciones obedecen a razones de diversa índole:

-En primer lugar, la insuficiente sensibilidad y formación sobre este tipo de materias por parte de los propios sujetos negociadores, a lo que no es ajeno el dato decisivo de la escasa presencia de mujeres que habitualmente se constata en la composición de los órganos de representación y de las mesas de negociación.

-El hecho de que en el contexto de un proceso negociador existe una clara preferencia por contrapartidas laborales más convencionales, como el salario o el mantenimiento del empleo, lo que siendo habitual en la dinámica negocial, se acentúa en coyunturas económicas tan difíciles como las actuales, en la que se convierten en objetivos prioritarios o, prácticamente, exclusivos.

-La percepción empresarial, mas o menos ajustada a la realidad, de que este tipo de medidas suponen costes añadidos y, como tales, difícilmente asumibles en las circunstancias

²³⁴ Correa Carrasco, Manuel, "Tiempo de trabajo e Igualdad de género: regulación legal y negociación colectiva". *Cit.*, p.211.

actuales, especialmente, por parte de las organizaciones productivas de mediana o pequeña dimensión, o que se caracterizan por su fuerte feminización.

-Razones de tipo estructural vinculadas al carácter rígido y poco novedoso de los sistemas de organización del trabajo, o a un uso abusivo de la subcontratación que, lógicamente, no propicia la existencia de un contexto favorable a que se produzcan avances en esta materia.

-Obstáculos de índole cultural, como unos horarios laborales vinculados a la tradicional división sexual del trabajo y el reparto de los roles establecidos (heredados de la época en que la mujer sólo trabajaba en casa) que, combinados con otros de carácter sociopolítico, como el escaso apoyo público al trabajo de atención a menores y personas dependientes (últimamente mitigado en parte por la Ley de Dependencia), tienen una notable incidencia negativa sobre las potencialidades de la negociación colectiva.

A la vez, como señalan Carrasquer Oto y Martín Artiles²³⁵ existe una cierta ambigüedad e indefinición que se detecta en las propias directrices europeas en relación con la orientación y los posibles contenidos de las medidas a favor de la conciliación, que también aparece en los actores locales en el momento de abordar la cuestión. En añadidura, los actores le dan significados diferentes, lo que incide tanto en los posibles contenidos de las medidas a negociar como en el escenario en el que plantear su discusión.

Por otra parte, también los propios agentes sociales ponen de manifiesto la dificultad para abordar sólo desde el ámbito del empleo algo que cultural y organizativamente sitúan fuera del mismo.

Asimismo hay que reconocer, como nos dice Julia Bermejo Derecho²³⁶ la existencia de otras limitaciones “extra-convencionales”, como es la propia inconcreción normativa que dificulta en buena medida su desarrollo o la falta de una mayor implicación de la responsabilidad social corporativa de las empresas.

²³⁵ Carrasquer Oto, Pilar y Martín Artiles, Antonio, “La política de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva. Un aspecto de la estrategia europea de empleo”. *Cit.*

²³⁶ Para Julia Bermejo Derecho, responsable del área laboral de la Asesoría Jurídica Confederal de la Unión Sindical Obrera, “la norma debería ser más concreta puesto que la actual legislación en materia de conciliación de la vida laboral y familiar deja un amplio número de cuestiones a la negociación entre la empresa y los trabajadores y no podemos olvidar que en este país existe un gran número de PYMES donde la posibilidad de negociar es muy reducida; como decíamos anteriormente, no es un problema de derechos sino de posibilidades reales de su ejercicio. Los convenios se están limitando a reproducir en su mayoría los mínimos de derecho necesario que se establecen en la legislación vigente, pero la casuística va más allá y existen muchos problemas concretos que todavía no tienen solución en el marco legal actual establecido. En este sentido considero que no son solamente los convenios colectivos el ámbito para abordar este tema sino que también se debe ampliar en el marco de la responsabilidad social corporativa de las empresas, las cuales deben tener planes internos reales de política de conciliación, puesto que, en numerosas ocasiones, se hace marketing de cara al exterior con este tema pero internamente no se hace nada en aplicación de estas políticas de conciliación. Las empresas deberían preocuparse por la obtención del Certificado de Empresa Familiarmente Responsable.” *Revista Actum Social* nº 34, diciembre 2009, p. 74.

5.2. Análisis de los discursos de los agentes sociales en torno a la conciliación

Como hemos visto en el apartado anterior, una de las limitaciones a la potencialidad de la negociación colectiva es la existencia de significados diferentes en torno al tema de la conciliación que se encuentran presentes en los discursos de los agentes sociales. Carrasquer Oto y Martín Artiles, han analizado estos discursos para dar respuesta a la pregunta de porqué aparecen imbricadas la conciliación de la vida laboral y familiar con las políticas de igualdad en la negociación colectiva²³⁷. Así, nos dicen, podemos ver cómo las organizaciones sindicales manejan dos tipos de discursos:

Por un lado, la conciliación es vista como condición para la igualdad entre géneros, puesto que para los sindicatos la prioridad está en la política de igualdad de oportunidades, en tanto que supone reivindicar la igualdad de trato y los derechos a ella asociados. De esta forma, considerar el tema de la conciliación dentro del capítulo de la igualdad puede contribuir a reinterpretar su significado, así la posibilidad de la primera es vista como condición para la segunda.

Por otro lado, la conciliación se entiende como una vía para mejorar la calidad de vida. Se trata de armonizar la vida laboral y personal, y no estrictamente con las exigencias derivadas del trabajo doméstico-familiar y lo que ello significa dada la actual división sexual del trabajo. En este caso los sindicatos se encuentran con que tienen que gestionar una diversidad de demandas que no están ligadas exclusivamente al trabajo doméstico-familiar, sino con la posibilidad de disponer tiempo para estudios u otras actividades de carácter personal que, por lo común, no entrarían en la categoría de “trabajo socialmente necesario” que caracteriza tanto el empleo como el trabajo doméstico-familiar. Esta demanda de conciliación refleja los cambios culturales de los trabajadores y de algunos colectivos de trabajadoras, como un mayor individualismo, diversidad de preferencias y situaciones personales.

Podemos añadir a lo aportado por estos autores que, a su vez, en el discurso sindical se ha hecho hincapié en la crisis del cuidado y al mismo tiempo en la precariedad laboral de las empleadas domésticas, así como de trabajadoras agrarias, cuyo trabajo no sólo está infravalorado sino que, como decimos, tanto las condiciones laborales como los salarios son muy deficientes²³⁸.

Por su parte, los discursos de las organizaciones empresariales a grandes rasgos serían:

²³⁷ Carrasquer Oto, Pilar y Martín Artiles, Antonio, “La política de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva. Un aspecto de la estrategia europea de empleo”. *Cit.*

²³⁸ Así lo afirma un estudio elaborado por UGT en 2003, *La inmigración y el mundo del trabajo: el servicio doméstico*, donde se subraya que el servicio doméstico es la estrategia más importante hoy en día para mejorar la conciliación de la vida familiar y laboral. Como se desprende del estudio, la mayoría de personas que trabajan en el sector del trabajo doméstico son mujeres inmigrantes y una gran parte de ellas pertenece a la economía sumergida por lo que no se benefician de derechos sociales.

De un lado, el discurso de la gestión individual de la conciliación como una herramienta para la gestión de los recursos humanos. La igualdad de oportunidades quedaría así en un segundo plano. Se tiende a gestionar el tema de la conciliación como un asunto individual, es decir, en el marco de una política de individualización de las relaciones laborales y fidelización de los recursos humanos. Esta perspectiva nace de la necesidad de las empresas de afrontar y solucionar una diversidad de situaciones personales de sus trabajadores-ras, en las que deben tomar en consideración las preferencias que manifiestan, con el propósito de introducir mejoras en su calidad de vida, especialmente entre empleos cualificados, técnicos o administrativos, y de salarios medios y altos. De este modo algunas empresas están dispuestas a ofrecer incentivos relacionados con una gestión flexible de la jornada laboral a cambio de fidelizar determinados segmentos de plantilla.

Por el contrario, en el discurso de la gestión colectiva de la conciliación a través de la negociación colectiva, aparece aquella más ligada a cuestiones como las mejoras en los permisos puntuales durante determinados periodos y a la reducción de jornada, ambas con respecto a lo propuesto por la propia normativa española de conciliación, tratándose de un abanico más reducido y básicamente de tipo cuantitativo.

5.3. Tendencias recientes en la regulación de la conciliación y el tiempo de trabajo por la negociación colectiva

En este apartado nos detendremos a analizar diferentes estudios realizados durante los últimos cuatro años en torno a la negociación colectiva y la introducción de avances en ésta en materia de los nuevos derechos de conciliación ligados a la capacidad de decisión sobre el tiempo de trabajo. Ello nos dará una visión general del “estado de la cuestión” sobre la eficacia real, o no, de la labor convencional en este sentido.

El estudio 2006-2008 sobre la negociación colectiva en España²³⁹, en el apartado dedicado a la conciliación y la jornada de trabajo, tratándose del tema que nos interesa, destaca algunos aspectos positivos²⁴⁰ en su desarrollo, aunque hay convenios colectivos que

²³⁹ Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, “La negociación colectiva en España, 2006, 2007, 2008”, NIPO - -078 9, 790.

²⁴⁰ En este sentido, menciona convenios colectivos sectoriales que, aunque reconocen la posibilidad de distribución irregular o la existencia de bolsas de horas a disposición de la empresa, fijan limitaciones, excluyendo, por ejemplo, a las personas que tengan responsabilidades familiares. Por lo que respecta a la distribución diaria de la jornada de trabajo, muestra cómo algunos contemplan la posibilidad de realizar una jornada continuada, durante todo el año o durante los meses de verano, al igual que son interesantes los convenios que imponen la jornada continuada para el trabajo a tiempo parcial, cláusulas que incluyen medidas de flexibilidad horaria, unas veces con carácter general y otras para quienes acrediten situaciones personales o familiares, bolsas individuales de tiempo a disposición de las y los trabajadores o preferencias para la elección de turnos en el caso de responsabilidades familiares, formulas de autogestión en régimen de trabajo a turnos o cláusulas que reconocen preferencia a la hora de elegir turno a aquellos-as con responsabilidades familiares. En el aspecto del régimen de descanso, existen convenios colectivos que apuestan por la fijeza o una mayor duración del descanso semanal, en cuanto al disfrute de las vacaciones resultan de interés las cláusulas que optan por otorgar preferencia en la elección de la fechas a quienes que tengan a su cargo personas dependientes o menores, y también las que permiten el retraso de las vacaciones cuando la persona se encuentre en situación de I.T. antes de la fecha pactada de inicio de su disfrute, o incluso la suspensión del periodo vacacional cuando durante su disfrute se inicia una I.T. A lo anterior se añaden numerosas previsiones

no han adaptado sus previsiones a las modificaciones introducidas por la LOI 3/2007, y la mayoría de las posibilidades que ésta abre aún están pendientes de ser desarrolladas por la negociación colectiva.

Pero lo que no parece ni mucho menos asegurado a la vista de los convenios negociados es la erradicación del sesgo de género dominante en la conciliación personal, familiar y laboral, con lo que bajo una retórica conciliatoria se podría perpetuar la tradicional asignación de roles familiares y sociales en virtud del género. Cuestión que sin duda requiere un cambio de cultura y de valores pero en la que se podría incidir a través de determinadas actuaciones en los planes de igualdad. De ahí la importancia, por ejemplo, de los convenios colectivos que contemplan la realización de campañas de sensibilización a las y los trabajadores en materia de reparto de responsabilidades familiares y domésticas, con mención particular en algún caso a la información dirigida al colectivo de hombres de sus derechos como padres para fomentar la utilización de los permisos parentales, y de aquellos otros que comprometen la realización de cursos específicos sobre igualdad de oportunidades y conciliación de la vida laboral y familiar.

Lousada Arochena nos advierte de que los llamamientos a la negociación colectiva en materia de conciliación y de igualdad entre mujeres y hombres contrastan con una trascendencia real que ha sido puesta en entredicho por toda la doctrina científica que ha analizado nuestra práctica negocial²⁴¹. Así, cita el estudio elaborado por Jaime Cabeza Pereiro²⁴² donde se pone de manifiesto lo siguiente:

-En cuanto a las cuestiones de jornada, horario y, en general, tiempo de trabajo, resulta que “(aunque) la negociación colectiva introduce contenidos diversos, y cláusulas de indudable interés para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (...) en términos generales no puede decirse que los convenios hayan tenido demasiado en cuenta, salvo raras excepciones, esta perspectiva”. De este modo, lo que hay son “cláusulas aisladas que incorporan buenas practicas y que pueden servir de modelos para su acogimiento en otras unidades de negociación”. Falta, en consecuencia, una perspectiva general a favor de la conciliación y de la corresponsabilidad que sirva como idea inspiradora de la regulación. De este modo “muchas de las reglas (...) no obedecen en su génesis a objetivos explícitos o implícitos de hacer más compatible el trabajo con las tareas extra-laborales de las personas (...) si bien como generan ciertas garantías tales como predeterminación del tiempo de trabajo, fijeza en los descansos semanales o mayor duración de los mismos, adaptación de las vacaciones a las preferencias individuales, o acumulación de los periodos de descanso, producen consecuencias positivas a

convencionales que mejoran o complementan el régimen legal de permisos y licencias sin sueldo, permisos para asuntos propios.

²⁴¹ Lousada Arochena, José Fernando, “El tiempo en las leyes con perspectiva de género”. *Cit.*

²⁴² Cabeza Pereiro, Jaime, “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras”, en *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, 1ª ed. (Madrid: Ministerio de trabajo y asuntos sociales, 2008).

la vez en la atención a la vida personal y familiar de trabajadores y trabajadoras”. Por ello se afirma que “una negociación colectiva más inclinada a conseguir dichos objetivos sin duda puede todavía perfeccionar estas herramientas”.

-También se llama la atención sobre la existencia de diferentes valoraciones según el ámbito negocial, concluyendo que, “sin perjuicio de que haya convenios de empresa con especial sensibilidad (...) las reglas de los sectoriales de ámbito estatal resultan comparativamente más ambiciosas e incisivas, en tanto que las de los de ámbito inferior –en particular los provinciales de sector- apenas prestan atención a la misma”.

-Se destaca la especial desidia de la negociación colectiva “en ámbitos con una presencia mayoritariamente masculina”, olvidando la finalidad de la corresponsabilidad que hace que sea importante que estas medidas de compatibilización aparecieran en los convenios de sectores con baja presencia femenina.

-En cuanto a los permisos, se alcanzan conclusiones parcialmente distintas. Y es que, aun apareciendo contenidos “sumamente interesantes” como, a los efectos de procurar la corresponsabilidad de los hombres en la atención a sus familiares, “la técnica de conceder permisos sólo para el cuidado de consanguíneos, no de afines (...) en la mayoría de los preceptos de los convenios hay un evidente sesgo sexista que consiste en atribuir a las mujeres las tareas de cuidado y se percibe de un modo muy particular en la regulación de las excedencias, pero también en las nuevas reglas sobre acumulación del derecho de lactancia, en las que raramente se concibe la posibilidad de que los trabajadores hombres sean los beneficiarios”.

El estudio realizado por Joaquín García Murcia²⁴³, se centra en el análisis de convenios de ámbito sectorial publicados entre el tramo final del año 2006 y el año de 2007, si bien nos advierte el autor de que conviene tener en cuenta que no siempre alcanzan total precisión en sus reglas, pues en muchos casos no tienen más objetivo que ofrecer un marco general para las empresas del sector, que quedan encargadas así de concretar, por vía de acuerdo o de reglamentación interna, las medidas oportunas en sus instalaciones y centros de trabajo; por otra parte, son convenios que deben mucho a las orientaciones y directrices marcadas desde finales de los años noventa por los sucesivos acuerdos interprofesionales. En el apartado que dedica a las conclusiones en torno al análisis de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar manifiesta lo siguiente:

Aunque existen algunos convenios colectivos que explícitamente contienen reglas dirigidas a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, hay que reconocer que no todos ellos son particularmente novedosos en este terreno, pues en más de un caso se limitan a integrar en ese apartado las reglas más tradicionales sobre maternidad o lactancia. Así por

²⁴³ García Murcia, Joaquín, “Nuevas cláusulas y nuevas tendencias en la negociación colectiva de sector”, *Derecho de los Negocios*, Nº. 206, Sección Relaciones laborales (Noviembre 2007), p. 51.

ejemplo el Convenio Colectivo Estatal para la Industria del Arroz, se refiere a esta problemática de manera literal (art. 22) y no hace más que compendiar y sistematizar todas aquellas reglas que pueden tener como punto en común el reconocimiento de derechos a favor de los trabajadores para atender el cuidado de hijos o familiares: lactancia, reducción de jornada o suspensión del contrato por maternidad o paternidad. En términos similares se pronuncia el Convenio Colectivo para Empresas de Servicios Ferroviarios, que tras una solemne declaración sobre el derecho a adaptar la jornada laboral con fines de conciliación, se centra prácticamente en la protección de la maternidad y la regulación de los derechos de lactancia (arts. 38 a 40). El Convenio Colectivo para el Ciclo de Comercio de Papel y Artes Gráficas reconoce el derecho a un “permiso especial no retribuido” a favor de las trabajadoras al finalizar la suspensión por maternidad (art. 40), que muy probablemente persigue también esos fines de conciliación de la vida laboral y familiar.

Este es un ejemplo claro de cómo la mayoría de los convenios sectoriales siguen entendiendo la conciliación como un asunto exclusivo de mujeres y de cómo además se limitan a reproducir los términos ya establecidos en la legislación general, algo que ya vimos en el apartado dedicado al análisis de los discursos de los agentes sociales. Consideramos que a tenor del estado de cosas debería implementarse la presencia de especialistas en género en el proceso de negociación colectiva. Al igual que ocurre con otras materias como la violencia de género, en la que se requiere un asesoramiento especializado en todos los niveles de actuación al respecto (policial, normativa, política, periodística, etc.), se hace imprescindible que la articulación de la perspectiva de género en los convenios colectivos se desarrolle eficazmente de la mano de expertos y expertas.

Por otro lado, Jesús Lahera Forteza y Juan Carlos García Quiñones²⁴⁴, sobre una amplia muestra de convenios colectivos vigentes, anteriores y posteriores a la LOI 3/2007 han analizado, desde un punto de vista fundamentalmente empírico, el tratamiento integrado del tiempo de trabajo y la conciliación, personal, familiar y laboral en el estado actual de la negociación colectiva, sobre todo a partir del impulso trascendente dado por el legislador con ocasión de la LOI 3/2007. En un primer apartado examinan el marco normativo de la conciliación tras dicha ley y a continuación, sobre una muestra amplia de convenios colectivos anteriores y posteriores a la fecha de entrada en vigor de la misma, estudian de manera individualizada el resultado que ofrecen los distintos convenios en las materias principales relacionadas con la conciliación.

Con respecto a la concreción de horario y jornada conforme a necesidades de conciliación laboral y familiar llegan a las siguientes conclusiones:

-El estado actual de la negociación colectiva, revela, con carácter general, un desarrollo muy limitado del mandato que especifica el artículo 34.8 del ET, introducido por la LOI 3/2007.

²⁴⁴ Lahera Forteza, Jesús y García Quiñones, Juan Carlos, *Tiempo de trabajo y conciliación familiar* (Albacete: Bomarzo, 2008).

-La conclusión anterior se constata, en primer lugar, por la manifiesta ausencia de cobertura convencional en materia de horario y jornada en atención a las necesidades de conciliación laboral y familiar, que presentan un gran número de convenios colectivos, tanto anteriores como posteriores a la fecha de entrada en vigor de la LOI 3/2007.

-En otros muchos convenios la regulación legal tan procelosa existente sobre la jornada de trabajo contrasta con un tratamiento convencional de la misma bastante limitado, bien por contener remisiones de orden general que poco o nada aportan sobre el régimen legal vigente, bien por articularse por referencia a materias puntuales sobre la base de necesidades de conciliación laboral y familiar; así, en relación con el permiso de lactancia, la reducción de jornada por guarda legal, excedencia especial sin sueldo o licencias sin retribución, reducción de jornada para la trabajadora víctima de la violencia de género o excedencia especial.

-En una dinámica más positiva, un número de convenios colectivos, si bien que minoritarios, disponen una regulación sensible con las necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral cuando excepcionan para los trabajadores con responsabilidades familiares las previsiones del propio convenio en materia de prolongación de jornada. Fórmula que debería tener una proyección mayor para compensar la amplia flexibilidad que recogen la práctica totalidad de los convenios colectivos en la regulación de la jornada de trabajo y, en general, del conjunto de instituciones vinculadas con el tiempo de trabajo.

-Siguiendo con esta misma dinámica positiva, la negociación colectiva está asumiendo relevancia en la regulación convencional de criterios de preferencia para la elección de turnos de trabajo, desde esa sensibilidad de integrar el tiempo de trabajo con las necesidades de conciliación personal y familiar.

-Sensibilidad que se proyecta también, con acierto, en numerosos convenios colectivos en relación con la elección de los turnos de vacaciones, a través de un elenco muy variado de fórmulas, significativamente, para hacer coincidir las vacaciones laborales con los periodos de vacaciones escolares.

-En la misma línea, resulta loable el tratamiento bastante generalizado que se viene haciendo en la negociación colectiva en otra materia concreta cual es la incorporación de los horarios flexibles mediante diversas fórmulas.

-No obstante, son muy pocos los convenios colectivos que hacen un verdadero tratamiento integrado del tiempo de trabajo con las necesidades de conciliación personal y familiar, porque son escasísimos los instrumentos convencionales que incorporan simultáneamente previsiones de conciliación, por ejemplo, en relación con esas tres materias específicas, en orden a la introducción de criterios de preferencia en la elección de turnos de trabajo, elección de turnos de vacaciones e incorporación de horarios flexibles, siendo lo más común que recojan alguna de esas tres materias, pero no las todas conjuntamente, o cualquier otra, con lo que se reduce mucho el bagaje final del convenio colectivo desde esa finalidad de conciliar la vida personal, familiar y laboral.

En resumen, para los autores, del examen efectuado se desprende que la negociación colectiva canaliza más y mejor la conciliación laboral y familiar a través de permisos retribuidos y no retribuidos por razones personales -sobre el mínimo legal-, que mediante una buena distribución y regulación de las jornadas y horarios conforme a las necesidades familiares y personales. En consecuencia, esta opción puede estar cargando costes económicos de conciliación a la empresa, que tiene que pagar días y horas no trabajadas conforme a convenio, y puede estar originando un alto grado de absentismo por razones familiares, si se suman los días de permiso y los días de baja o de mera inasistencia al trabajo que encubren respuestas a la atención familiar. Es una opción que, además, motiva las reducciones de jornada por cuidado de hijo o familiar frente a jornadas completas adaptadas a las necesidades personales. Por el contrario, una buena adaptación convencional de los horarios a las circunstancias familiares lograría mejorar la conciliación laboral y familiar y corregir el absentismo en las empresas. El sistema de permisos y reducciones de jornada es un buen complemento para el objetivo de la conciliación familiar pero no la solución al problema que está en una buena y flexible organización del tiempo de trabajo conforme a las necesidades personales de los trabajadores. Se debe reflexionar políticamente sobre cómo incentivar la racionalización de horarios y la adaptación de las jornadas a las circunstancias familiares mediante la negociación colectiva con el triple objetivo de mejorar la conciliación laboral y familiar, de luchar contra el absentismo y de reducir costes a las empresas.

Por su parte, Correa Carrasco²⁴⁵ ha hecho un análisis de los convenios colectivos en lo que se refiere a las fórmulas de distribución flexible del tiempo de trabajo en favor de las y los trabajadores destacando, en primer lugar, que el marco legal en materia de distribución del tiempo de trabajo contemplado en los arts. 34 y ss ET tiene margen de actuación suficiente para adoptar fórmulas de flexibilidad que se ajusten a los respectivos intereses de las y los trabajadores y empresarios. Pese a ello, en la práctica convencional, ha resultado preferente el interés empresarial, al que se dirigen la mayoría de las medidas de gestión flexible del tiempo de trabajo, mientras que el interés por esta materia en la representación colectiva de los trabajadores ha sido menor. Así ocurre en determinados sectores, como el comercio o la hostelería, que se caracterizan por contar con una fuerte presencia femenina.

A ello hay que añadir la falta de mecanismos específicos de control, administrativos o sindicales, para afrontar la eventual existencia de prácticas de gestión irregular de la jornada, de forma que la desregulación del tiempo de trabajo responde a justificaciones de índole económica u organizativa -la flexibilización interna de la empresa- y se ha utilizado incluso como moneda de cambio para evitar deslocalizaciones o externalizaciones de la actividad productiva.

²⁴⁵ Correa Carrasco, Manuel, "Tiempo de trabajo e Igualdad de género: regulación legal y negociación colectiva". *Cit.*, pp. 215-216.

La LOI 3/2007 reconoce de forma novedosa, y no exenta de controversia, el derecho del trabajador a la gestión flexible del tiempo de trabajo, tratando así de compensar ese carácter unilateral en la gestión del tiempo hasta ahora residenciada en el empresario (art. 34.8 ET). Una vez efectuado este reconocimiento, sin embargo, la ley remite a la negociación colectiva o al acuerdo de empresa la determinación de las condiciones de su ejercicio, estableciendo la participación subsidiaria de la autonomía individual a tales efectos. Como hemos tenido oportunidad de comprobar, el problema se plantea cuando no existe regulación convencional ni fructifica el acuerdo individual, lo que puede llegar a poner en cuestión la efectividad práctica del derecho reconocido. A tales efectos, en la *praxis* convencional pueden contemplarse algunas experiencias de interés en materia de distribución flexible del tiempo de trabajo en beneficio de las y los trabajadores. Así, la relativa a la creación de créditos de horas de libre disposición por parte del trabajador, es decir, los denominados habitualmente “fondos individuales de permisos” o “bolsas de tiempo disponible”. En cuanto a la gestión de estos recursos, suele preverse que tendrán como finalidad satisfacer necesidades de carácter personal, sin que por tanto, deba existir una vinculación directa y específica con las causas habitualmente relacionadas con la vida familiar (p.ej. convenio CC Lear Corporation Asientos, CC Químicas).

Además de estos mecanismos más estandarizados, es posible hallar en la negociación colectiva un buen número de medidas dirigidas a favorecer las exigencias de conciliación entre vida laboral y personal. Entre las más habituales, destaca aparte de los cambios de jornada por motivos personales (CC LIPASAM; CC GRUPO HC ENERGIA ART. 52), la posibilidad de modificar horarios de trabajo que, en general, aparece supeditada a la concurrencia de alguno de los supuestos contemplados (no estrictamente vinculados a necesidades familiares) y a la necesidad de observar un determinado procedimiento a tal efecto.

Por otra parte, en algunos convenios las medidas de flexibilidad sólo aparecen contempladas para situaciones específicas, como familias monoparentales, (CC ICEX; CC Sociedad de Salvament y Seguridad Marítima), o trabajadores con hijos menores, siempre y cuando, claro está, ejerzan la tutela directa de los mismos (CC Michelin art. 135), exigiéndose en ocasiones, que estén a su exclusivo cargo (CC Grupo HC Energía art. 102).

Finalmente, existen regulaciones convencionales donde no se contemplan previsiones tan específicas, sino únicamente la posibilidad de que, mediante una gestión individualizada, se sometan a valoración las solicitudes de flexibilidad horaria de las y los trabajadores, configurándose así el disfrute como excepcional y supeditado a la decisión discrecional de la dirección de la empresa.

También suelen implementarse, según ha estudiado el autor, como medidas de adaptación de la jornada a las exigencias personales aquéllas que, concebidas en empresas con régimen de trabajo a turnos, consisten en otorgar prioridad para la elección de los mismos a los trabajadores que acrediten determinadas circunstancias de índole familiar. Se articulan

así, por ejemplo, los casos de personas con menores o discapacitados a su exclusivo cargo (CC QUIMICAS), mujeres embarazadas o en periodo de lactancia (CC QUIMICAS), trabajadores con hijos menores que precisen adaptar su horario al horario de guardería (CC Grupo Vips DA 8ª, CC Aldeasa art. 42). En la medida en que tales circunstancias pueden ser sobrevenidas a la adjudicación de turnos, lo que se concede en estos casos es un derecho a la permuta de turnos. También se contemplan otras posibilidades como excluir a los trabajadores con responsabilidades familiares del sistema de trabajo rotatorio en festivos y fines de semana (por ejemplo, en el caso de madres con hijos menores de tres años (CC Aldeasa art. 42)), o conceder prioridad a los mismos para acceder a un sistema de jornada continuada, derecho que suele aparecer supeditado a las exigencias organizativas y a las características del puesto de trabajo desempeñado. (CC Aldeasa art. 42).

5.4. ¿Conciliación? Sí, pero no para todos y todas...

Como hemos visto en el apartado anterior, no puede decirse que el diseño de la colaboración internormativa entre ley y convenio en materia de conciliación haya arrojado hasta el momento resultados satisfactorios.

Según expresa Correa Carrasco²⁴⁶ no se ha superado la tradicional desatención de que ha sido objeto esta materia en los contenidos convencionales. No obstante, más allá de su tradicional vinculación al interés empresarial, puede apreciarse en ciertas regulaciones convencionales, la mayoría de las ocasiones en las grandes empresas, un cambio de tendencia en la concepción de la flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo que empieza a tener en cuenta las necesidades de conciliación entre vida y trabajo planteadas por las y los trabajadores. Sin embargo, en gran parte de los casos, estas iniciativas no se conciben para su aplicación generalizada a la totalidad de las plantillas, sino como una forma de estrategia empresarial dirigida más bien a retener el talento y motivar a determinados grupos de trabajadores, lo que explicaría la imposición de una gestión individualizada en la aplicación de las medidas establecidas.

En este sentido, podemos observar cómo la conclusión del estudio de Correa Carrasco nos conduce principalmente al discurso empresarial en materia de conciliación -que ya comentábamos anteriormente- visto como herramienta de gestión individual, la cual no resulta aplicable a la totalidad de las y los trabajadores sino a determinados colectivos.

Ello confirma algunas de las hipótesis barajadas por Carrasquer Oto y Martín Artiles²⁴⁷ en cuanto a que las cualificaciones altas, así como los altos niveles jerárquicos, podrían constituir los colectivos que más se estarían beneficiando de las políticas de conciliación entre la vida laboral y familiar. Estos colectivos estarían amparados por cláusulas relacionadas con

²⁴⁶ Ibid. p.224.

²⁴⁷ Carrasquer Oto, Pilar y Martín Artiles, Antonio, "La política de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva. Un aspecto de la estrategia europea de empleo". *Cit.*

cierta autonomía para adoptar horarios flexibles de trabajo, *flexitime*. También podrían contar con ciertos servicios para acomodar la demanda de prestaciones familiares o con posibilidades de gestión del tiempo de la jornada laboral que amplíe la discrecionalidad en los usos del tiempo extra-laboral, etc. Posiblemente una diferencia fundamental de este colectivo es que esa capacidad de decisión para un uso más flexible del tiempo de trabajo pueda plasmarse de forma individual. Dicho de otro modo, la conciliación estaría inscrita en acuerdos individuales, a veces informales, basados en relaciones de confianza entre los niveles de decisión. Por ello, según los autores, esta política de gestión de recursos humanos se asemeja más a prácticas empresariales para fidelizar y cooptar al personal cualificado que propiamente a una política de conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. De este modo las empresas tienden a “dualizar” la gestión de la conciliación, lo que se traduce en una dualización de las propias plantillas: la distinción en el trato de la mano de obra auxiliar (administrativa, técnica) o directamente productiva es ilustrativa de esta tendencia.

Por otra parte, en las cualificaciones y niveles jerárquicos más bajos, la capacidad de decisión está más bien sujeta a procesos colectivos y registrados en el convenio colectivo o en acuerdos de empresa. Para este colectivo las políticas de conciliación y las medidas que las desarrollarían están más limitadas y se referirían, en todo caso, a cláusulas relativas a la jornada laboral continua, a las posibilidades de combinar el trabajo a turnos o a los permisos regulados. Además, ese conjunto de posibilidades estaría sujeto a otros factores como la reorganización del tiempo de trabajo en función de la actividad productiva u otro tipo de restricciones empresariales y organizativas²⁴⁸.

Como vemos, estas “soluciones privadas”, que las escuelas de negocios han introducido bajo el lema de *family friendly* y que han promovido el interés por la conciliación en el ámbito empresarial, tienden a seguir manteniendo desigualdades estructurales no sólo relativas al género, sino también a la clase social o a la nacionalidad.

Todo ello nos lleva a confirmar la afirmación de Elin Peterson²⁴⁹ sobre cómo la categoría de “género”, así como el propio debate sobre la conciliación, se construyen discursivamente e involucran procesos de exclusión y visiones esencialistas de la categoría “mujeres” que no permiten ampliar el sujeto de la conciliación más allá de ciertos grupos de trabajadoras, comprobándose de esta forma cómo las relaciones de poder se constituyen también en los discursos de las “políticas de igualdad de género”.

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ Peterson, Elin, “Entre Trabajadoras, Cuidadoras y Empleadas Domésticas”. *Cit.*

CAPÍTULO IV: REFLEXIONES FINALES

Podemos afirmar que la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por unas u otras razones, ya se trate de la promoción de la igualdad de oportunidades entre géneros, de las políticas de empleo o del favorecimiento de la natalidad, está llamada a ser uno de los grandes temas de debate de este siglo. No obstante, su importancia tendrá que venir de la mano del abandono de su concepción tradicional ligada exclusivamente al género femenino por vía de la corresponsabilidad, del desarrollo de su ámbito de actuación a los aspectos de la vida personal y la adaptación de las jornadas laborales, así como finalmente de su configuración jurídica como un verdadero derecho fundamental en el máximo nivel del ordenamiento, esto es, la Constitución de manera que pueda hacerse efectivo.

Ciertamente la ubicación de la conciliación junto a la igualdad de oportunidades -en el contexto europeo de mejora de los niveles de empleo de las mujeres-, ha favorecido hasta el momento una lectura de ésta ligada principalmente a una especificidad del empleo femenino, lo que paradójicamente ha constituido uno de los mayores obstáculos en la evolución de la igualdad de oportunidades, al no tener en cuenta ni su verdadera naturaleza, ni los propósitos últimos a los que responde, ni su relación con otros derechos de carácter fundamental, de forma que la idea originaria de compartir trabajo y vida ha pasado a convertirse en esa idea de “conciliación” de efectos limitados y obligacionales para el género femenino. Las políticas de igualdad de oportunidades se han articulado desde Europa de la mano de políticas activas de empleo que pretendían reducir el desempleo en el colectivo femenino e incrementar las tasas de actividad, así como las cotizaciones sociales. A su vez, tomaban como horizonte las necesidades de un mercado de trabajo que cada vez exige una mayor flexibilidad. Todo ello es lo que ha ubicado a la conciliación en este contexto generando una tipología específica de empleo femenino que pueda seguir compatibilizando trabajo “remunerado” con el doméstico y de cuidado, trabajo que mayoritariamente viene realizando la mujer, y que no sólo no potencia la igualdad de oportunidades en el mercado laboral, sino que actúa como freno a su realización efectiva.

Hemos visto cómo el principio de igualdad y no discriminación se ha ido desarrollando normativa y jurisprudencialmente en la Unión Europea hasta convertirse en un derecho fundamental, que ha tenido un reflejo desigual en el ordenamiento jurídico español. Por un lado, la Constitución adolece de una verdadera perspectiva de género al inspirarse en una concepción liberal de la igualdad, lo que a la postre es uno de los mayores impedimentos para el desarrollo material de los derechos relacionados con la misma. Así, nuestra normativa interna, hasta la LOI 3/2007, ha ido evolucionando a impulsos de la comunitaria, pero siempre de forma tardía y un tanto descaminada toda vez que no ha interpretado correctamente el verdadero espíritu que guiaba a aquélla. Desde la perspectiva que da el tiempo resulta que la

regulación de los derechos de conciliación por nuestro ordenamiento, lejos de responder a sus verdaderos objetivos, han insistido en los modelos tradicionales de división sexual del trabajo sin promover verdaderos cambios estructurales.

La LOI 3/2007 introduce un cambio de tendencia²⁵⁰ que sustancialmente se cifra en la apuesta por una corresponsabilidad más efectiva, con la introducción del permiso de paternidad personal e intransferible, mientras que a la vez regula otros derechos de conciliación que se apartan de las necesidades meramente familiares y pretenden ampliar su campo de actuación para toda la ciudadanía, sustancialmente el art. 34.8 ET en su actual redacción. Esta nueva estrategia de cambios estructurales, que ahora se acompaña de otra serie de medidas de igualdad de oportunidades y acciones positivas, responde a la necesidad de una respuesta efectiva frente a los cambios sociales que se han venido produciendo a lo largo de los últimos decenios.

La incorporación progresiva de la mujer al mercado de trabajo “formal y remunerado” se ha producido sin tener resuelto el problema del reparto de las tareas domésticas y de cuidado, siendo ésta una de las principales reivindicaciones feministas que ya en los setenta demandaban la necesidad de compartir trabajo y vida. De este modo se afianza la división sexual del trabajo de acuerdo con un modelo masculino de sustentador principal y un modelo femenino encargado de seguir sosteniendo las necesidades familiares, domésticas y de cuidado, a la vez que se incorpora al mercado de trabajo desarrollando lo que se conoce como la “doble jornada”, que pone de manifiesto en definitiva que el tratamiento y el uso del tiempo es claramente discriminatorio entre ambos géneros. Así que, si bien durante las últimas décadas los derechos de las mujeres se han formalizado, este modelo de división sexual del trabajo impide su materialización y eficacia.

Surge así la necesidad, que constituye otra de las reivindicaciones feministas desde el sector jurídico, de reformular el pacto social con una perspectiva de género, y ello, al igual que ya se hizo en su día con el Estado de Bienestar, debería llevarse a cabo en un triple sentido: económico, mediante la valorización del trabajo doméstico; político, asumiendo la necesidad universal de cuidado como un derecho de todos y todas y que debería por tanto facilitar el Estado del Bienestar sin que recaiga, como hasta ahora, sobre las mujeres; y por último en un sentido social, a través de la corresponsabilidad que lleve a compartir trabajo y vida en condiciones de igualdad, y para lo cual la conciliación se revela como una herramienta jurídica fundamental.

Sin embargo, si examinamos los discursos que inspiran y construyen buena parte de las políticas, y la normativa que las desarrolla, apreciamos que existe una voz hegemónica que continúa entendiendo la cuestión como un problema que atañe en exclusiva a la mujer, y cuya

²⁵⁰ Ya en la Hoja de Ruta sobre Igualdad de Género para la Comunidad Europea 2006-2010 se recoge la necesidad de contemplar la conciliación como una de las acciones prioritarias que, entre sus objetivos, plantea la necesidad de conseguir la igualdad en compartir las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres en la U.E, estableciendo igualmente medidas de flexibilidad de la relación laboral que coadyuven en la tarea.

solución vendría por la facilitación de su capacidad para compatibilizar trabajo doméstico y de cuidado con trabajo laboral. De esta forma las políticas de conciliación, siguiendo tal discurso, no sólo han perpetuado los modelos tradicionales de la división sexual del trabajo y gestión del uso del tiempo a los que hemos hecho referencia, sino que a su vez provocan nuevas desigualdades.

Así ha ocurrido con la tendencia creciente a la externalización privada del cuidado, lo que por un lado, resquebraja la conciliación en aquellos sectores de la población con capacidad económica para sufragarla, y por otro, perpetúa la asunción de tales tareas de forma exclusiva por las mujeres, si bien en este caso son las inmigrantes de pocos recursos las que en gran medida vienen ocupándose de ellas en las últimas décadas, con el agravante de que sus condiciones laborales son precarias. En la misma línea se observa una propensión, sobre todo en las grandes empresas, a entender la conciliación como una herramienta de gestión de los recursos humanos que acaba jerarquizando a las y los trabajadores, por ejemplo al configurarse como un método de fidelización de las y los más cualificados frente a los menos cualificados.

Otro de los factores que distorsionan la aplicación de estos derechos, desde el punto de vista de los discursos, es su consideración como una amenaza para el poder de organización del empresariado, al que por el contrario se ha venido dotando de una creciente flexibilidad y autonomía, desde las reformas de 1994, en la gestión del tiempo de trabajo de las y los trabajadores como uno más de los recursos puestos a su disposición para desarrollar la actividad productiva. Esto a su vez es incardinable en un contexto de degradación o minusvaloración del Derecho del Trabajo, al que pretende convertirse en un derecho de mínimos frente a la cada vez más amplia autonomía negocial; lo cual, en una realidad laboral como la de las sociedades occidentales actuales, marcada por la descentralización productiva, precariedad en las condiciones laborales, preponderancia de la temporalidad, etc., convierte la capacidad negociadora de una de las partes en algo meramente virtual. A ello debemos añadir la moderna configuración ideológica del contrato de trabajo como un negocio jurídico despersonalizado en el que a cambio de un salario se entrega un “producto” denominado “fuerza de trabajo”, de tal modo que para una de las partes, en el amplio contexto de la empresa, no existe responsabilidad alguna en torno al ser humano titular de esa fuerza de trabajo.

De todo ello se desprende la necesidad de configurar la conciliación como un verdadero derecho al más alto nivel. En nuestro ordenamiento se ha producido en cierto modo a través de la importante sentencia constitucional 3/2007, que ha afirmado la dimensión constitucional de los derechos de conciliación con fundamento en su vinculación con el principio de igualdad y no discriminación y, de una forma más atenuada, con la protección de la familia. Pese al loable intento, que sin duda alguna tendrá su repercusión positiva en la aplicación práctica de estos derechos por los tribunales, se revela insuficiente. La entrada en vigor de la LOI 3/2007 ha

puesto sobre la mesa el concepto de vida personal, que suscita la necesidad de que esta doctrina constitucional se refuerce para amparar a todas las personas mediante una técnica jurídica que se apunta en el fallo aludido pero 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 Tribunal Constitucional hace una escueta mención a la dignidad en su sentencia, poniéndola también en conexión con la conciliación, y en este sentido es claro que todos aquéllos en los que el principio se proyecta son igualmente parte de los derechos de conciliación: la aludida protección de la familia, la igualdad y no discriminación, la salud, la educación, la cultura, el desarrollo en general de la personalidad, y finalmente, la tutela judicial efectiva en la que se busque el amparo de cualquiera de ellos. Surge así de una manera natural la concepción de los derechos de conciliación como un nuevo derecho fundamental que supondría una efectiva garantía frente a la actual desigualdad entre géneros. Este derecho trascendería la exclusiva protección de la mujer y se convertiría en un derecho autónomo de las y los trabajadores relacionado con aspectos sustanciales de su existencia. El reforzamiento de la doctrina constitucional que proponemos sería un paso importante en el camino de su consolidación como derecho fundamental, tal como ha ocurrido en la Unión Europea 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 derechos de conciliación se ejercen con ocasión de una relación laboral en la que entra en liza el poder de organización del empresariado incardinable a su vez en el derecho constitucional a la libertad de empresa. Pues bien, la consideración de los derechos de conciliación en todo su alcance como conjunto, a su vez, de derechos constitucionales inspirados por el principio de la dignidad humana, supondría que las limitaciones a que se vieses 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. En el momento presente, la exclusiva vinculación de los derechos de conciliación con la igualdad y la protección de la familia deja desprotegidos a otros colectivos que no encajan en esos parámetros, no recoge la vida personal como criterio relevante de cara a la conciliación introducido por la LOI 3/2007 y, más aun, supone que en el supuesto del ejercicio por los hombres resulte dificultoso acogerse a esa tutela antidiscriminatoria, que en su caso sólo podría ser apreciada por vía indirecta. A ello debemos añadir que en la práctica judicial, avalada por cierta doctrina científica, la capacidad organizativa del empresariado aparece como

un principio poco menos que intangible a la manera en que se configuró en el siglo XIX, lo que se traduce en ocasiones en unas exigencias probatorias para las y los trabajadores solicitantes de una medida de conciliación que sitúan este derecho en la estricta legalidad ordinaria y obvian su faceta constitucional.

Consideramos que la introducción de la conciliación de la vida personal y laboral por el legislador ha pretendido extender a toda la ciudadanía social un derecho específico en las relaciones laborales que dota de capacidad de actuación a las y los trabajadores en la modulación de su jornada de trabajo, siempre, claro está, en aquellos casos en que tanto por necesidades personales como familiares lo necesiten. Ello en una línea transformadora acorde con la necesidad creciente de ser dueños de nuestro tiempo de vida en un mercado laboral cada vez más exigente en cuanto a sus requerimientos de flexibilización, a la vez que se hace eco de las demandas feministas que reclaman la necesidad de desligar el ejercicio de la conciliación de las meras necesidades de cuidado. En nuestra opinión, la frontera entre la vida personal y familiar resulta cada vez más difusa. No es difícil imaginar ejemplos en los que una misma solicitud podría responder a unas necesidades u otras, o a todas, amén de que debemos insistir en que muchas situaciones no serían incardinables en los requisitos de la limitada tutela antidiscriminatoria y familiar. No obstante, parte de la doctrina científica ha analizado este concepto descontextualizándolo de la realidad social a la que responde, de tal forma que se le exige un plus de relevancia probatoria frente a una mayor discrecionalidad por parte empresarial, e incluso, si se la compara con la misma solicitud pero relacionada con la atención a un menor. Este argumento resulta inquietante en la medida en que, de sostenerse, puede construir derechos de conciliación de primer y segundo nivel, es decir, que aun reconociendo la virtualidad de la vida personal introducida por la LOI 3/2007, quien se ampare en ésta para ejercitar un derecho de conciliación, tendría muchas menos posibilidades de llevarlo a efecto que quien lo hiciese con base en la atención familiar. Vemos, una vez más, cómo la regulación de los derechos de conciliación puede resultar generadora de nuevas desigualdades.

En nuestro ordenamiento jurídico el cauce para llevar a efecto la conciliación de la vida personal introducida en el art. 44 de la LOI 3/2007, es la reforma llevada a cabo por dicho texto legal en el art. 34.8 del ET, que supone el derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada sin necesidad de reducirla, derecho que, al contrario que los regulados en el art. 37.5 y 6 ET, no aparece ligado a ningún cuidado o atención familiar. Podemos sin embargo aventurar la limitada efectividad que ostentará una vez que las y los trabajadores lo lleven a la práctica, máxime si tenemos en cuenta las recientes resoluciones judiciales del Tribunal Supremo que se han dictado en supuestos en los que, aun sin estar vigente, y amparándose en las necesidades de cuidado que recoge el art. 37.5 y 6 ET, las trabajadoras solicitaban una mejor adaptación de su jornada sin reducción de la misma.

Como hemos analizado en el capítulo tres, el ejercicio de los derechos relacionados con el art. 37.5 y 6 ET en aquellos casos en los que las y los trabajadores pretendían, amparados en dichos preceptos y solicitando una interpretación extensiva de los mismos, modificar su jornada laboral de forma que supusiese una adaptación que, o bien no implicaba su reducción, o bien conllevaba una distribución diferente a la establecida, fue recabando una disparidad de criterios en los tribunales que finalmente fue zanjada por el Tribunal Supremo en las sentencias de 13 y 18 de junio de 2008 en unos términos que resultan significativos acerca de la posición de determinados operadores jurídicos frente a la implantación de estos nuevos derechos en las relaciones laborales. El Alto Tribunal deniega dichas solicitudes con fundamentos tales como que implicarían dejar a la libre voluntad del trabajador-ra el horario laboral, así como que supondrían ir mas allá de lo que el legislador dispone, lo cual no sería función del Tribunal Supremo, llegando incluso a adelantar un criterio sobre el art. 34.8 ET -que no era aplicable al caso por no hallarse vigente en los supuestos concretos-, precepto al que califica de “mera expectativa”. Estos fallos, que han sido fuertemente criticados por la mayoría de la doctrina científica, vienen a cercenar, antes de que realmente se desarrolle, el nuevo derecho de conciliación recogido en la LOI 3/2007. Y lo hacen sin elaborar una verdadera argumentación que analice en profundidad tales derechos; por el contrario recurren al expediente de cuestionar su propia función como intérprete de la ley –en su doble vertiente de defensor del ordenamiento jurídico y de los intereses de las partes- al considerar que en ningún caso podrían extenderla mas allá de lo que literalmente recoge; y por otro lado reinterpretan asimismo la función del Tribunal Constitucional como intérprete de la norma suprema, puesto que consideran que la doctrina de la STC 3/2007 no sería aplicable en atención al concreto supuesto de hecho del que partía. En definitiva, eluden la dimensión constitucional de los derechos de conciliación, con las consiguientes técnicas de ponderación que habrían sido aplicables, tratándolos como una cuestión de mera legalidad ordinaria cuyo sentido fijan en una lectura que veda, en principio, el ejercicio de los derechos de conciliación en los supuestos no recogidos literalmente en los arts. 37.5 y 6 ET y, a su vez, en el 34.8 ET. Esta doctrina, ya reiterada, resulta de inmediata aplicación para todos los juzgados y tribunales y es de esperar que se acojan a ella sin mayores consideraciones.

Sin embargo, hemos visto que, analizado en extenso el art. 34.8 ET por la doctrina científica, y pese a la diversidad de puntos de vista en torno al mismo, podemos llegar a la conclusión de que éste posee plena eficacia normativa. Se trata de un derecho que conlleva la exigencia de al menos un contenido mínimo, y no de una expectativa abierta a la posibilidad de ser reconocida en convenio colectivo o contrato individual, con independencia de que estos instrumentos concreten su ejercicio. Este derecho puede abarcar cualquier necesidad de conciliación, tanto personal como familiar, que no esté comprendida en otros preceptos del ET. Tanto la adaptación como la concreción horaria corresponderán al trabajador-ra y la empresa podrá denegar su ejercicio acreditando una imposibilidad manifiesta, si bien, en buena lógica,

habrán de confrontarse los derechos en juego del trabajador-ra con las necesidades organizativas de la empresa. Y para ello deberá tenerse en cuenta la dimensión constitucional de los derechos de conciliación y todo lo que ello implica en cuanto a la ponderación entre ambos, carga de la prueba, etc.

En el cauce procesal para llevarlo a efecto, por otra parte, nos encontramos con una más de las resistencias que en la práctica dificultan sobremanera el ejercicio de los derechos de conciliación. Las recientes reformas procesales, unidas a las que introdujo la propia LOI 3/2007, establecen una vía procedimental específica para reclamar los derechos de conciliación ante los tribunales, la del 138 bis LPL. Esta particularidad procesal, como tantas otras, surge con el propósito de tutelar determinadas necesidades que entran en juego al plantear el ejercicio del derecho, esto es, la rapidez con que debe darse curso a la demanda y tramitarse el proceso, puesto que de lo contrario podría causarse un grave perjuicio para la propia finalidad del mismo. Sin embargo el art. 138 bis LPL aludido señala que la sentencia que se dicte en tales casos será firme, imposibilitando por lo tanto no sólo su revisión en un tribunal superior, sino la generación de un cuerpo de doctrina jurisprudencial uniforme que ayude a fijar y reforzar el contenido de estos derechos.

No obstante, debemos volver a su dimensión constitucional y tener en cuenta los derechos fundamentales implicados en su ejercicio. La LPL prevé en el art. 181 que el proceso de amparo laboral es ejercitable cuando se demande frente a la vulneración de cualquier derecho fundamental. El art. 182 LPL, por el contrario, remite los casos de derechos de conciliación al específico cauce del 138 bis LPL. Consideramos que la manera de resolver esta aparente contradicción viene de la mano de la propia jurisprudencia tanto Constitucional como del Supremo que se ha dictado en casos en los que, pese a interponerse una demanda por el cauce procesal específico del art. 182 LPL, se alegaba que todas las garantías procesales de los derechos fundamentales debían serles igualmente aplicables. Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo declararon que, mas allá de la existencia de estos procesos especiales, dichas garantías debían ser de aplicación cuando se tratase de demandas en defensa de derechos fundamentales. Por lo tanto consideramos que los derechos de conciliación se encuentran en todo caso amparados en su ejercicio jurisdiccional por la posibilidad de que la sentencia se recurra en suplicación y, llegado el caso, en casación. Para ello, es necesario motivar adecuadamente la vulneración de los derechos fundamentales sufrida, tanto en el no reconocimiento inicial del derecho como en la imposición por la empresa de una determinada distribución horaria que suponga a la postre el mismo resultado. El 138 bis LPL quedaría de este modo, y en espera de un pronunciamiento sobre la constitucionalidad del 182 LPL a la que el propio Supremo alude, únicamente para los casos en que se produzca una discrepancia entre solicitante y empresa en torno a la concreción horaria y en la que no exista afectación de derechos fundamentales.

Esta posibilidad que defendemos permitiría a su vez que la jurisprudencia llevase a cabo el reforzamiento como derecho fundamental de los derechos de conciliación, que estimamos imprescindible para superar la brecha existente actualmente entre su reconocimiento formal y su efectividad material. De no ser así, la única posibilidad que quedaría para las y los trabajadores sería la de interponer un recurso de amparo constitucional por vulneración de la tutela judicial efectiva en relación con la denegación de alguna de esas garantías procesales, con la dificultad añadida que ha introducido la reforma de 2007 al exigir que el asunto sometido a amparo tenga “transcendencia constitucional”, de tal forma que sea posible elaborar una doctrina objetiva interpretativa de la que obtener una mejor delimitación de un concreto derecho fundamental.

Otra de las consecuencias positivas que suscitaría ese reconocimiento al máximo nivel de la naturaleza de los derechos de conciliación se materializaría en su articulación y desarrollo a través de la negociación colectiva. Como hemos visto en el último apartado del capítulo tercero, si bien a un nivel teórico la negociación colectiva es el instrumento idóneo para desarrollar el ejercicio de estos derechos en función de las especiales características de los sectores productivos y de las demandas reales de las y los trabajadores afectados en las relaciones laborales, en la práctica, y así lo confirman numerosos estudios realizados al respecto, los múltiples significados que otorgan los operadores sociales tanto a la idea de la igualdad de oportunidades como a la conciliación, así como una mayor presencia masculina entre las partes negociadoras, en las que priman otras prioridades, le restan, hasta el momento, eficacia y potencialidad. Por otra parte, la mayoría de convenios colectivos analizados en los diferentes estudios siguen reafirmando los roles tradicionales del sistema social de género, al desarrollar medidas protectoras para la mujer trabajadora sin un efectivo avance en la idea de la corresponsabilidad y la flexibilidad horaria a favor de las y los trabajadores. Por último, en el caso de los convenios de empresa, se detecta el empleo creciente de las políticas de conciliación como herramienta de los recursos humanos destinada a “primar” a los sectores más cualificados de la plantilla, lo que en la práctica supone la generación de una nueva desigualdad entre las y los trabajadores.

Todo este panorama que hemos expuesto en torno a los derechos de conciliación nos da una idea cabal de la amplia distancia existente entre la igualdad formal y la igualdad material. Si tuviésemos que representar gráficamente este “estado de la cuestión” sería en forma de una pirámide invertida en la que en su parte superior, encontraríamos todos aquellos conceptos tanto normativos como intelectuales que se manejan en torno a la conciliación y que en teoría auguran para ella un futuro esperanzador: su conexión con el principio de igualdad y no discriminación, con la protección de la familia, su reflejo en la normativa a muy diversos niveles, tanto internacionales, como europeos y nacionales, los subrayados de su importancia en numerosas sentencias judiciales, su inclusión en los programas políticos, su mayor

presencia en el debate social, su incipiente desarrollo en la negociación colectiva, etc. Ocurre sin embargo que, a medida que descendemos por esta pirámide, el camino se va estrechando por la aparición de numerosos obstáculos con mayor o menor grado de sutileza: la división sexual del trabajo, la discriminación en el uso del tiempo entre hombres y mujeres, los discursos sobre la conciliación, el proceso de cooptación que ha llevado a vaciar de contenido el propio concepto, las resistencias que desde el ámbito empresarial y político se articulan frente a su implantación bajo la visión de estos derechos como amenazas que provocan graves distorsiones en la actividad productiva, la generación de nuevas desigualdades de género, esta vez entremezcladas con la clase, la condición económica o la etnia, la falta de concreción o la presencia de vacíos legales en su recepción normativa, la jurisprudencia restrictiva que la interpreta y aplica, su deficiente articulación en la negociación colectiva, así como las propias limitaciones que ésta presenta, y finalmente, las dificultades que comporta el cauce procesal articulado en el ordenamiento español para su reclamación judicial.

En definitiva, al final de la pirámide nos encontramos con un espacio muy reducido donde sólo unas pocas personas podrán llevar a efecto los derechos de conciliación con ciertas garantías de éxito. A nuestro entender, más allá de reformas puntuales, el reforzamiento de la constitucionalización de los derechos de conciliación en toda su magnitud, tal como hemos expuesto, es la vía adecuada para que los lados invertidos de la pirámide se abran y permitan su reconocimiento y ejercicio efectivo para la totalidad de la ciudadanía. Tal es el propósito con que estos derechos nacen, que resultaría desvirtuado si nos quedásemos en su mero reconocimiento formal.

Para ello podríamos empezar por definir los derechos de conciliación como todos aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico para compatibilizar la vida personal y laboral con la finalidad de que mujeres y hombres puedan desarrollar libremente su personalidad en condiciones de igualdad. Como hemos ido estudiando a lo largo de este trabajo bajo el concepto “conciliación” se encontraría una amalgama de derechos de inequívoca trascendencia constitucional, lo cual supone que tenga difícil encaje en un sólo artículo de los ya existentes en la Carta Magna y por el contrario requiera de uno propio en un contexto de reforma más amplia que tenga como base la reformulación del pacto constitucional a que hemos hecho referencia. Los preceptos que regulan los derechos fundamentales en la sección primera del capítulo segundo del título primero se encuentran condicionados por un determinado contexto semántico: así, a modo de ejemplo el derecho a la intimidad personal y familiar que establece el art. 18 se relaciona con la protección de la privacidad frente a intromisiones ajenas, el derecho a la educación del art. 27 aparece vinculado con su aseguramiento por parte de los poderes públicos. Si nos fijamos, más allá de los derechos fundamentales, en otros preceptos como el que protege la familia, art. 39, o el derecho al trabajo, art. 35, aparece el mismo condicionamiento fruto de una protección específica. De este modo, en definitiva, no cabría, a nuestro entender, incluir los derechos de conciliación en el

ámbito de uno sólo de los actualmente recogidos en la Constitución: únicamente la redacción de un nuevo artículo que los relacione con el libre desarrollo de la personalidad en condiciones de igualdad entre géneros y la compatibilización entre los tiempos de vida y trabajo sería la solución más adecuada. Ahora bien, entre tanto se dan las circunstancias idóneas para abordar esta transformación en profundidad, el primer paso vendría de la mano de la ampliación y reforzamiento de la doctrina constitucional en el sentido que hemos venido exponiendo a lo largo de este trabajo. No podemos dejar de mencionar, a este respecto, los plausibles avances que en los Estatutos de Autonomía se han venido produciendo: más allá del debate acerca de la naturaleza de principios o derechos de su articulado lo cierto es que algunos de ellos, como ya vimos, han elevado la conciliación a la norma de cabecera de los ordenamientos autonómicos. Por otra parte, no hay que olvidar que todo ello precisa de una actuación sobre el ámbito privado que profundice en la idea de la corresponsabilidad y permita vencer las resistencias culturales que están en la base de la perpetuación de los roles tradicionales.

A lo largo de la historia hemos visto en numerosas ocasiones cómo una reivindicación relacionada con aspectos sustanciales de la existencia humana requería de un largo camino hasta su efectiva implantación –de ello da cuenta la historia del movimiento feminista-. Éste es el que debe afrontar ahora la conciliación para convertirse en un instrumento fundamental no sólo de cara al desarrollo de la igualdad efectiva entre géneros, sino también a la gestión del tiempo y la calidad de vida de todas las personas. Un camino que no es otro, a fin de cuentas, que el de la lucha por el Derecho del que hablaba Von Ihering.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

- Aguiar de Luque, Luis.** “Libertad de expresión y derecho a la información”. En *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1ª ed. Madrid: Civitas, 1995.
- Alfonso Mellado, Carlos L.** “El tiempo de trabajo en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”. En *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, 1ª ed. Temas. Madrid: La Ley grupo Wolters Kluwer, 2008.
- Alonso Olea, Manuel.** “El poder de dirección del empresario (prólogo)”. En *El poder de dirección del empresario*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1965.
- . *Manual de Derecho del Trabajo*. 5ª ed. Madrid: Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1978.
- Amorós Puente, Celia, y Cobo Bedia, Rosa.** “Feminismo e Ilustración”. En *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*, En Amorós Puente, Celia y De Miguel, Ana (Eds.), Vol. 1º, 3 vols., 2ª ed. Madrid: Minerva Ediciones, 2007.
- Amorós Puente, Celia, y De Miguel, Ana.** *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De la Ilustración al segundo sexo*. En Amorós Puente, Celia y De Miguel, Ana (Eds.) Vol. 1º, 3 vols., 2ª ed. Madrid: Minerva Ediciones, 2007.
- Arnaud-Duc, Nicole.** “Las contradicciones del derecho”. En *Historia de las Mujeres en DUBY, Georges y PERROT, Michelle (dirs.)*, Vol. 4, Madrid: Taurus, 2000.
- Astelarra, Judith.** “Conciliación y cohesión social. Un análisis crítico de las políticas europeas”. *Revista Ábaco*, 2006.
- . *Veinte años de políticas de igualdad*. 2ª ed. Feminismos. Madrid: Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 2005.
- Azagra Solano, Miguel.** “El conflicto de la conciliación de la vida laboral y familiar: especial atención a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor”. En *Revista Aranzadi Doctrinal*, Marzo 2010.
- Balaguer, María Luisa.** *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*. 1ª ed. Feminismos. Madrid: Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 2005.
- Ballester Pastor, María Amparo, y Sala Franco, Tomás.** *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*. Laboral Práctico. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- Ballester Pastor, María Amparo.** “Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar”. En *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Baylos, Antonio, y Pérez Rey, Joaquín.** *El despido o la violencia del poder privado*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2009.
- Bayón Chacón, Gaspar.** *Manual de Derecho del Trabajo*. 9ª ed. Madrid: Pons, 1974.
- Bilbao Ubillos, Juan María.** *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
- Borràs, Vicent, Torns, Teresa, y Moreno, Sara.** “Las políticas de conciliación: políticas laborales versus políticas de tiempo”. Barcelona: *PAPERS Revista de Sociología* N° 83 (2007).

- Cabeza Pereiro, Jaime.** “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras”. En *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. 1ª ed. Madrid: Ministerio de trabajo y asuntos sociales, 2008.
- Carrasco Bengoa, Cristina.** “¿Conciliación? No, gracias. hacia una nueva organización social”. En *Malabaristas de la vida*. Barcelona: Icaria, 2003.
- . “Tiempos, Trabajos y Flexibilidad: una cuestión de género”. Madrid: Instituto de la mujer, 2002.
- Carrasquer Oto, Pilar, y Martín Artilles, Antonio.** “La política de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva. Un aspecto de la estrategia europea de empleo” En *Cuadernos de Relaciones Laborales* 23, Nº. 1 (2005).
- Castro García, Carmen, y Pazos Morán, María.** “Permisos de maternidad, paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual”. *Instituto de Estudios Fiscales*, 2007.
- Catalina Benavente, Mª Angeles.** *El Tribunal Supremo y la tutela de los derechos fundamentales*. 1ª ed. Valencia: Thomson-Civitas, 2010.
- Cobo Bedia, Rosa.** “En el corazón de la igualdad. Notas sobre familia, reproducción y democracia”. *Revista Ábaco* 2ª Época, Nº. 49 (2006).
- Colectivo IOÉ.** “Relatos desde la entraña de los hogares. Voces de inmigrantes en el servicio doméstico.” *OFRIM Suplementos, Nº 8 Comunidad de Madrid*, 2001.
- . “Hacia la igualdad de género en España: una década de avances y retrocesos (1994-2005).
- Conde-Pumpido Tourón, Mª Teresa.** “La maternidad y la conciliación familiar, dentro de la tutela de la igualdad”. En *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, 1ª ed. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007.
- . “Los planes de igualdad. Erradicación de discriminaciones directas e indirectas en la negociación colectiva. Problemas de legitimación procesal y procedimental”. En *Actum Social*, (Enero, 2008).
- Correa Carrasco, Manuel.** “Tiempo de trabajo e Igualdad de género: regulación legal y negociación colectiva”. En *Revista de Derecho Social*, nº. 49 (Marzo 2010).
- Cremades García, Purificación.** “El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar”. *Diario La Ley* XXIX, Nº. 7079 (2008).
- Díez Picazo, Luis, y Gullón, Antonio.** *Sistema de Derecho Civil*. 7ª ed. Madrid: Tecnos, 1997.
- Durán Lalaguna, Paloma.** “La igualdad de género en el contexto internacional”. En *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad*, 1ª ed. Madrid: Iustel, 2009.
- Esquembre Valdés, Mar.** “Género y Ciudadanía, mujeres y Constitución”. En *Mujeres y Derecho*, Feminismos Nº 8. Alicante: Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante, 2006.
- Fauré, Christine.** “De los derechos del hombre a los derechos de la mujer: una conversión intelectual difícil”. En *Enciclopedia histórica y política de las mujeres. Europa y América*, 1ª ed. Madrid: Akal, 2010.

- Figueruelo Burrieza, Angela.** “Setenta y cinco años de sufragio femenino en España perspectiva constitucional”. En *Criterio Jurídico Santiago de Cali* VII (2007).
- Foucault, Michel.** *El orden del discurso*. 5ª ed. Barcelona: Tusquet, 2010.
- García Campá, Santiago.** “Comentario al artículo 22. Acciones de planificación equitativa de los tiempos”. En *Comentarios a la Ley de Igualdad*, 1ª ed. Valencia: CISS, 2007.
- García Murcia, Joaquín.** “Nuevas cláusulas y nuevas tendencias en la negociación colectiva de sector”. *Derecho de los Negocios*, Nº 206, Sección Relaciones laborales (Noviembre 2007).
- García Ninet, Jose Ignacio, y Vicente Palacio, Arantzazu.** “Los derechos fundamentales como límite a las facultades organizativas del empresario (Libertad sindical y movilidad funcional). La tutela de la libertad de afiliación sindical: ¿La afiliación sindical como señuelo de mejoras profesionales o como causante de la degradación profesional?”. En *Aranzadi Social* V (1999).
- García-Perrote Escartín, Ignacio.** “La jurisprudencia constitucional en materia social, veinticinco años después”. En *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Alcalá de Henares: Tirant lo Blanch, 2005.
- Garrigues Giménez, Amparo, y Núñez-Cortés, Contreras, Pilar.** “Discrepancias entre empresarios y trabajadores por el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”. En *Comentarios a la Ley de Igualdad*, 1ª ed. Valencia: CISS, 2007.
- Giménez, Gilberto.** “El discurso jurídico como discurso del poder”. En *Poder, estado y discurso Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*, 1ª ed. México: UNAM, 1981.
- Lahera Forteza, Jesús, y García Quiñones, Juan Carlos.** *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*. Albacete: Bomarzo, 2008.
- León Bastos, Carolina.** *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*. 1ª ed. Madrid: Reus, 2010.
- Lousada Arochena, José Fernando.** “El tiempo en las leyes con perspectiva de género”. *Revista de Derecho Social*, Nº. 49 (Marzo 2010).
 ———. “El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad entre mujeres y hombres”. *Bomarzo* Nº 41. Doctrina (2008).
- Mazur Amy.** *Theorizing feminist policy*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Miranda Boto, J.M.** “Igualdad y Constitución Europea: de presencia fragmentaria a valor omnipresente”. En *Igualdad y Constitución Europea: de presencia fragmentaria a valor omnipresente*. Madrid: MTASS, 2005.
- Molina Hermosilla, Olimpia.** “Un nuevo -y esperado- ataque al maltrecho derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”. En *Aranzadi Social para*f. 40/2009, 2009.
- Molina Navarrete, Cristobal.** “El impacto laboral de la "Ley de Igualdad de Sexos": lo que queda después de vender el "humo político"”. *Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Nº. 290 (2007).

- Montoya Melgar, Alfredo.** “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* N° 48 (2004).
- Morenilla Allard, Pablo.** “El amparo laboral”. En *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, 1ª ed. Madrid: Colex, 2007.
- Morón Prieto, Ricardo.** “¿Existe un genérico derecho a cambiar el horario laboral para conciliarlo con la vida privada? (A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 18 de junio de 2008)”. *Revista de Derecho Social* N° 45 (Marzo 2009).
- Nuño Gómez, Laura.** “Análisis comparado del tratamiento de la conciliación de la vida familiar y laboral en los países de la Unión Europea”. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2010.
- . “El empleo femenino en España y en la Unión Europea”. *Revista de Investigaciones Feministas I* (2009).
- . *El mito del varón sustentador. Orígenes y consecuencias de la división sexual del trabajo*. Barcelona: Icaria, 2010.
- . “Evolución de la política comunitaria en materia de empleo: igualdad de género y conciliación de vida familiar y laboral”. En *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, semestre 2, 2009.
- Ortíz Lallana, María del Carmen, y Sesma Bastida, Begoña.** “La protección del trabajo femenino: Análisis comparativo en el marco autonómico, nacional y europeo.” *IER* (2005).
- Pacheco Zerga, Luz.** *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. 1ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2007.
- Pascual Lagunas, Eulalia.** *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 1ª ed. Barcelona: José María Bosch Editor, 2009.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio.** “La dignidad humana”. En *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, 1ª ed. Madrid: Dykinson, S.L., 2007.
- Pérez del Río, Teresa.** “La discriminación por razón de género. Las fuentes reguladoras”. *Actum Social*, Enero 2008.
- . “Las discriminaciones indirectas en la negociación colectiva.” Vigo, 2007.
- Pérez-Beneyto Abad, José Joaquín.** “Jornada y conciliación del trabajo”. En *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.
- Pérez-Fuentes Hernández, Pilar.** *El trabajo de las mujeres: una mirada desde la historia*. LAN HARREMANAK/2: Departamento de Historia Contemporánea Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2000.
- Peterson, Elin.** “Entre Trabajadoras, Cuidadoras y Empleadas Domésticas: Formando el discurso político sobre la ‘conciliación de la vida familiar y laboral’ en España”. En *VII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración: Democracia y Buen Gobierno*. Grupo de Trabajo. Vol. 22.
- Quesada Segura, Rosa, y Martín Rivera, Lucía.** “Los derechos laborales y económicos de la mujer”. En *Género y Derechos Fundamentales*, 1ª ed. Granada: Comares, 2010.

- Rivas, Ana María.** “El empleo o la vida: perder el empleo para conservar la vida o renunciar a la vida para conservar el empleo? de qué conciliación hablamos?” En *Revista Antropología Iberoamericana* 1, Nº. 3 (Diciembre 2006).
- Rodríguez Pastor, Guillermo.** “Tiempo de trabajo tras la reforma operada por la LOI”. En *Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad*, 1ª ed. Colección Laboral 179. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- Rubio, Ana.** “Igualdad y Diferencia. ¿Dos principios jurídicos?”. En *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*.
- Ruíz Seguí, Soledad.** “Análisis y evaluación de las políticas de igualdad en el Estado Social y Democrático de Derecho: marco constitucional y estatutario”. En *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*. Madrid: INAP-Goberna, 2005.
- Ruíz-Giménez, Joaquín.** *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. 1ª ed. Madrid: Cortes Generales-EDERSA, 1997.
- Sánchez González, Santiago.** “Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978”. En *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*, 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- . “Los límites de los derechos fundamentales”. En *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- Seco Manuel, Andrés Olimpia, y Ramos, Gabino.** *Diccionario del Español Actual*. Vol. 1. 2 vols. Lexicografía. Madrid: Aguilar, 1999.
- Sempere Navarro, Antonio Vicente.** “Los trabajadores que no ejercen derechos específicos para conciliar vida familiar y laboral”. *Actualidad Jurídica Aranzadi num. 734/2007 (Tribuna)*. (2007).
- Sevilla Merino, Julia.** “Igualdad, paridad y democracia”. En *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*. Granada: Comares, 2006.
- Sevilla Merino, Julia, y Ventura Franch, Asunción.** “Evolución del derecho social europeo”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº. 57 (2005).
- Solozábal Echavarría, Juan José.** “Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional”. *Revista de Estudios Políticos*, Septiembre 1990.
- Stratigaki, Maria.** “The cooptation of Gender concepts in EU Policies: The Case of "Reconciliation of Work and Family"”. En *Social Politics. Oxford University Press* 11, Nº. 1 (2004).
- Torns Martí, Teresa.** “De la imposible conciliación a los permanentes malos arreglos”. *Cuadernos de Relaciones Laborales* 1, Nº. 23 (2005).
- Torres del Moral, Antonio.** “Principios fundamentales del estatuto jurídico de los derechos”. En *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, 1ª ed. Madrid: Colex, 2007.
- 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*, Nº. 45 (Marzo 2009).
- . *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*. 1ª ed. Valladolid: Lex Nova, S.A., 2010.

- Tur Ausina, Rosario.** *Garantía de derechos y jurisdicción constitucional. Efectividad del amparo tras la sentencia estimatoria.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- . “Igualdad y no discriminación por razón de sexo en Naciones Unidas. Proceso de evolución hacia el género en el contexto de la mundialización de las estrategias para la igualdad de mujeres y hombres”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales* Nº 11/1, 1 Semestre (2008).
- . “Las políticas de igualdad de género en Europa: Unión Europea y Consejo de Europa”. En *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad*, 1ª ed. Madrid: Iustel, 2009.
- Valcárcel, Ana María de la Encarnación.** “La perspectiva de género en las políticas públicas”. En *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. 1ª ed. Madrid: La Ley grupo Wolters Kluwer, 2008.
- Valdés Dal-Ré, Fernando.** “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”. En *Autoridad y democracia en la empresa*, 1ª ed. Madrid: Trotta, 1992.
- Velasco Portero, Teresa.** “El derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo”. En *Comentarios a la Ley de Igualdad*, 1ª ed. Valencia: CISS, 2007.
- Ventura Franch, Asunción.** “Igualdad real y reforma constitucional”. En *Género, Constitución y Estatutos de autonomía*. Estudios Goberna. Madrid: INAP-Goberna, 2005.
- Ventura Franch, Asunción, y Sevilla Merino, Julia.** “Fundamento Constitucional de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Especial referencia a la participación política”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (2007).
- Villaseñor Rodríguez, Isabel, y Gómez García, Juan Antonio.** *Investigación y documentación jurídicas*. 1ª ed. Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2009.
- Virolés Piñol, Rosa.** “Análisis de la doctrina del TJCE relativa al despido discriminatorio por razón de sexo”. Alicante: Consejo General del Poder Judicial y Comisiones Obreras del País Valencià, 2009.
- Von Ihering, Rudolf.** *La lucha por el Derecho*. Bogotá: Temis, 2007.
- Wodak, Ruth, y Meyer, Michael.** *Métodos de análisis crítico el discurso*. Barcelona: Gedisa, 2003.