

Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la unión europea. De la maternidad a la corresponsabilidad

A normative analysis of the evolution of work-life balance policies in the European Union. From maternity to co-responsibility

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ
*Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva*

Recibido: 03/03/2022

Aceptado: 28/03/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6941>

Resumen. Este trabajo presenta un análisis de cuál ha sido la evolución de una materia como la conciliación entre vida familiar y laboral, centrándonos en la normativa de la Unión Europea. Tres han sido las fases y tres son los grupos normativos esenciales: una primera centrada en la protección de la maternidad, caracterizada por la titularidad exclusiva de la mujer trabajadora de los mecanismos de protección; cuya regulación se encuentra en la Directiva 92/85. Posteriormente, los poderes normativos comunitarios se centran en regular derechos desde una perspectiva neutral; es decir, dirigidos a proteger tanto a trabajadoras como trabajadores. En esta fase encontramos las Directivas 96/34 y 2010/18, caracterizadas ambas por ser producto del diálogo social y que regulaban esencialmente el permiso parental. Por último, ya desde una perspectiva más centrada en la corresponsabilidad, encontramos la Directiva 2019/1158. Una vez realizado este análisis, hemos destacado como en esta evolución normativa ha tenido relevancia la posición de la jurisprudencia de la Unión Europea. De esta manera hemos señalado cuáles han sido los principales hitos jurisprudenciales sobre la materia. Terminamos el análisis señalando un conjunto de propuestas de futuro, señalando especialmente la necesidad de limitar los efectos de una regulación basada en la tutela exclusiva de la mujer trabajadora, pues los efectos negativos de este planteamiento son contundentes. De otro lado, la necesidad de regular medidas de corresponsabilidad más contundentes, y que faciliten la adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades de las personas trabajadoras, lo que puede ser un buen remedio a las necesidades de conciliación.

Palabras clave: Unión Europea, igualdad de oportunidades, conciliación de la vida familiar y laboral, corresponsabilidad.

Summary. This paper presents an analysis of what has been the evolution of a subject such as the work-life balance, focusing on the regulations of the European Union. There have been three phases and three are the essential regulatory groups: the first focused on the

*juan.gorelli@dam.uhu.es

protection of maternity, characterized by the exclusive ownership of the protection mechanisms by working women; whose regulation is found in Directive 92/85. Subsequently, the community regulatory powers focus on regulating rights from a neutral perspective; that is, aimed at protecting both male and female workers. In this phase we find Directives 96/34 and 2010/18, both characterized by being the product of social dialogue and essentially regulating parental leave. Finally, from a perspective more focused on co-responsibility, we find Directive 2019/1158. Once this analysis has been carried out, we have focused on highlighting how the position of the jurisprudence of the European Union has been relevant in this normative evolution. In this way we have pointed out what have been the main jurisprudential milestones on the matter. We end the analysis by pointing out a set of proposals for the future, especially pointing out the need to limit the effects of a regulation based on the exclusive protection of working women, since the negative effects of this approach are overwhelming. On the other hand, the need to regulate more forceful co-responsibility measures. Finally, the need to regulate measures that facilitate the adaptation of working time to the needs of working people, which can be a good remedy for the needs of work-life balance.

Keywords: European Union, equal opportunities, work-life balance, co-responsibility.

1. La igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres trabajadores como objetivo fundamental: diferentes aproximaciones

Hablar de conciliación es referirse a uno de los problemas jurídicos y sociales más relevantes del período finisecular y de inicios del Siglo XXI, el de la igualdad de género y de oportunidades en el ámbito del empleo. Conciliar es, sin lugar a dudas, uno de los instrumentos que deben ser utilizados por la política legislativa con la finalidad de lograr la igualdad de oportunidades para mujeres en el empleo. Ahora bien, debemos resaltar cómo la evolución de esta cuestión muestra cómo la conciliación no siempre ha acertado en las medidas elegidas para alcanzar este objetivo de la igualdad de oportunidades, pues en ocasiones plantea la cuestión desde una óptica de feminización de la conciliación, lo cual no conduce al objetivo de la igualdad (Martínez Barroso, 2008, p. 24). Para ello es necesario, no sólo que el ordenamiento ofrezca alternativas jurídicas para que la mujer trabajadora pueda conciliar su vida familiar con sus necesidades y laborales y profesionales; además, y esto es esencial, para atisbar cuál ha de ser el punto final de la evolución normativa que vamos a estudiar, debe irse más allá y conseguir un objetivo que es social más que jurídico; hay que lograr que las responsabilidades familiares no sean una cuestión que afecta en exclusiva a la mujer, sino que debe hacerse frente a las mismas entre hombres y mujeres por igual; en definitiva, hay que desterrar el rol social de la mujer como cuidadora (Molero Maraón, 2019, p. 161). Y al respecto, si bien en la actualidad no podemos afirmar que el ordenamiento comunitario lo haya logrado (al fin y al cabo la alteración de roles sociales fuertemente asentados, requiere también de tiempo), lo cierto es que si podemos esbozar un cierto optimismo, pues parece que el legislador comunitario comienza a tener claro cuál es el objetivo, la corresponsabilidad.

Desde este punto de vista debemos advertir que no parece conveniente utilizar términos como conciliación y corresponsabilidad de una manera sinónima. No se trata sólo de una cuestión terminológica, sino de algo mucho más relevante, del sentido u orientación de la política legislativa; es decir, qué pretendemos proteger de manera efectiva. Es

cierto que ambos conceptos están vinculados de manera directa con la igualdad de género, pero no podemos aceptar que sean idénticos, ni sinónimos.

En puridad la conciliación se entiende como un conjunto de medidas normativas a través de las cuales se pretende facilitar la armonización del tiempo dedicado al trabajo con la atención de responsabilidades de carácter familiar o personal (Arastey Sahún, 2008, p. 15). Ahora bien, ello no supone que este planteamiento se vincule a la igualdad de oportunidades, incluso si se eluden medidas feminizadas y se acude a mecanismos neutros, pues si estos actúan en un contexto social que impone la atención de las responsabilidades familiares a la mujer; en realidad sólo se consigue reiterar el rol tradicional de la mujer (Lousada Arochena, 2019, p. 785).

Desde el punto de vista de medidas feminizadas, se han utilizado derechos reconocidos en exclusiva a las trabajadoras. Estamos pensando, como no en los derechos vinculados a la maternidad. No ha faltado razón al legislador comunitario o al nacional para establecer determinados derechos de titularidad exclusiva de la mujer, pues la maternidad es un hecho biológico que afecta exclusivamente a la mujer.

Pero este planteamiento también tiene sombras que deben ser destacadas. En primer lugar, que la protección exclusiva de la mujer puede suponer una rémora para ella misma, pues esa protección puede desincentivar su contratación y hacer preferible la contratación de trabajadores varones; es el llamado efecto boomerang (Molero Marañón, 2008, p. 51). De otro lado, si bien es lógico establecer vías de tutela ante el hecho biológico, lo cierto es que las medidas diseñadas a tal fin no sólo tienen éste objetivo y es posible constatar cómo dentro de tales mecanismos de protección de maternidad entran en juego otros bienes jurídicos que no son propios ni exclusivos de la mujer. Me refiero al establecimiento del vínculo entre progenitora y el recién nacido. ¿Por qué ha de negarse la tutela de ese vínculo con el padre? La atribución exclusiva a la madre de ciertos derechos que van más allá de la tutela del hecho biológico y de la salud de la madre suponen, en la práctica, aceptar que es la madre quién ha de ocuparse de ciertos roles, pues así ha sido siempre en nuestras sociedades; pero esta afirmación es contraria a una efectiva igualdad de oportunidades, pues con ello se lastra la proyección profesional de la mujer.

En base a todos estos elementos negativos comienza a plantearse la necesidad de explorar otras vías y comienza a contemplarse que el padre debe tener su papel en las responsabilidades familiares. A partir de aquí podemos comenzar a hablar de conciliación. La medida estrella es el permiso parental. Con las medidas de conciliación se ha pretendido establecer un conjunto de derechos que pueden ser disfrutados tanto por el padre como por la madre; es decir, se hace un planteamiento de carácter igualitario en la titularidad y disfrute de los derechos que permiten conciliar vida familiar y laboral,

Sin embargo, al analizar la cuestión de cerca, se constata cómo los planteamientos de conciliación “neutra” no han alterado los esquemas sociales imperantes, pues mientras la cuestión se plantea sólo en términos de estricta igualdad o neutralidad, obviando que existe una realidad social que hace recaer sobre la mujer tales responsabilidades, el resultado es que seguirá siendo la mujer quien siga “disfrutando” de estas medidas de conciliación, olvidando así las importantes consecuencias de género que suponen los cuidados familiares

(Ballester Pastor, 2010, p. 31). Por lo tanto, la convención social por la que los cuidados familiares es cosa de mujeres, penaliza gravemente su situación en el mundo del trabajo (Casas Baamonde, 2018, p. 1073), siendo uno de los factores que más incide en la desigualdad laboral (Molina Navarrete, 2018, p. 3; Aguilera Izquierdo y Cristobal Roncero, 2002, p. 15).

Es necesario ir más allá de la neutralidad y fomentar normativamente la asunción por los varones de tareas o roles tradicionalmente reservados a la mujer y acceder así a una situación de efectiva igualdad. En definitiva, el siguiente paso es la corresponsabilidad, que nace del tronco de la conciliación, pero con unos objetivos añadidos de los que carece ésta: lograr un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares (Molina Navarrete, 2018, p. 5). Para ello se requiere romper el esquema tradicional de atribución de las responsabilidades familiares a la mujer e impulsar la asunción por los hombres de una función que tradicionalmente se ha considerado femenina (Gorelli Hernández, 2019, 282). Desde mi punto de vista hay una forma simple de conceptualizar la corresponsabilidad: es la igualdad de género, de oportunidades, en la conciliación; es decir, es la toma de conciencia de que la conciliación debe ser necesariamente una expresión del derecho a la no discriminación por razón de sexo (Casas Baamonde, 2018, p. 1077).

La corresponsabilidad no sólo pretende compatibilizar el trabajo con las necesidades personales o familiares, también que tales responsabilidades deben ser asumidas equilibradamente y de manera equitativa entre hombres y mujeres (sobre la configuración de la corresponsabilidad, vid. Alonso Bravo, 2012, 141; Gorelli Hernández, 2018, p. 2; Perán Quesada, 2019, p. 183 y 184; Toscani Gimenez, 2011, p. 135). Las simples reglas sobre conciliación, inspiradas en un principio de igualdad de sexo, pero que parten de la realidad social imperante (la mujer es quién hace frente a las necesidades familiares), no han supuesto un reparto equilibrado de las responsabilidades, pues al favorecer que sea ella quién compatibilice su trabajo con el cuidado familiar, se genera una injusta situación de desigualdad (Poquet Catalá, 2012, p. 2083; Serrano Garcia, 2012, p. 68), perpetuando los roles de género y mermando la presencia de la mujer en el mercado de trabajo (Perán Quesada, 2014, p. 164 y 165).

La evolución normativa en la UE se ha centrado en tres fases, cada una de ellas con su propia Directiva. De entrada, la Directiva 92/85, dedicada a la protección de la mujer trabajadora embarazada y que da a luz, siendo ello una expresión del derecho a la seguridad y salud en el trabajo. Una segunda fase en que la protección se centra en la necesidad de conciliar trabajo y familia (Directivas 96/34 y 2010/18), que no han sido capaces de romper con el convencionalismo social por el que la mujer debe hacer frente a las responsabilidades familiares. Por último, Directiva 2019/1158, que introduce por primera vez elementos de corresponsabilidad. Estas son las Directivas que procedemos a analizar en los próximos epígrafes.

Debemos tener en cuenta que, con independencia del objetivo general de la igualdad y no discriminación por razón de género en el trabajo, lo cierto es que conciliación y sobre todo corresponsabilidad son cuestiones que se han incorporado tardíamente al acervo comunitario. Así, en los Tratados la igualdad de género se proyectó inicialmente a los efectos de la igualdad salarial, incorporándose sólo posteriormente un planteamiento de igualdad

entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo a través del art. 137.1 i) del Tratado UE (Niza 2002). Posteriormente se incorpora a los arts. 153.1 i) y 157.3 del TFUE. Como vemos, la cuestión sobre la igualdad y no discriminación por razón de sexo en el trabajo aparece a fines del S XX y lo hace de una manera muy general, sin que se haga mención específica a la conciliación como uno de los instrumentos que favorecen esa igualdad real y efectiva.

Más relevancia tiene a los efectos de la conciliación, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales (1989), cuyo punto 16 establece el principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres y para conseguirlo prevé el establecimiento de medidas dirigidas a garantizar la realización de este principio en aspectos tan esenciales desde el punto de vista laboral como el acceso al empleo, la retribución, condiciones de trabajo y protección social; pero, específicamente señala que conviene desarrollar “medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”. Obsérvese cómo la Carta Comunitaria plantea esta última cuestión desde el punto de vista no ya de establecimiento de un mecanismo dirigido a facilitar que las mujeres puedan compatibilizar las responsabilidades familiares con el empleo, sino dirigido a hombres y mujeres por igual, con lo que se establece un primer elemento de conciliación. La cuestión tiene una importancia radical, pues por primera vez se señala cómo la conciliación resulta ser un elemento verdaderamente clave para conseguir la igualdad.

Este planteamiento se traslada a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, concretamente a su art. 33, donde tras afirmarse la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social, se señala que con la finalidad de conciliar la vida familiar con la profesional toda persona tiene derecho a la protección frente al despido por causa relacionada con la maternidad, el derecho a un permiso pagado por maternidad y un permiso parental por nacimiento o adopción. Se señalan así tres de las medidas que el ordenamiento comunitario ha regulado como mecanismos para facilitar la conciliación. Obsérvese, en todo caso, las diferencias entre el permiso de maternidad, en el que se señala expresamente el carácter retribuido, y el permiso parental, sobre el que no se señala el carácter retribuido. En todo caso, esta regulación pone de manifiesto el interés, no ya de proteger la maternidad, sino introducir otras medidas como el permiso parental, dando lugar a una verdadera conciliación familiar y laboral (Lousada Arochena, 2019, p. 786).

2. Directiva 92/85/CEE sobre protección de la maternidad: la protoconciliación

2.1. Caracteres generales

El punto de partida del análisis de la evolución normativa reside en la Directiva 92/85, de 19 de octubre de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (10ª Directiva específica de desarrollo de la Directiva marco 89/391/CEE). Tres son sus características esenciales: en primer lugar,

es una regulación cuyo fundamento reside en la protección de la seguridad y salud de las trabajadoras (Benito Benítez, 2021, p. 2). Por lo tanto, no estamos ante un mecanismo pensado como respuesta a las necesidades de conciliación entre vida familiar y laboral. No obstante, si bien su origen no está vinculado a esta cuestión, lo cierto es que también tiene un componente de conciliación como vamos a ver a continuación; secundario, si se quiere, pero vinculado de manera evidente a la conciliación; es por ello que hablamos de protoconciliación; es decir, la fase previa a la conciliación. En segundo lugar, la protección que otorga esta Directiva tiene dos momentos diferentes y consecutivos, uno primero en el que prima la tutela de la salud de la trabajadora y otro posterior en el que entra en juego la necesidad de otorgar los cuidados necesarios al menor, lo que tiene un carácter propio de conciliación (Ballester Pastor, 2010, p. 39; Reche Tello, 2020, p. 68). Por último, estamos ante una regulación que establece derechos de titularidad exclusivamente femenina, sin que haya espacio a la tutela del otro progenitor. La explicación de este hecho reside en que es una regulación cuyo origen reside en el desarrollo de la normativa preventiva que considera la situación de embarazo/maternidad como una situación de necesaria protección y que sólo pueden sufrir las mujeres trabajadoras (Ballester Pastor, 2010, p. 39). Sin embargo, al consagrar también la necesidad de cuidar del hijo, bien podría haberse planteado algún mecanismo para el disfrute paterno del permiso por maternidad. Se trata de una visión centrada exclusivamente en la mujer ha supuesto la reiteración del esquema cultural predominante.

Veamos, a continuación, las medidas que incorpora esta regulación.

2.2. El permiso de maternidad

En cuanto al permiso de maternidad, reservado exclusivamente a favor de las trabajadoras, es un derecho de titularidad exclusivamente femenina. Tiene una duración mínima de 14 semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, de las cuales dos serán obligatorias, pudiendo ser éstas antes y/o después del parto. El carácter ininterrumpido de las 14 semanas genera una excesiva rigidez, si bien es posible detectar algún elemento que introduce un mínimo de flexibilidad, como el hecho que el permiso pueda disfrutarse antes o después del parto.

Durante dicho permiso la trabajadora mantendrá los derechos inherentes al contrato de trabajo (lo que supone la vigencia del contrato, la maduración de derechos durante el período del permiso y el mantenimiento de los derechos ya disfrutados antes del permiso). Se trata de una norma que pretende garantizar que la maternidad no genere efectos laborales negativos, lo cual sería discriminatorio¹. No se recoge en esta regulación el dere-

¹ Un ejemplo paradigmático lo encontramos en materia de vacaciones coincidentes con el período de maternidad, vid. la STJCE de 18 de marzo de 2004, C-342/01, asunto Merino Gómez, que estima el derecho de la trabajadora al disfrute de un nuevo período de vacaciones. Pero también puede verse la STJCE de 30 de abril de 1998, C-136/95, asunto Thibault, sobre la limitación a la promoción profesional de la mujer embarazada por no poder ser calificada profesionalmente por disfrutar de su derecho al permiso por maternidad.

cho de la trabajadora a la reincorporación en su puesto de trabajo tras la finalización del permiso; no obstante, la Directiva 76/207 establecía en su art. 2.7 el derecho de la mujer trabajadora que ha disfrutado del permiso de maternidad, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia²; lo cual ha sido posteriormente reiterado por el art. 15 de la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundida).

Se establece el derecho a una remuneración o una prestación adecuada, lo cual resulta esencial, la concesión de un permiso de cierta duración sin retribución, carece por completo de eficacia protectora³. Ha de garantizarse unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los contemplados por el ordenamiento de los estados nacionales en caso de baja por motivos de salud. No se protege a las trabajadoras más allá de esta cifra, por lo que es conforme a la Directiva que no se remunere a las trabajadoras cuantías superiores, aunque pudiera cobrarlas cuando no disfruta del permiso⁴. Los Estados miembros podrán condicionar el derecho a la remuneración o prestación al cumplimiento de los requisitos que se especifiquen, si bien no se podrá exigir como requisito un período de trabajo previo superior a 12 meses⁵.

2.3. El permiso para exámenes prenatales

En cuanto al permiso para exámenes prenatales, establece el art. 9 un permiso para las trabajadoras embarazadas (por tanto, reservado a la mujer trabajadora), sin pérdida de remuneración, para realizar los exámenes prenatales, si es que estos tienen lugar durante el horario de trabajo.

Sus principales características son las siguientes: es un derecho de titularidad exclusivamente femenina. Es un permiso de corta duración, pues se limita sólo al tiempo necesario para el examen prenatal y tiene carácter retribuido. No se predica de este permiso la protección de los derechos inherentes al contrato de trabajo, lo cual se justifica por la escasa duración del permiso.

² Se trata de la redacción de este precepto otorgada según lo dispuesto por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo 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.

³ La propia Directiva señala en los considerandos que las medidas “no tendrían efecto útil si no estuvieran acompañadas del mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de un remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada”.

⁴ Vid. la STJUE de 14 de julio de 2016, C-335/15, asunto M.C. Elisabetta Ornano.

⁵ Vid. la STJUE de 21 de mayo de 2015, C-65/14, asunto Charlotte Rosselle, por la que se considera contrario a la Directiva, el ordenamiento nacional por el que se deniega a la trabajadora la prestación por cambiar de empleo con anterioridad a su disfrute, supuesto en el que se exige un período de carencia específico de seis meses, al margen de que la trabajadora hubiese cotizado durante más de los 12 meses que señala el art. 11.4 de la Directiva.

2.4. Prohibición de despido

Por último, el art. 10 establece la prohibición de despido. Ciertamente la propia regulación de prohibición de discriminación (Directiva 76/2007) servía ya para la protección de una trabajadora despedida como consecuencia de la situación de embarazo/maternidad (Ballester Pastor, 2010, p. 40); pero dada la relevancia de un despido durante el período de embarazo, parto y puerperio, la Directiva ha optado por incluir una regla específica de protección. Esta protección alcanza desde el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad⁶, de manera que se protege a la trabajadora no sólo frente a despidos discriminatorios, sino también frente a todo despido que se produzca dentro del período de protección, salvo que esté debidamente justificado. En definitiva, con esta regulación se introduce la necesidad de garantizar la indemnidad de quienes disfrutan de estos derechos. En todo caso, no se trata de una prohibición total, pues se admite la extinción “en los casos excepcionales no inherentes a su estado”; es decir, se admite el despido por una justa causa no vinculada a su estado (García Rubio, 2020)⁷. Por tanto, prohibición de despido, salvo justa causa. Además, el art. 10.2 establece la obligación empresarial de dar motivos justificados del despido por escrito.

El principal problema interpretativo de esta norma reside en determinar que haya de entenderse por despido y cuál es el conjunto de mecanismos extintivos que están protegidos por este precepto. Un buen ejemplo de esta polémica es la extinción del contrato por no superación del período de prueba en caso de embarazo, o la falta de renovación del contrato temporal⁸.

2.5. Conclusión

A tenor de lo expuesto, el objetivo fundamental de esta regulación no es favorecer la conciliación. Se trata de una regulación destinada en exclusiva a la mujer y a proteger su salud; no obstante, también tiene como objetivo favorecer el establecimiento de la relación madre/hijo. Desde este punto de vista podría haberse hecho un planteamiento más amplio y favorecedor de elementos propios de conciliación, como haber permitido al padre el acceso a los cuidados del hijo y de la propia madre. Entendemos que tan relevante es el establecimiento de la relación madre/hijo como el establecimiento de la relación pa-

⁶ Consecuentemente no alcanza a situaciones como la fecundación in vitro, cuando todavía no se haya implantado el embrión en el útero, así la STJCE de 26 de febrero de 2008, C- 506/06, asunto Sabine Mayr. No obstante, en este caso si se declaró que la actuación de la empresa era discriminatoria (Directiva 76/2007/CEE), al probarse que la extinción estaba vinculada con el tratamiento de fertilidad al que se sometía la trabajadora, por lo que se pretendía evitar en la empresa a una trabajadora embarazada. De igual manera, también se considera discriminatorio el despido de la trabajadora realizado con posterioridad al período de protección del permiso por maternidad, si es que dicha extinción se vincula con el hecho de haber estado embarazada y haber dado a luz, tal como señala la STJCE de 11 de octubre de 2007, C- 460/06, asunto Nadine Pasquay.

⁷ Puede así verse la STJUE de 22 de febrero de 2018, C-103/16 asunto Porrás Guisado, sobre despido colectivo ajeno a la condición de embarazo o de maternidad.

⁸ Vid. sobre este supuesto la STJCE de 4 de octubre de 2001, C-38/99, asunto María Luisa Jiménez Bernal.

dre/hijo; de otro lado, si la madre está afectada en su salud, ¿no tendría sentido favorecer que los cuidados (tanto al hijo como a la propia madre) se otorguen por el padre?

3. El permiso parental: las Directivas 96/34/CE y 2010/18/UE

3.1. Caracteres generales

Una segunda fase de la regulación en materia de derechos de conciliación se abre con la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES; posteriormente sustituida por la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES; en definitiva, dos pruebas de la negociación colectiva europea, consecuencia de la incapacidad de las instituciones comunitarias de alcanzar un acuerdo sobre esta cuestión (Lousada Arochena, 2019, p. 786), lo que evidencia las dificultades del reconocimiento de derechos de conciliación durante más de 15 años (y lo que puede explicar, también el limitado alcance de estas Directivas). Son las Directivas que introducen en nuestro ordenamiento el permiso parental. El efecto principal de esta regulación es que se introduce en el ordenamiento comunitario auténticos mecanismos de conciliación, que van, por tanto, más allá que las medidas de protección de la maternidad.

El punto de partida es el ya mencionado art. 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, que prevé el establecimiento de medidas que permitan a los trabajadores y trabajadoras compaginar responsabilidades familiares y laborales. El planteamiento es el de estimar que una verdadera política de igualdad de oportunidades requiere la permitir la conciliación; lo cual se pretende alcanzar facilitando permisos a través de los que el trabajador se ausenta del trabajo para cumplir con sus responsabilidades familiares. Se trata, por tanto, de verdaderas medidas de conciliación, que nada tienen que ver con la protección de la salud.

Estos permisos se plantean desde una perspectiva neutra (Ballester Pastor, 2010, p. 53); es decir, que pueden ser disfrutados tanto por mujeres como por hombres, todos ellos trabajadores. En este sentido la cláusula 1 de la Directiva 96/34 afirma que el objetivo de la misma es facilitar la conciliación, por lo que se aplicará tanto a trabajadores hombres como mujeres. Se pretende con ello una más equilibrada distribución entre hombre y mujer trabajadores de las responsabilidades familiares, evitando así el planteamiento de la Directiva 92/85 y que las responsabilidades sólo recaigan sobre la mujer (Molina Navarrete, 2018, p. 5). Podemos decir que es la primera Directiva que pretende realmente afrontar la cuestión de la conciliación de la vida familiar y laboral (Aguilera Izquierdo y Cristobal Roncero, 2002, p. 15), superando el uso de medidas de titularidad exclusiva y estableciendo medidas neutras, auténticos derechos individuales que pueden reconocerse tanto a mujeres como hombres trabajadores. Ahora bien, cabe señalar que esta neutralidad en realidad no tiene que suponer que se rompa con el convencionalismo social por el que se atribuye a la mujer el

papel de cuidadora de la familia; pues no hay elementos relevantes que inciten o favorezcan que el hombre asuma, de manera igualitaria con la mujer, tales responsabilidades familiares (y ello pese a que el considerando 8º de la Directiva 96/34/CE establece que “debe animarse a los hombres a asumir una parte igual de las responsabilidades familiares, por ejemplo, solicitando un permiso parental mediante programas de sensibilización”). Dicho de otro modo: si existe un esquema social asentado por el que la mujer asume las responsabilidades familiares, el hecho de que el legislador implemente medidas de conciliación dirigidas indistintamente a hombres y mujeres, no supone una notable mejoría en la corresponsabilidad, pues seguirán siendo las mujeres, como siempre, quienes asuman tales responsabilidades.

3.2. Directiva 96/34/CE

Esta Directiva introduce dos mecanismos con el objetivo de mejorar las posibilidades de conciliación: el permiso parental y las ausencias por motivos de fuerza mayor. Comenzando por la segunda de estas cuestiones, las ausencias por motivos de fuerza mayor, la cláusula 3 de la Directiva establece que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores, hombres y mujeres, a ausentarse del trabajo por motivos de fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador. Este derecho podrá requerir del cumplimiento de condiciones o requisitos de acceso, pudiendo limitarse el mismo a una duración determinada al año o por cada caso, debiendo estarse a la regulación de cada Estado miembro.

El permiso parental (cláusula 2 de la Directiva 96/34) es la medida estrella y consiste en un derecho individual al que pueden acceder trabajadores tanto hombres como mujeres (un mecanismo, por tanto, neutral), en caso de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo; siendo éste un derecho de carácter individual; es decir, que tanto padre como madre trabajadores pueden ser titulares del mismo, sin que pueda reservarse su titularidad a uno u otro. La duración será como mínimo de tres meses y podrá disfrutarse desde el nacimiento o adopción y hasta una edad determinada (que puede ser de hasta ocho años) que deberá regular cada Estado⁹. Se trata, por tanto, de un permiso de cierta duración, cuyo objetivo es “poder ocuparse” del hijo; por tanto, otorgarle cuidados. Resalta de esta manera cómo el permiso parental puede tener un objetivo coincidente con el de maternidad (una vez la mujer haya superado las alteraciones de salud motivadas por el parto), lo cual refuerza la crítica que antes señalamos respecto del permiso de maternidad y su titularidad exclusivamente femenina durante todo el período de duración.

Las condiciones de acceso deben definirse por cada Estado, si bien la Directiva 96/34 señala ciertas cuestiones que pueden ser tenidas en cuenta por éstos: que se requiera un período previo de trabajo o antigüedad, que no podrá superar el año¹⁰; la posibilidad de

⁹ Por tanto, esa edad de ocho años es una mera y simple referencia.

¹⁰ Vid. la STJUE de 25 de febrero de 2021, C-29/20, asunto XI, a tenor de la cual se opone a la Directiva una normativa nacional que supedita la concesión del derecho a un permiso parental, a que el progenitor tenga la condición de trabaja-

ajustar las condiciones de acceso o las modalidades del permiso en caso de adopción; la exigencia de preaviso. No obstante, los requisitos de acceso deben respetar el objetivo del permiso, de manera que, por ejemplo, no podrá limitarse el derecho del padre a la condición profesional de la madre¹¹.

También plantea la Directiva (cláusula 2.3 e) la posibilidad de que los Estados definan circunstancias por las que el empresario pueda posponer la concesión del permiso parental (por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa). Desde mi punto de vista esta posibilidad no deja de ser criticable, pues si bien ha de lograrse un cierto equilibrio entre intereses del trabajador y el empresario, una regulación tan abierta puede suponer la desatención de las necesidades familiares o incluso que cuando pueda disfrutarse el permiso, las mismas hayan desaparecido. De esta forma se impone el interés empresarial al del trabajador. De una manera más razonable, la cláusula 2.3 f) de la Directiva 96/34 plantea la posibilidad de acuerdos particulares para responder a necesidades de funcionamiento y organización de pequeñas empresas, pues se trata de acuerdos, no ya de una imposición de los intereses empresariales. En todo caso, insistimos en que estas son posibilidades que deben ser decididas por los Estados, por lo que la Directiva no impone ninguna de estas medidas.

Cabe resaltar que esta cláusula 2.3 se refiere también a la posibilidad de que los Estados introduzcan mecanismos de disfrute flexible del permiso parental, pues señala que éstos podrán decidir si el permiso se concede en jornada completa, en jornada parcial, de forma fragmentada o en forma de un crédito de tiempo. Lamentablemente la Directiva no impone esta solución, sino que se limita a señalar que los Estados podrán decidir sobre esta cuestión; ahora bien, estamos ante uno de los mecanismos que más favorecen la conciliación, pues se trata de facilitar vías de adaptación del permiso a las concretas necesidades del trabajador. Estamos ante el germen de uno de los mecanismos que permite una mayor dosis de flexibilidad en la conciliación y que, lógicamente, favorece los intereses de los trabajadores.

Las dificultades de implantar esta adaptación y la facilidad para implantar un sistema que permita al empresario al empresario posponer el permiso parental evidencia cuál es el problema de estos mecanismos de conciliación: la problemática convivencia entre conciliación y la flexibilidad laboral demandada por el empresario.

De otro lado, el legislador comunitario es consciente que la concesión de estos derechos puede colocar a los trabajadores en una posición de debilidad frente al empresario, motivo por el que aplica medidas de tutela similares a las señaladas en la Directiva 92/85/CEE (cláusula 2ª apartados 4º a 7º):

dor en el momento del nacimiento o de la adopción de su hijo, pues ello supone ampliar más de 12 meses el período de actividad establecido como requisito, superando el máximo previsto por la Directiva. Esta Sentencia se pronuncia sobre la Directiva 2010/18, si bien, la posibilidad de exigir un período de actividad o antigüedad de, como máximo un año, se contempla también por la Directiva 96/34.

¹¹ Fue este el supuesto de hecho de la STJUE de 16 de julio de 2015, C-222/14, asunto Konstantinos Maïstrellis, en la que se estima contraria a la Directiva una normativa nacional que priva el derecho al permiso parental a un funcionario cuya esposa no trabaja, aceptándose el disfrute en este caso sólo cuando se considere a la madre incapacitada para hacer frente a las necesidades de cuidado del hijo.

- a) Protección frente al despido por haber solicitado o disfrutado el permiso parental. Es evidente que sancionar el disfrute de estos derechos con el despido, sería un acto discriminatorio. Debe resaltarse la diferencia con la Directiva 92/85, pues mientras que ésta establece un espacio temporal de protección que actúa en todo caso, salvo que exista justa causa que motive la extinción; la Directiva que analizamos ahora regula la protección frente a un despido utilizado como represalia (garantía de indemnidad).
- b) El trabajador tendrá derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo, o si no es posible, a un trabajo equivalente o similar. En este caso, se establece expresamente el derecho a la reincorporación, lo cual no se recoge en la Directiva 92/85/CEE¹².
- c) Mantenimiento sin modificaciones de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en la fecha de inicio del permiso parental; de manera que el disfrute del permiso parental no suponga para los trabajadores un tiempo muerto, sino que seguirán madurando tales derechos durante estos períodos¹³. De igual manera, las condiciones de disfrute del permiso parental tampoco pueden convertirse en circunstancias reductoras de derechos de los trabajadores que lo disfrutaban, pues ello podría conducir al rechazo por parte de los trabajadores a acceder al permiso parental¹⁴.

Podemos decir como conclusión que siendo el permiso parental un importante mecanismo de conciliación, no lo es de corresponsabilidad, pues si bien regula un derecho neutro, por tanto accesible tanto a hombres como a mujeres, eliminando la titularidad femenina del derecho; no favorece la supresión de la feminización de estos derechos de conciliación, pues la regulación se proyecta sobre una sociedad que considera como realidad imperante que es la mujer quien asume las responsabilidades familiares. Es decir, no hay argumentos o medidas dirigidas a lograr que haya una efectiva corresponsabilidad. Ciertamente la Directiva 96/34 señala en su cláusula 2.2 que para promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, las partes firmantes “consideran que el derecho de permiso parental previsto en la cláusula 2.1 debe concederse, en principio, de manera no transferible”. Es decir, plantea la no transferibilidad de los derechos al permiso parental (que no se desplace el derecho del padre a la madre para que sea ella quien asuma

¹² No obstante, recordemos que la Directiva 76/207, en su art. 2.7, ya reconocía el derecho de la mujer trabajadora que ha disfrutado del permiso de maternidad, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia. Esta redacción fue posteriormente asumida por la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundida), concretamente por su art. 15. En idéntico sentido la STJUE de 27 de febrero de 2014, C-588/12, asunto Lyreco Belgium NV y Sophie Rogiers; si bien en este caso se trataba de un despido injustificado.

¹³ Puede verse sobre esta cuestión la STJUE de 22 de abril de 2010, C-486/08, asunto Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, en materia del derecho a vacaciones.

¹⁴ En este sentido podemos acudir a la STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, asunto RE, sobre la indemnización de despido de una trabajadora (con contrato indefinido y a jornada completa) afectada durante el disfrute, a tiempo parcial, del permiso parental por un despido colectivo. En este caso estimó el Tribunal que la cláusula 2.6 de la Directiva era contraria a un ordenamiento nacional que calculaba la indemnización por despido y el subsidio por permiso de recolocación, parcialmente, sobre la base de la retribución de menor importe debida al permiso a tiempo parcial.

la totalidad); ahora bien, la norma no la impone, lo cual debilita enormemente la regulación comunitaria. Cabe advertir que la intransferibilidad es una cuestión bastante interesante, pues pretende evitar que sea la mujer, en exclusiva, quién sea la que haga frente a las responsabilidades familiares, abriendo la posibilidad a que éstas sean compartidas.

De otro lado, si bien esta Directiva cuenta con importantes aportaciones a la conciliación, lo cierto es que sus limitaciones o debilidades son patentes: no establece un derecho a remuneración o prestación durante el disfrute de estos permisos, lo que, en la práctica, supone que muchos interesados en el permiso parental renuncien al mismo por la necesidad de mantener la remuneración; no impone la intransferibilidad del permiso parental (Benito Benítez, 2021); tiene un escaso contenido obligatorio (Lousada Arocheña, 2019, p. 786) y concede un amplio margen de maniobra a los Estados, de manera que los Estados podían fijar las condiciones de acceso al derecho, pudiendo fijar requisitos o preavisos, no era obligatoria la intransferibilidad del permiso, o nada se establecía sobre la posibilidad de una retribución durante el disfrute del derecho; en definitiva, demasiadas cuestiones al arbitrio de los Estados (en este sentido se pronuncian Ballester Pastor, 2010, p. 54; Cabeza Pereiro, 2020, p. 42; Reche Tello, 2020, p. 71). Todo ello muestra la debilidad de las medidas que se plantean para lograr unos mínimos de conciliación.

3.3. La Directiva 2010/18/UE

La Directiva 96/34/CE fue sustituida por la Directiva 2010/18/UE, que revisaba el acuerdo sobre permiso parental aplicado por la primera. Lo que se pretendía era, ciertamente, una mejora de las medidas en materia de conciliación e incluso planteaba facilitar de manera más contundente la corresponsabilidad, pues su considerando 12^o señalaba que “las medidas para animar a los hombres a participar por igual en las responsabilidades familiares no han dado suficiente resultado; que por tanto, conviene adoptar medidas más efectivas para fomentar una distribución más equitativa de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres”.

Sin embargo, no podemos decir que esta regulación haya aportado un incremento sustancial en los instrumentos de conciliación; de hecho, podemos afirmar que en buena medida esta Directiva pecó por defecto, aportó poco a la conciliación y nada a la corresponsabilidad. Se trata, pues, de una norma de mera continuidad, una puesta a punto de la Directiva 96/34 (Cabeza Pereiro, 2020, p. 43), sin que haya llegado a introducir resultados trascendentes. Resumiendo, las medidas son las siguientes:

- De entrada, se amplía la duración mínima del permiso parental de tres meses a cuatro meses. Es un incremento, pero desde luego no podemos decir que suponga un gran logro para mujeres y hombres trabajadores que necesitan compaginar su vida familiar y laboral.
- En segundo lugar, se reitera que ese permiso debe, en principio, concederse con carácter intransferible; subrayándose que su finalidad es promover la igualdad

- de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. Pero sólo se impone el carácter verdaderamente intransferible a uno de esos cuatro meses. Se trata, evidentemente, de un magro resultado, pues aunque la totalidad del período debería ser intransferible, la normativa comunitaria no se atreve a ello, delegando en los Estados.
- Se establece que los Estados deben evaluar la necesidad de ajustar la regulación del permiso parental a las necesidades de quienes tengan hijos con discapacidad o enfermedad de larga duración. Es decir, se evidencia la especialidad de estos supuestos, pero no se impone ninguna medida específica.
 - En materia de protección de los trabajadores, se extiende la misma más allá del supuesto de despido como consecuencia de la solicitud o disfrute del permiso parental y ahora alcanza expresamente a cualquier “trato menos favorable”; por lo tanto hay una ampliación. No obstante, cabe señalar que un trato desfavorable por estos motivos entra dentro de los supuestos de discriminación, por lo que se trata, simplemente, de una puntualización.
 - Se hace referencia a que los Estados consideren las “cuestiones vinculadas a los ingresos”. No obstante, no se impone el abono de salario o prestación durante el disfrute de estas medidas, por lo que en la práctica se mantiene la misma situación que con la Directiva 96/34, que nada regulaba sobre esta cuestión.
 - Se establece que los Estados deben tomar medidas para velar que los trabajadores que hayan disfrutado del permiso parental, al reincorporarse, puedan pedir cambios en sus horarios, o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo. Por tanto, se evidencia la necesidad de adaptar el tiempo de trabajo una vez que han surgido las responsabilidades familiares. No obstante, la medida tiene un corto alcance, pues se plantea sólo como un instrumento dirigido a aquellas situaciones en las que se haya disfrutado del permiso parental y cuando se produce la reincorporación. Por lo tanto, no alcanza a situaciones en las que existiendo responsabilidades familiares, no se ha disfrutado del permiso parental; o, por ejemplo, tampoco podría pedirse este derecho si se pasa directamente del permiso maternal al trabajo (Reche Tello, 2020, p. 72). De otro lado, no se especifica cuáles podrían ser estas medidas flexibilizadoras; además, se establece que los empresarios tendrán en cuenta las solicitudes de flexibilidad, pero las resolverán “teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores”. Por tanto, no hay un reconocimiento de un derecho subjetivo, más allá del derecho a solicitar las adaptaciones.

En definitiva, hay una cierta mejora sobre la regulación anterior; pero, desde luego, no estamos ante avances sustanciales en materia de conciliación ni corresponsabilidad. De otro lado, se sigue sin regular cuestiones que tienen una especial relevancia desde el punto de vista de favorecer la conciliación, como ocurre con la posibilidad de retribuir a los trabajadores durante el disfrute del permiso parental (Ballester Pastor, 2010, p. 55; Lousada Arochena, 2019, p. 786).

4. La Directiva 2019/1158: la introducción de la corresponsabilidad como objetivo esencial

4.1. Caracteres generales

Bajo el título de Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, la UE introduce una nueva regulación con el declarado objetivo de favorecer la conciliación como instrumento que debe contribuir a lograr la igualdad de género y facilitar la participación de las mujeres en el mercado laboral y el reparto igualitario de las responsabilidades familiares (vid. considerando nº 6); es decir, la corresponsabilidad (Ballester Pastor, 2019, p. 1111). La UE era consciente de que uno de los factores más importantes que generan la infrarrepresentación de la mujer en el mercado de trabajo es la existencia de importantes dificultades para conciliar las obligaciones laborales y profesionales, debido a que la mujer es quien da respuesta a tales necesidades (vid. considerando nº 10). También se constata que las Directivas precedentes no han sido capaces de crear incentivos que induzcan a los hombres a asumir las mismas responsabilidades que las mujeres trabajadoras, generando un desequilibrio en el diseño de las políticas sociales de conciliación que en realidad incrementa y favorece el mantenimiento de los estereotipos sociales basados en la diferente función de uno y otro sexo frente a las necesidades de atención y cuidado de la familia. Todo ello impulsaba la reorientación de la política social para favorecer un efectivo reequilibrio entre hombres y mujeres trabajadores (vid. considerando nº 11). Se trata, en definitiva, de que la conciliación pierda ese aire de medida destinada a “favorecer” a la mujer, pues lejos de favorecerlas, les perjudica y penaliza su desarrollo profesional; por lo tanto, debe animarse al disfrute paterno de las medidas de conciliación, para así lograr un mejor equilibrio (Benito Benítez, 2021, Cabeza Pereiro, 2020, p. 47). Este es el objetivo manifestado por la Directiva; ahora bien, debemos preguntarnos qué medidas aporta y si con las mismas puede alcanzarse dicho objetivo.

Un análisis general de esta regulación evidencia los siguientes elementos característicos: en primer lugar, si bien la regla general sigue siendo la neutralidad de las medidas de conciliación, dicha neutralidad se rompe con la introducción del permiso de paternidad, dirigido a los “padres”; es decir, un permiso cuya titularidad se reserva a uno de los progenitores, tal como ocurre con la maternidad; pero en este caso a la inversa, pues el titular es el padre y no la madre. En realidad no estamos ante una medida inspirada en la necesidad de corregir una “injusta” discriminación por razón de sexo que perjudica a los hombres; al contrario, se trata de una medida dirigida a favorecer la igualdad de oportunidades de la mujer; pues lo que se persigue es el reparto equilibrado de responsabilidades familiares entre hombres y mujeres. Por lo tanto, es una medida dirigida, aun cuando pueda parecer paradójico, a favorecer la posición de la mujer. Con ello se está planteando una verdadera medida de corresponsabilidad que supera a las tradicionales de conciliación feminizada.

De otro lado, la Directiva contempla nuevas realidades familiares, pues en la regulación del permiso de paternidad, el titular del derecho será el “padre”, pero también “un segundo progenitor equivalente”. Es evidente que la pretensión de la Directiva es la de incluir en el ámbito de protección no sólo los vínculos biológicos, sino también aquellas situaciones jurídicas equivalentes; es decir, admite que se otorgue el derecho al permiso de paternidad cuando los ordenamientos nacionales reconozcan la situación de progenitores del mismo sexo (Rodríguez Escanciano, 2021, p. 10). Ciertamente la Directiva no delimita qué haya de entenderse por esta cuestión, señalando simplemente el derecho a tales progenitores equivalentes, en la medida en que esté reconocida por los ordenamientos nacionales. En todo caso, es positiva esta regulación, pues la conciliación y la corresponsabilidad deben atender a la diversidad familiar, no centrarse exclusivamente en la familia tradicional (Lousada Arochena, 2019, p. 795).

En tercer lugar, la Directiva fija un conjunto de derechos para acceder a diferentes tipos de permisos, lo que supone una ampliación de las medidas contempladas por la regulación anterior. Ello permite abarcar diferentes tipos de situaciones, sin que ellas se centren en el cuidado de un hijo recién nacido o de corta edad. De igual manera, se amplían los sujetos causantes de los diferentes derechos, de manera que, si bien los hijos siguen siendo en gran medida los protagonistas, ahora lo son los familiares (hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho –art. 3.1 e de la Directiva) e incluso abarca a no familiares pero convivientes en el mismo hogar que el trabajador.

Por último, la Directiva tiene múltiples aspectos en los que se remiten a los Estados, de manera que sean estos los que precisen aspectos relevantes del régimen jurídico de esta regulación. Ello permite que haya regulaciones nacionales que pueden limitar el disfrute de los derechos de conciliación.

En cuanto a las medidas concretas que se regulan, comenzaremos por analizar las que suponen una novedad en el ordenamiento comunitario:

4.2. Permiso de paternidad

Probablemente la novedad más relevante es que se introduce un nuevo permiso, el de paternidad; es decir, el derecho a ausentarse al que pueden acogerse los padres y, en la medida en que esté reconocido por la legislación nacional, un segundo progenitor equivalente con ocasión del nacimiento de un hijo (art. 3.1 de la Directiva). Ciertamente con anterioridad la Directiva 2006/54 contemplaba en su art. 16 que los Estados miembros podían reconocer un permiso de paternidad, pero lo cierto es que no lo regulaba, limitándose a señalar que si tales Estados lo regulaban, debían también tutelar a quienes lo disfrutaban frente al despido, así como reconocer el derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o uno equivalente y beneficiarse de las mejoras en las condiciones de trabajo que hubiesen nacido durante la ausencia motivada por disfrutar el permiso.

Ya hemos hecho referencia a la relevancia de incorporar en la titularidad del derecho no sólo a los padres (hombres), sino también al segundo progenitor equivalente, lo que

hace referencia a parejas de mujeres homosexuales (no así al caso de parejas de hombres, pues el permiso por paternidad se justifica por el nacimiento del hijo y, por ahora, los hombres no pueden dar a luz). Esta titularidad paterna, paralela a la titularidad materna del permiso maternal de la Directiva 92/85, evidencia esa pretensión del legislador de equilibrar las medidas de conciliación favoreciendo el disfrute de los padres trabajadores, introduciendo lo que algún autor considera una acción positiva “inversa” (Benito Benítez, 2021). De otro lado, se trata de un derecho que se justifica por la necesidad de prestar cuidados y atender al hijo recién nacido; por lo tanto, no se contemplan la adopción u otras situaciones similares como el acogimiento. Probablemente ello se debe a que este permiso se configura en paralelo al permiso de maternidad; ahora bien, ello no impide que debamos plantearnos lo inadecuado de esta exclusión y que ello genere una discriminación respecto de los hijos adoptados (Cabeza Pereiro, 2020, p. 54).

El régimen jurídico del permiso se contiene en el art. 4 de la Directiva y, tal como hemos señalado, es una norma que se dirige a favorecer que los padres puedan hacer frente a las responsabilidades generadas por el nacimiento de un hijo (se excluyen, por tanto, otras realidades como la adopción o el acogimiento, para lo que sólo quedaría la posibilidad del permiso parental). Se trata del derecho a ausentarse durante 10 días laborables, sin que pueda condicionarse este derecho a la realización de un período previo de trabajo o una antigüedad mínima. De otro lado, esta ausencia es retribuida (art. 8.1 y 2 de la Directiva), pues la misma genera derecho a percibir una remuneración o una prestación económica, que ha de garantizar unos ingresos equivalentes a los que percibiría en caso de interrupción por motivos de salud. El hecho de la retribución supone un elemento a favor de incentivar este permiso (y, por tanto, la corresponsabilidad); ahora bien, esta misma regulación establece la posibilidad de que los Estados puedan condicionar la retribución al cumplimiento de un período previo de trabajo que no podrá superar los seis meses, lo cual es totalmente criticable (Cabeza Pereiro, 2020, p. 57); ello supone la posibilidad de que se otorgue el permiso sin retribución por no cumplir con el posible requisito que puedan establecer los Estados (Ballester Pastor, 2019, p. 1119).

Cabe detectar en esta regulación un “cierto” paralelismo con el permiso por maternidad (Benito Benítez, 2021); sin embargo, una simple comparación con la regulación de la Directiva 92/85 evidencia que estamos ante un “derecho menor”: derecho de ausencia de 10 días laborables frente a 14 semanas (Reche Tello, 2020, p. 81). Desde mi punto de vista, tamaña desproporción no anima realmente a que se produzca una efectiva corresponsabilidad, de manera que el cuidado del hijo sigue siendo algo propio de la mujer. De otro lado, también desde una perspectiva crítica, ha de observarse cómo hay demasiados elementos no obligatorios en esta regulación, pues el art. 4 remite a los Estados cuestiones que son relevantes, como ocurre con la posibilidad de adaptar el permiso a las concretas necesidades del trabajador; así, serán los Estados quienes decidan si el permiso puede disfrutarse en parte antes o sólo tras el parto y, sobre todo, si permiten que el permiso pueda disfrutarse con arreglo a fórmulas flexibles. Sobre todo consideramos que esta última cuestión tiene una especial relevancia para el éxito de los mecanismos de conciliación.

4.3. Permiso para cuidadores

Una segunda medida novedosa que se introduce por esta Directiva es el permiso para cuidadores; es decir, el derecho a ausentarse del trabajo con el objetivo de otorgar cuidados o ayudas personales (es decir, que el trabajador deba prestar tales cuidados personalmente) a un familiar o a un conviviente en el mismo hogar del trabajador, cuando estos necesitan asistencia o cuidados importantes por motivo médico grave (art. 3.1 c de la Directiva). Se trata de un nuevo derecho que viene a intentar paliar situaciones en las que los trabajadores han de cuidar de familiares mayores (Cabeza Pereiro, 2020, p. 66): ciertamente no se establece así de manera expresa, pero si existen derechos como los permisos parentales o de paternidad, que están pensados para hacer frente a necesidades motivadas por hijos de corta edad, es evidente que este otro derecho tiene como objetivo a estos otros familiares. Esta posibilidad se desarrolla por el art. 6 de la Directiva que señala que dicho derecho tiene una duración de cinco días laborables al año por trabajador. Por otra parte, este mismo art. 6 señala que los Estados miembros podrán fijar detalles adicionales sobre el ámbito de aplicación (entendemos que se refiere al conjunto de familiares o sujetos que requieran de cuidados y que generen derecho a este permiso) y sus condiciones o requisitos.

La principal crítica a este precepto es que deja en manos de los Estados la configuración real de este derecho, pues son éstos quienes han de concretar cuestiones esenciales, como el ámbito de aplicación o conjunto de causantes de este permiso (grado de vinculación familiar o delimitación del conviviente), o la causa determinante del derecho (“motivo médico grave”), que haya de considerarse por prestar ayuda personal, o los requisitos o condiciones para la concesión del derecho. No obstante, en cuanto a los familiares y su delimitación, debe tenerse en cuenta lo previsto por el art. 3.1 e) sobre la definición de familiar: “hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional”. Podría considerarse que con ello se establece, al menos, una delimitación mínima del conjunto de sujetos, con la condición de familiar, que genera el derecho a estos permisos.

Hay, por tanto, una evidente indefinición de este permiso, dejando en manos de los Estados aspectos sustanciales que podrían conducir a regulaciones reductivas que limitasen su ejercicio. Probablemente el mejor ejemplo de esta indefinición lo encontramos en la duración del permiso mismo: cinco días laborables al año. Podría dudarse si esta duración es por cada familiar o conviviente al que atender, si tiene esta duración en función de cada ocasión en que sea necesario el ejercicio del derecho; ahora bien, dada su redacción literal (“cinco días laborables al año por trabajador”), parece evidente que estamos ante una duración máxima anual, con independencia de cuáles sean las necesidades del trabajador. Sin embargo, el apartado segundo del art. 6 de la Directiva señala que los Estados “podrán distribuir los permisos para cuidadores sobre la base de períodos de un año, por persona necesitada de asistencia o apoyo, o por caso”; es decir, deja en manos de los Estados la principal cuestión de la regulación de este derecho, siendo admisible tanto regulaciones nacionales de duración exigua (un “crédito” de cinco días anuales donde van

incluidos todos los posibles permisos, con independencia de las situaciones que puedan presentarse); hasta regulaciones mucho más amplias y flexibles (permisos de cinco días por cada familiar o caso en que haya que prestar los cuidados). Por último, también como cuestión criticable, no se prevé la retribución de estos permisos, si bien, siempre será posible introducir regulaciones nacionales más favorables para los trabajadores (art. 16.1 de la Directiva). En todo caso, es evidente que la ausencia de retribución no anima, ni a la conciliación, ni a la corresponsabilidad.

4.4. Fórmulas de trabajo flexible

El art. 9 de la Directiva prevé la posibilidad de que trabajadores con hijos que tengan una cierta edad (como mínimo hasta los ocho años), así como los trabajadores que ejerzan como cuidadores¹⁵, puedan solicitar al empresario fórmulas de trabajo flexible para poder hacer frente a sus responsabilidades familiares. Por fórmulas de trabajo flexible entiende la Directiva, “la posibilidad de adaptar sus modelos de trabajo acogiendo a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción de las horas de trabajo”.

Con ello se introduce un aspecto relevante: la constatación por el legislador comunitario de que la conciliación es fundamentalmente un problema de tiempo, o mejor, de adaptación del tiempo de trabajo. Se plantea que junto a las medidas más tradicionales en forma de permisos o derechos de ausencia, que supone el alejamiento de los trabajadores del empleo, se introduzcan mecanismos distintos por los que el trabajador pueda hacer frente a las necesidades de índole familiar sin cesar en su prestación de trabajo; manteniendo, por tanto, la conexión con la empresa y el empleo. En definitiva, una visión totalmente diferente de las medidas de conciliación. Ciertamente en las Directivas 2010/18 y 96/34 ya planteaban el disfrute del permiso parental a través de sistemas flexibles (tiempo completo o parcial, de manera fragmentada o conforme a un sistema de crédito de tiempo); pero se planteaba la flexibilidad en el disfrute de un permiso; es decir, no la flexibilidad en términos de adaptación del tiempo de trabajo, que es lo que hace ahora la Directiva 2019/1158. También la posibilidad de flexibilizar el tiempo de trabajo tras la reincorporación, para lo que previamente debía disfrutarse del permiso parental, no una medida general como la prevista por esta última Directiva.

Desde mi punto de vista la posibilidad de adaptar el tiempo de trabajo es una de las medidas que puede ayudar más a una efectiva conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares. En todo caso, estamos ante una primera incursión del legislador comunitario en este ámbito y, como tal, los resultados no son, ni mucho menos, espectaculares. Así, lo que plantea el art. 9 de la Directiva es que los trabajadores puedan solicitar fórmulas de trabajo flexible; es decir, no se reconoce un derecho a la adaptación del tiempo de trabajo, sino simplemente la posibilidad de solicitar dicha adaptación (Reche Tello, 2020,

¹⁵ El art. 3.1 d) de la Directiva define a los cuidadores como el trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o persona con la que viva en el mismo hogar y que requiere de cuidados importantes por motivos médicos graves.

p. 85). Ciertamente el art. 9.2 establece que los empleadores estudiarán las solicitudes, debiendo atenderlas en un plazo razonable de tiempo, pero tendrán en cuenta sus propias necesidades, así como las de quienes soliciten el derecho; señalando expresamente que podrán denegar o aplazar las mismas, si bien deberán justificar (no se indica que hayan de hacerlo por escrito, pero parece razonable que así sea) tal negativa o el aplazamiento; es por ello que este derecho recibe una cierta protección (Cabeza Pereiro, 2020, p. 69). También se establece la posibilidad de que los Estados condicionen este derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible, a la exigencia de períodos de trabajo previo o una antigüedad mínima (que no podrá ser superior a seis meses¹⁶).

En los casos de concesión de una de estas fórmulas de trabajo flexible, si ésta se sujeta a un determinado plazo de duración, el trabajador tendrá derecho a volver a su modelo de trabajo original al término del período acordado; e incluso podrá el trabajador solicitar la vuelta a su situación original antes de que finalice el plazo acordado si cambian las circunstancias, si bien en este caso el empleador no tiene la obligación de conceder la vuelta a las condiciones originales, pues tal como señala el art. 9.3 de la Directiva, en estos casos tendrá en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. En definitiva, una fórmula que pretende reflejar un cierto equilibrio de intereses.

Desde la perspectiva de la flexibilidad, debemos tener en cuenta que diferentes permisos prevén también la posibilidad de su disfrute con arreglo a fórmulas flexibles, tal como ocurre con el permiso de paternidad (art. 4.1 de la Directiva) o el permiso parental (art. 5.6 de la Directiva). Con ello se pretende favorecer unas mayores posibilidades de conciliación e incluso de aceptación de su disfrute por parte de los padres (en este sentido lo afirma el considerando nº 23 de la Directiva), lo que favorecería la corresponsabilidad. No obstante, no debemos confundir las fórmulas de trabajo flexible, desvinculadas del disfrute de permisos y que tiene autonomía como mecanismo de conciliación (Ballester Pastor, 2019, p. 1127), con la posibilidad de que el disfrute de los permisos se haga de manera flexible; si bien, tal como advierte la doctrina, podemos estar ante un solapamiento de medidas (Ballester Pastor, 2019, p. 1123; Cabeza Pereiro, 2020, p. 69).

4.5. Permiso parental

En cuanto a las medidas ya preexistentes, encontramos el permiso parental; es decir, el derecho a la ausencia del trabajo de los progenitores, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, al objeto de poder cuidar de este (art. 3.1 b de la Directiva). Se trata de un viejo conocido en la regulación sobre conciliación, habiendo sido regulado, tal como hemos visto por las Directivas 96/34 y 2010/18. Su régimen jurídico actual se contiene en el art. 5 de la Directiva que analizamos, la cual establece un permiso de cuatro meses en caso de nacimiento o adopción, para cuidar del hijo, manteniéndose que tales cuidados

¹⁶ En este caso se señala que dicha antigüedad debe computar los sucesivos contratos de duración determinada con el mismo empleador.

pueden otorgarse, como máximo, hasta que el hijo cumpla ocho años (no obstante, dentro de ese máximo, la edad del hijo pueden fijarla los Estados miembros). Respecto de esta última encontramos las siguientes diferencias:

- a) Se amplía el período intransferible de este permiso a dos meses, incrementando así el nivel de corresponsabilidad, pues la intransferibilidad es una garantía para que el permiso no se acumule en la madre (Ballester Pastor, 2019, p. 1122); sin embargo, no se contempla que todo el período sea intransferible que es lo deseable desde la perspectiva de la efectiva corresponsabilidad. Desde mi punto de vista, la principal novedad en este punto reside en que durante los períodos intransferibles se prevé (art. 8.1 de la Directiva) el percibo de remuneración o prestación económica; es decir, se fomenta el disfrute de períodos intransferibles por la vía de la retribución de los mismos, pues el resto del permiso parental no será retribuido. No obstante, a diferencia de la retribución o prestación durante el permiso de paternidad (recordemos que en este caso se asegura una retribución similar a la del permiso de maternidad), no se establece la cuantía mínima de la remuneración o prestación, dejando a los Estados que regulen esta cuestión. Evidentemente, ello supone un importante déficit de esta regulación, pues es perfectamente posible que se adopten regulaciones que, por su escasa cuantía, no fomenten el disfrute de tales permisos (Rodríguez Escanciano, 2021, p. 7). De otro lado, la regla de la intransferibilidad, que es un buen mecanismo para promover la corresponsabilidad, sin embargo no contempla la posibilidad de familias monoparentales, que se ven afectadas negativamente por una inflexible regla sobre esta cuestión (Cabeza Pereiro, 2020, p. 60).
- b) Respecto de la posibilidad de que el empresario aplaze la concesión del permiso parental, se especifica, no ya que ello sea por razones justificables relacionadas con el funcionamiento de la organización empresarial (tal como hacía la Directiva 2010/18), sino que se concreta como causa del aplazamiento que el período de disfrute solicitado “alteraría seriamente el buen funcionamiento de la empresa”. Se exige además, que la denegación del empresario se justifique por escrito. Se reduce de esta manera la posibilidad del empresario de aplazar el disfrute del permiso y se puede ejercer un mayor control de su decisión. En todo caso, sigue siendo criticable que la regulación comunitaria deje traslucir una preferencia por la posición empresarial, admitiendo la posibilidad del aplazamiento de un derecho para hacer frente a necesidades que, en la mayoría de los casos, son inaplazables (Reche Tello, 2020, p. 82).

De otro lado, si se solicita el disfrute del permiso a tiempo completo, el empresario, antes de proceder al aplazamiento, debe ofrecer la posibilidad de un disfrute en base a sistemas flexibles del permiso parental (art. 5.7 de la Directiva).

- c) Ciertamente con la Directiva 2010/18 ya se planteaba la posibilidad de sistemas flexibles; pero a tenor de lo dispuesto por el art. 5.6 y 7 de la Directiva 2019/1158, se evidencia un mayor interés por facilitar tales mecanismos de disfrute flexible de los permisos de paternidad, afirmándose incluso que de solicitarse por los trabajadores y denegarse por los empresarios tales medidas, éstos deberán justificar la denegación por escrito y en plazo razonable.

En definitiva, si bien la estructura del permiso parental no se ha modificado, hay una mayor protección del trabajador y un mayor interés por alcanzar soluciones flexibles, adaptando de esta manera los permisos a las necesidades de los trabajadores. No obstante, si bien se continúa avanzando en la senda de la corresponsabilidad, no podemos decir que a través de esta medida se haya dado un paso delante de especial relevancia, pues entendemos que, el incremento de la intransferibilidad del permiso y la previsión de una remuneración sin cuantía mínima de tales períodos, no son suficientes.

4.6. Ausencias del trabajo por fuerza mayor

En este caso no hay alteraciones sustanciales respecto de la regulación de la Directiva 2010/18. Simplemente al establecer las reglas sobre duración, el art. 7 señala, al igual que la Directiva 2010/18, que los Estados podrán limitar el derecho de cada trabajador a una duración “por año, por caso”; añadiendo ahora “o por año y por caso”. Una precisión que amplía las posibilidades de estas ausencias.

Debe tenerse en cuenta que puede darse cierta confusión entre el permiso para cuidadores, que tiene como objetivo cuidar de un familiar o conviviente en el mismo hogar por “motivo médico grave”, y la ausencia por fuerza mayor “en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata”. Parece que la diferencia reside en la intensidad del motivo médico (Ballester Pastor, 2019, p. 1126); pero también en el carácter inesperado o crónico de la situación médica (Rodríguez Escanciano, 2021, p. 12). De otro lado, en el permiso para cuidadores se prevé la posibilidad de que el causante sea un conviviente, mientras que en la ausencia por fuerza mayor el causante sólo puede ser familiar.

4.7. Reglas comunes

En los arts. 10 a 14, la Directiva establece todo un conjunto de reglas comunes a los diferentes permisos, por las que se fortalece la posición de los trabajadores que disfrutan o pretenden disfrutar de alguno de los diferentes permisos o ausencias reguladas en la misma. Con ello la protección del trabajador es superior a la ofrecida por la Directiva 2010/18, pues las reglas son mucho más desarrolladas y contundentes.

- a) En primer lugar, se prevé el respeto a los derechos adquiridos o en proceso de adquisición por los trabajadores, así como el derecho de reincorporación a su

puesto de trabajo o un puesto de trabajo equivalente, teniendo derecho a beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones como si no hubiesen disfrutado del permiso (art. 10). El derecho a la reincorporación no se predica de los casos de ausencia por motivos de fuerza mayor, lo cual se justifica por la escasa duración de estos permisos (adviértase que en estos casos sí se extiende la protección de los derechos adquiridos, lo cual no se producía con la Directiva 2010/18). Además, en este caso ya no se establece que los trabajadores, al reincorporarse, puedan solicitar cambios de horario o regímenes de trabajo. Ello no supone la supresión de derecho alguno, pues como ya hemos visto, el art. 9 de la Directiva regula la posibilidad de solicitar fórmulas flexibles de trabajo.

- b) Se reitera la prohibición de discriminación, cuestión esta que la Directiva 2010/18 mencionaba casi de manera testimonial. Sobre esta cuestión se dedica ahora el art. 11, que contiene la prohibición de discriminación o trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado de cualquiera de los permisos o tiempos de ausencia regulados por la Directiva, incluyendo a los casos en que se disfrute o soliciten fórmulas de trabajo flexible.

Además de lo anterior, se prevé expresamente la protección contra el despido por disfrutar o solicitar el disfrute de los permisos de paternidad, parentales o de cuidados o el disfrute de fórmulas de trabajo flexible; de manera que se prohíben tales despidos. Téngase en cuenta que la protección por despido que establece esta Directiva es paralela a la protección existente en las Directivas sobre permiso parental y no a la regulada en la Directiva sobre protección de la maternidad: la cuestión es relevante, pues en esta última se establece una protección “durante” los períodos de disfrute, mientras que en la regulación de las Directivas del permiso parental y en la Directiva 2019/1158, la protección es frente al despido “por haber solicitado o disfrutado uno de los permisos”; es decir, una tutela objetiva frente a una tutela causal (Cabeza Pereiro, 2020, p. 75.; en sentido crítico por la menor protección, vid. Rodríguez Escanciano, 2021, p. 10). Además, se prevé expresamente la alteración de la carga de la prueba cuando se alega el despido por estos motivos, correspondiendo al empresario que el despido se basa en motivos distintos (art. 12).

También se prevé que los Estados deben adoptar medidas de protección frente a represalias (cualquier trato desfavorable del empleador o consecuencias desfavorables) por la presentación de demandas para reclamar el cumplimiento de los derechos regulados por la Directiva (art. 14).

- c) Por último, se establece la necesidad de que los Estados establezcan sanciones por la infracción de las medidas adoptadas por la Directiva.

En definitiva, se aprecia con claridad una mayor protección de los derechos regulados por la Directiva, lo cual beneficia de manera directa las posibilidades de una conciliación efectiva.

5. La evolución de la cuestión en la jurisprudencia

A los efectos de este trabajo, parece conveniente señalar también cuáles han sido los que, a juicio de este autor, han sido los principales hitos jurisprudenciales en la evolución, pues en buena medida esta evolución también ha sido marcada por la propia jurisprudencia, que ha ido señalando necesidades que debían cubrirse por la regulación comunitario. En todo caso, estos hitos muestran un planteamiento muy claro de un conflicto que se ha venido produciendo a lo largo del tiempo: la evolución normativa ha mostrado cómo las Directivas comunitarias han estado pensadas desde la perspectiva de intentar favorecer el trabajo femenino, ya sea a través del reconocimiento de derechos de titularidad exclusiva vinculados a la maternidad, medidas de conciliación neutras con las que se pretendía favorecer la asunción de responsabilidades de una manera más equilibrada entre trabajadores y trabajadoras. Todo ello evidencia un trasfondo en forma de realidad social que viene imponiendo a la mujer un rol social de cuidadora que la penaliza profesionalmente y, como consecuencia, una injusta liberación del hombre de tales responsabilidades; o lo que es igual, una despreocupación del trabajador masculino por tales responsabilidades, lo que le ha beneficiado profesionalmente frente a las mujeres. Sin embargo, creo justo resaltar cómo en las sentencias que vamos a ver han sido trabajadores varones los que han intentado acceder, con mayor o menor éxito, a derechos típicamente vinculados a la conciliación, y tras la negativa en los ordenamientos nacionales, se ha promovido la respuesta jurisprudencial comunitaria.

Además, con ello vamos a constatar que la vía de reclamación ha sido la misma: la violación de los principios de igualdad y no discriminación. Podría pensarse que ello es una paradoja inesperada, pues una regulación que está pensada como instrumento para la defensa de la mujer trabajadora que ve limitadas sus posibilidades de alcanzar una verdadera igualdad de oportunidades en el ámbito profesional, finalmente es utilizada para el acceso masculino a derechos de conciliación. Pero lejos de pensar que ello pueda suponer una traición al objetivo final de obtener la igualdad de oportunidades, es justamente lo contrario, pues el objetivo final de toda esta evolución normativa es conseguir que las responsabilidades familiares dejen de ser una función femenina, que los derechos de conciliación dejen de estar feminizados; es decir, que haya una equilibrada distribución de las responsabilidades familiares, en definitiva, lograr la corresponsabilidad.

Vimos como el punto de partida de esta evolución normativa era la protección de la maternidad, con derechos de exclusiva de la mujer trabajadora. Con esta regulación se instala un planteamiento maximalista, por el que se protege la realidad biológica, la salud de la trabajadora y el establecimiento de una relación entre la madre y el hijo; todo ello a través de un permiso de maternidad bajo la titularidad exclusiva de la mujer. Este planteamiento, que considero, en parte, maximalista, fue refrendado por la jurisprudencia, siendo el principal hito jurisprudencial la STJCE de 12 de julio de 1984, C-184/83, asunto Hofmann. Como podemos constatar por su fecha, es previa a la Directiva que comentamos, por lo que en buena medida se evidencia cómo la doctrina fijada por la Sentencia fue asumida por la Directiva 92/85. En aquel caso el Sr. Hofmann reclamaba la aplicación de una

prestación económica, regulada para las madres que habían dado a luz, que comprendía desde el final del permiso de 8 semanas por parto y hasta que el neonato cumplió seis meses. Ciertamente la madre, tras las 8 semanas, se había reincorporado al trabajo y el Sr. Hofmann había disfrutado de una excedencia sin derecho a retribución, cuidando del hijo hasta los seis meses. La prestación le fue denegada y la sentencia del órgano judicial nacional también desestimó la demanda por entender que sólo las madres tienen derecho al período de descanso por maternidad y al cobro de la correspondiente prestación. El demandante reclamaba el derecho al cobro al entender que una vez agotadas las 8 semanas, el sentido del permiso por maternidad no reside ya en la protección de la salud de la madre, sino que el objeto de protección es otorgar los necesarios cuidados al hijo, lo cual, como es evidente, también puede ser llevado a cabo por el padre. Alegaba que el rechazo a su pretensión sería contrario al principio de igualdad entre hombres y mujeres en materia de condiciones de trabajo, a tenor del cual debe evitarse toda discriminación por razón de sexo (arts. 1, 2 y 5.1 de la ya derogada Directiva 76/207).

El demandante argumentaba que, mientras el período de las ocho semanas obligatorias estaban claramente conectadas con la salud materna, mientras que el resto del período no tenía como objetivo la protección de la madre por motivos biológicos y sanitarios, sino la protección del hijo; por lo que, consecuentemente, el padre también podía acceder a tal derecho; lo cual era apoyado por la Comisión¹⁷.

El TJCE afirmó que la justificación de proteger a la mujer en esta regulación tiene un doble aspecto: “Se trata de asegurar, por un lado, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y con posterioridad a éste, hasta el momento en que se normalizan sus funciones fisiológicas y psíquicas después del parto y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones” (parágrafo nº 25). En consecuencia, la Sentencia estimaba que era perfectamente posible reservar a la mujer en exclusiva un período posterior al descanso obligatorio, admitiendo que la protección de la relación madre-hijo justifica la titularidad materna de dicho derecho, sin que exista discriminación alguna sobre el padre (parágrafo nº 26).

La sentencia Hofmann evidenciaba que el TJCE no consideraba criticable una situación en que la mujer ha de tener atribuido por la sociedad el papel de hacer frente a las responsabilidades de orden familiar, del cual se excluía al hombre (el reparto tradicional de roles en la familia); interpretación que explica en buena medida la regulación de la Directiva 92/85 (junto con el origen preventivo y garantizador de la salud). Desde la perspectiva de la conciliación y, especialmente, la corresponsabilidad, este planteamiento deja

¹⁷ Consideraba que los derechos maternales derivados del embarazo y maternidad son una excepción al principio de igualdad de trato, que deben interpretarse restrictivamente para no generar una violación de la igualdad y no discriminación y que se justifican por su vinculación con la necesidad de proteger la salud de la madre. Consecuentemente, si una regulación nacional protege a la madre más allá de esa justificación y considera que es necesario proteger el interés del hijo, esta finalidad debería alcanzarse por medios no discriminatorios, lo cual aplicado al supuesto de hecho, era perfectamente posible proteger al hijo descargando a la madre de las tareas domésticas, mediante la concesión al padre de un período de descanso.

bastante que desear. Ciertamente nada puede objetarse sobre la necesidad de proteger la salud de la madre trabajadora, pero es evidente que considerar que el establecimiento de la relación con el hijo es un derecho exclusivo de la madre, supone, no sólo despreciar al padre, sino, sobre todo, impedir la corresponsabilidad, lo cual, paradójicamente, supone dañar las posibilidades de alcanzar la efectiva igualdad de oportunidades a la que aspira la mujer trabajadora (Reche Tello, 2020, p. 69).

Cabe resaltar cómo este planteamiento ha sido reiterado por la jurisprudencia comunitaria. Así, podemos destacar los razonamientos de la STJUE de 19 de septiembre de 2013, C-5/12, asunto Marc Bentiú Montull, en la que se reitera el problema del disfrute paterno del período de maternidad no obligatorio. En este caso se trataba de padre trabajador, pero madre autónoma, que optó por la protección del mutualismo sustitutorio (era procuradora), que no contemplaba prestación por maternidad durante un período de suspensión de actividad. Partiendo del reconocimiento de que el permiso de maternidad tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto (parágrafo nº 50); sin embargo, admite que voluntariamente la madre, titular del derecho (póngase énfasis en esta cuestión) puede ceder el período de disfrute no obligatorio al padre trabajador, pues ese período es renunciable (parágrafos nº 56 y 57), de manera que la Directiva no se opone a que el padre trabajador disfrute del derecho cedido por la madre trabajadora y titular del derecho (parágrafo nº 58). Sin embargo, también considera que no se opone a la Directiva 92/85 que un padre no pueda acceder al período de disfrute no obligatorio, pues la madre es autónoma sin derecho a suspensión de actividad (si no tiene derecho, no lo puede ceder)¹⁸.

No obstante, también es cierto que los razonamientos de esta doctrina jurisprudencial encuentran su límite justo hasta donde alcanza la protección de la salud y la especial relación materno filial. Aclaro, por si existen dudas, que estoy totalmente de acuerdo con la primera parte de esta afirmación: la protección de la salud implica, necesariamente, el establecimiento de medidas cuya titularidad debe ser exclusivamente femenina. Sin embargo, no estoy de acuerdo con la segunda parte de la afirmación, pues el establecimiento de una relación con el hijo, es tan necesario para la madre como para el padre. En todo caso, ha de quedar claro que a partir de ahí, establecer un derecho de titularidad exclusivamente maternal vedado a los padres, sería una situación discriminatoria por razón de sexo (Lousada Arochena, 2014, p. 382). En este sentido es necesario recordar la STJCE de 29 de noviembre de 2001, C-366/99, asunto Griesmar (Gala Durán, 2021, p.p. 53 y 54): en este caso se cuestionaba al carácter discriminatorio, por razón de sexo, de la regulación

¹⁸ Otra Sentencia más reciente que también reitera la doctrina Hofmann es la STJUE de 18 de noviembre de 2020, C-463/19, asunto Syndicat CFTF, sobre la reclamación de un padre que pretendía acceder al derecho de un permiso adicional de tres meses con sueldo, a disfrutar tras el agotamiento del permiso por maternidad, regulado en convenio colectivo, que lo reservaba para las trabajadoras que crían al hijo ellas mismas. Esta Sentencia, denegó el derecho al padre trabajador, considerando que la diferencia de trato es compatible con la Directiva 2006/54 ya que protege a la madre de las consecuencias del embarazo y la maternidad, lo cual alcanza, no sólo a la salud de la madre, sino también a "las particulares relaciones que mantiene con su hijo durante el período posterior al parto" (parágrafo nº 61).

francesa que reconocía cotizaciones ficticias aplicables a la pensión de jubilación a las funcionarias que hubieran sido madres o adoptado hijos. Reclamadas estas cotizaciones por un funcionario varón en el momento de su jubilación, le fueron denegadas dado que no era mujer. Planteada la cuestión ante el TJCE, el Gobierno francés señaló que tales cotizaciones eran una medida para compensar la desventaja de las madres funcionarias en su vida profesional. Sin embargo, el TJCE estimó de un lado que, a efectos del cuidado de los hijos no podía presumirse legalmente que estos eran cuidados por las madres y nunca por los padres, de manera que las situaciones de funcionarias y funcionarios a los efectos del cuidado de hijos podían ser comparables (vid. parágrafo nº 56); de manera que el reconocimiento exclusivo del derecho a la madre era discriminatorio (parágrafo nº 58). De otro lado, la medida en cuestión no tiene como objetivo compensar a la funcionaria que sufre, debido a las responsabilidades familiares, algún tipo de retraso o desventaja en su carrera profesional, sino que se limita a mejorar su pensión de jubilación “sin aportar ningún remedio a los problemas que puedan encontrar durante su carrera profesional” (vid. especialmente los párrafos nº 62 a 65).

Más modernamente podemos acudir a la STJUE de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, asunto WA; es decir, la sentencia que resuelve la cuestión del art. 60 LGSS en su redacción inmediatamente anterior a la vigente y por la que se reconocía un complemento de la pensión cuando la mujer trabajadora ha tenido o adoptado dos o más hijos, pero no reconocía el mismo derecho a los hombres (tal como señaló la doctrina, se trataba de aplicar el principio de igualdad a la Seguridad Social, así, De la Flor Fernandez, 2016, p. 125). El objetivo de este precepto se presentaba como una medida dirigida a recompensar la aportación demográfica de la mujer; sin embargo, es obvio que la aportación masculina a la demografía es tan necesaria como la femenina. El Gobierno español alegaba que también era objetivo de esta regulación la reducción de la brecha de género en materia de pensiones, por la mayor dedicación femenina a los cuidados familiares, lo que reducía su carrera profesional y, consecuentemente, las futuras prestaciones. Partiendo de la doctrina afirmada por la STJCE Griesmar, la cualidad de progenitor es tanto propia de la mujer como del hombre y el hecho de que la mujer dedique más tiempo que el hombre al cuidado de las familias, no puede suponer que hombre y mujer no estén en una situación comparable a los efectos de su acceso a una medida como la que contenía el art. 60 LGSS (párrafos 51 y 52), conclusión que es ciertamente discutible, pues efectivamente es notorio que hay una mayor dedicación de la mujer a atender las responsabilidades familiares (en similar sentido crítico, Ramos Quintana, 2021). Se reitera que es legítimo establecer medidas de titularidad exclusiva de la mujer, pero vinculadas a la protección del hecho biológico del embarazo y maternidad, así como la necesaria protección de la relación materno-filial (parágrafo nº 56). A partir de ahí, las medidas dirigidas en exclusiva a la mujer pueden generar situaciones de discriminación. Concretamente, y al igual que ocurrió con el caso Griesmar, al analizarse el art. 60 LGSS el TJUE llega a la conclusión de que “no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período

do que sigue al parto” (parágrafo 57 de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, asunto WA; vid también los párrafos 58 a 60 de esta sentencia). Por lo tanto, se consideró una norma discriminatoria, en tanto que el hombre trabajador no podía acceder a la misma, y esta no estaba conectada con la necesaria protección de la maternidad.

El siguiente hito en esta evolución es una conocida sentencia que afectó a nuestro ordenamiento nacional en materia de ausencia del trabajo por lactancia. Me refiero, como no, a la STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09, asunto Roca Álvarez. Recordemos que esta sentencia responde a la cuestión prejudicial planteada como consecuencia de la regulación entonces existente sobre los derechos de lactancia (art. 37.4 ET), a tenor de la cual, mientras la mujer trabajadora tenía titularidad de ese derecho en todo caso, el hombre trabajador sólo podía acceder a dicho derecho si la madre también era trabajadora. Se acudió, como en los casos anteriores al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 1.1 Directiva 76/2007 –hoy art. 1. Directiva 2006/54-) planteándose la cuestión prejudicial. Ante la misma, tomando como punto de partida la doctrina de la sentencia Griesmar, se reconoce que hay una diferencia de trato por razón de sexo (vid. párrafo nº 25), debiendo analizarse si está justificada, pues los arts. 2.3 y 2.4 de la Directiva 76/2007 reconocían que la igualdad de trato no obsta a que se establezcan medidas de protección de la mujer en caso de embarazo y maternidad, ni a las medidas de protección de la mujer para promover la igualdad de oportunidades (vid. párrafo nº 26).

Respecto de la primera justificación, se recuerda la jurisprudencia afirmada por la Sentencia Hofmann, si bien se constata que la regulación española, bajo el término lactancia, se está refiriendo, no a la alimentación natural del recién nacido o amamantamiento, sino a otorgar los cuidados oportunos, por lo que esta medida nada tiene que ver con el hecho biológico de la lactancia natural, estando desvinculado el derecho a la suspensión de la misma. El hecho más patente de ello es que la propia regulación prevé expresamente la posibilidad de que la ausencia por lactancia pueda ser disfrutada por el padre (si la madre también trabaja). Por lo tanto, “no puede considerarse que permita asegurar la protección de la condición biológica de la madre después del embarazo o la protección de las particulares relaciones entre la madre y el hijo” (párrafo nº 31, pero pueden consultarse también los nº 27 a 31). En definitiva, que no existe justificación que sostenga el trato desigual del padre en estos casos.

Hasta aquí esta Sentencia Roca Álvarez forma parte de la anterior línea jurisprudencial, la que viene a delimitar hasta dónde puede llegar la doctrina afirmada por la Sentencia Hofmann. Sin embargo, en esta sentencia se añade otro razonamiento que hace que consideremos que se da un paso más hacia la corresponsabilidad. Recordemos que se ha afirmado que había dos posible justificaciones al trato desigual. Se ha desestimado que estemos ante una norma de protección de la maternidad como hecho biológico; pero también se aludía a que el principio de igualdad de trato no impedía el establecimiento de mecanismos dirigidos a promover una efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Para el Gobierno español, aquella regulación de la lactancia, por la que la mujer trabajadora era titular directa del derecho, mientras el hombre sólo obtenía una titularidad condicionada, se justificaba como instrumento para compensar las desventajas de la mujer para la conservación de su empleo tras el nacimiento del hijo, a diferencia del hom-

bre. Es decir, se aludía a la previsión del art. 2.4 de la Directiva 76/207 (en aquél momento en vigor, hoy sería el art. 3 de la Directiva 2006/54)), a tenor de la cual se autorizan normas nacionales cuyo objetivo sea la efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el acceso al trabajo y el mantenimiento del mismo (Vid. párrafos nº 32 y 33).

Pues bien, ante este razonamiento, la TJUE respondió que la titularidad materna del derecho a la lactancia, mientras que el padre sólo tenga un derecho condicionado, lejos de ser un instrumento para alcanzar la igualdad de oportunidades, “puede en cambio contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental” (párrafo nº 36)¹⁹. Por lo tanto, una discriminación, pero en función de las repercusiones negativas que tiene sobre las mujeres trabajadoras (Ballester Pastor, 2010, p. 42; De la Flor Fernández, 2016, p. 127). En definitiva, se constata por parte del TJUE la necesidad de que la regulación sobre los mecanismos de conciliación debe servir a romper con el reparto tradicional de funciones entre hombre y mujer, con la imposición social a la mujer del papel de cuidadora. Se evidencia así el siguiente paso en la evolución: el de la corresponsabilidad.

Debe advertirse que difícilmente este planteamiento jurisprudencial motive un cambio en la doctrina jurisprudencial establecida por la STJCE Hofmann. No obstante, no debemos dejar de señalar cómo se ha producido algún movimiento que afecta a la inamovilidad de la doctrina afirmada por esta última: la Directiva 2019/1158, establece, como hemos visto, un permiso de paternidad y bajo éste late cierta tendencia a asimilar dicho permiso a algunos efectos propios del permiso de maternidad, de manera que en sus considerandos iniciales (al plantear la necesidad de que dicho permiso sea retribuido), se afirma que “conceder el derecho al permiso de paternidad y al de maternidad tiene objetivos similares, es decir, crear un vínculo entre el progenitor y el niño” (considerando nº 30 de la Directiva 2019/1158). Ello nos remite a la cuestión del objetivo del permiso de maternidad, sobre el que ya hemos planteado que si bien la protección de la salud genera una situación protegible exclusiva de la mujer; por el contrario, regular un período para que pueda establecerse la relación entre madre e hijo, tiene una situación más cuestionable desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación. De otro lado, hay que reiterar cómo la atribución de la titularidad de derechos a la madre cuando se trata de cuestiones no vinculadas a su salud, puede ser una forma de prolongar el convencionalismo social por el que se otorga a la mujer el papel de cuidadora.

6. Propuestas de futuro

Una vez analizada esta regulación debemos plantearnos las propuestas que debemos hacer a la luz de la evolución normativa y jurisprudencial. Desde mi punto de vista es esencial impulsar la corresponsabilidad como objetivo o meta a alcanzar; es decir, tal

¹⁹ Este planteamiento ya aparecía en la STJCE de 19 de marzo de 2002, C-476/99, asunto Lommers, sobre la negativa a admitir al hijo de un funcionario en una guardería, gestionada por la Administración, cuyas plazas se reservaban exclusivamente a los hijos de funcionarias.

como hemos señalado, debemos introducir en la conciliación la necesaria e imprescindible perspectiva de género; lo cual implica tanto reconocer que los derechos de conciliación no deben plantearse desde una perspectiva feminizada, como aceptar que la neutralidad en los derechos de conciliación no es suficiente para romper con la dinámica social que se impone a la mujer el papel de cuidadora. Para alcanzar este objetivo entendemos necesario seguir el siguiente iter:

- En primer lugar, considero necesario reevaluar la doctrina Hofmann, pues está demostrado que los excesos de protección sólo acaban dañando la posición de la mujer en el desarrollo de una carrera profesional. No quiero con esto transmitir la idea de que debe suprimirse la tutela de la salud de la mujer, pero sí que ha de medirse adecuadamente hasta dónde alcanza la justificación de medidas de protección exclusiva de la mujer trabajadora. Específicamente me estoy refiriendo a la protección de la “especial relación” entre la madre y el neonato. No parece admisible negar el mismo derecho al hombre cuando realmente no existe un motivo biológico que justifique este tipo de medidas.
- En segundo lugar, parece conveniente contemplar de manera conjunta la protección de maternidad y la protección de la conciliación de la vida familiar y laboral. Me refiero a una regulación conjunta de estos fenómenos, que permita un desarrollo más armónico entre los permisos de maternidad y paternidad. El desequilibrio entre uno y otro ha conducido a configurar el permiso de paternidad como un mero apéndice o complemento a la maternidad, cuando si lo que se persigue es la corresponsabilidad como objetivo, parece imprescindible una mayor asimilación de los derechos por paternidad al permiso por maternidad.
- En tercer lugar, es imprescindible reforzar la regulación en materia de conciliación; y ello fundamentalmente en dos direcciones. En primer lugar, procurando aportar medidas más enérgicas que favorecen la corresponsabilidad: la intransferibilidad de los permisos parentales es un buen ejemplo; pero también la posibilidad de condicionar la retribución en el permiso por paternidad puede jugar en contra de este objetivo; lo mismo podemos decir sobre la ausencia de regulación de salario en casos de permisos de cuidadores, o la falta de un mayor equilibrio del permiso de paternidad frente al de maternidad.

En segundo lugar, el ordenamiento comunitario debe ser mucho más fuerte frente a las posibilidades de los Estados, pues esta regulación deja todo un conjunto de elementos sustanciales a su configuración por parte de los Estados. No parece que esta sea la fórmula más adecuada, pues un conjunto tan nutrido de remisiones a los poderes normativos estatales puede generar regulaciones sobre conciliación de muy diverso grado.

- En cuarto lugar, y voy a detenerme en esta cuestión con un mayor detenimiento que en los apartados anteriores, creo imprescindible que la regulación sobre conciliación impulse medidas orientadas a facilitar una efectiva adaptabilidad

del tiempo de trabajo a las necesidades del trabajador. Ciertamente esta cuestión se contempla ya, como hemos visto, en la Directiva 2019/1158 (art. 9). Pero es una primera intervención, excesivamente tímida en esta materia, sin que se regule un derecho subjetivo de los trabajadores, sino una mera posibilidad para la que se requiere la conformidad empresarial.

La conciliación requiere necesariamente de tiempo, es el principal elemento de conflicto entre la vida laboral y familiar (Rodríguez Escanciano, 2021, p. 2); es decir, que el trabajador pueda contar con tiempo suficiente para poder atender las responsabilidades familiares. De esta manera, las normas sobre conciliación se encargan de facilitar este tiempo. Ahora bien, hasta este momento la regulación comunitaria se ha basado fundamentalmente en derechos de ausencia; es decir, derechos que facilitan que el trabajador paralice la actividad productiva, sin que se extinga la relación laboral, para poder hacer frente a las necesidades familiares. Al margen de que ello pueda suponer un alivio para las necesidades del trabajador, lo cierto es que este planteamiento supone el alejamiento del trabajador de la actividad productiva, con las consecuencias negativas que ello supone, especialmente sobre la continuidad de carrera profesional, la obsolescencia de conocimientos o aptitudes profesionales, o para la carrera de seguro (Gorelli Hernández, 2018, p. 3). Si lo analizamos desde el punto de vista de las mujeres trabajadoras, los perjuicios son evidentes y más notorios, pues al atribuirse a ellas tradicionalmente el papel de cuidadoras, han sido ellas quienes más han soportado estas consecuencias negativas.

Es por ello que entendemos necesario una evolución de las medidas de conciliación, que supere el enfoque tradicional centrado en derechos de ausencia y fomente el trabajo flexible (Molero Marañón, 2019, p. 174); es decir, una mayor preponderancia los derechos de presencia: aquellos que permiten al trabajador disponer de tiempo para hacer frente a las necesidades familiares, pero sin tener que dejar de trabajar. Este tipo de medidas pueden ser de dos tipos a su vez: en primer lugar, la reducción de la jornada de trabajo o el acceso a un trabajo a tiempo parcial; en segundo lugar la adaptación de la jornada.

Entendemos que es mucho más conveniente la adaptación, pues los mecanismos de reducción lo que plantean es que el trabajador pueda hacer frente a sus necesidades familiares sacrificando tiempo de trabajo y salario; siendo esto último algo absolutamente necesario en la inmensa mayoría de los casos. Ello supone que habrá trabajadores que renuncien a reducir el tiempo de trabajo al serles necesario el salario. De otro lado, es evidente que en estos casos estamos ante una conciliación a costa del sacrificio económico del trabajador. Poco o nada aporta la empresa a un fin social común.

La adaptación del tiempo de trabajo, por el contrario facilita que el trabajador pueda tanto atender a su familia como al trabajo sin que sufra consecuencias negativas por ello. Es, pues, una perspectiva mucho más favorable a los intereses de la conciliación (Gorelli Hernández, 2018, p. 4). Es aquí donde creo que debería centrarse la intervención normativa, pues la actual regulación del art. 9 de la Directiva 2019/1158 es claramente insuficiente y sufre de un evidente déficit de obligatoriedad para los Estados en cuanto a las

medidas que sugiere. De otro lado, considero que la ausencia de efectos negativos sobre el trabajador es un elemento que puede impulsar la corresponsabilidad, la asunción por parte de los hombres trabajadores de su legítima cuota de responsabilidades familiares, pues no se altera en modo alguno su situación profesional. Por idénticas razones creo que facilita una mayor dosis de igualdad de oportunidades para las mujeres.

La necesidad de un ordenamiento que establezca derechos “fuertes” para los trabajadores es evidente, pues si bien la adaptabilidad del tiempo de trabajo supone un claro beneficio para los trabajadores; para los empresarios puede suponer un problema organizativo, por lo que a buen seguro la primera respuesta empresarial a una propuesta en este sentido sea rechazarla. Tanto es así, que no es extraño considerar que la flexibilidad empresarial y los derechos de conciliación no son compatibles entre sí.

Uno de los aspectos que se ha hecho valer en tiempos recientes en esta dirección de favorecer una flexibilidad del tiempo de trabajo a favor del trabajador ha sido la fuerte irrupción del teletrabajo. Ha sido moneda común entender que el teletrabajo facilita la conciliación de la vida familiar y laboral, pues evita la presencia en la empresa y permite una mayor dedicación a las necesidades familiares. Sin embargo, ya hemos destacado cómo el teletrabajo presenta un lado oscuro que debe ser evitado, pues es una de las vías más importantes de invasión del tiempo de descanso por el trabajo, facilitando la ruptura de las fronteras entre uno y otro tiempo (Gorelli Hernández, 2021, p. 119; Herranz Martín, 2019, p. 98). Pero, además, esta posible usurpación del trabajo de ámbitos de descanso es mucho más preocupante en el caso de teletrabajadoras, pues suele atenderse las responsabilidades familiares de manera prioritaria, desplazando el trabajo a momentos más propios del descanso como el horario nocturno (Rodríguez Escanciano, 2021, p. 21). Es relevante, por tanto, no sólo promover el teletrabajo, sino también reforzar el derecho a la desconexión (Molero Marañón, 2008, p. 182) y, sobre todo, evitar que el teletrabajo se convierta en una especie de vuelta de la mujer al hogar que reactive el fenómeno de la “doble jornada” femenina. Desde este punto de vista se ha planteado por la doctrina la necesidad de introducir en el derecho a la desconexión la perspectiva de la conciliación, de manera que se incorpore como un elemento propio de este derecho (Ushakova, 2016, p. 16).

Este trabajo fue desarrollado en el marco del Proyecto “Claves jurídicas del bienestar social para una Andalucía más inclusiva”, subvencionado por la Consejería de Economía, conocimiento, empresas y Universidad de la Junta de Andalucía, P18-RT-4629.

Bibliografía

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel y CRISTOBAL RONCERO, Rosario: “Las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar y su desarrollo normativo”, *Tribuna Social* nº 134 (2002).

ALONSO BRAVO, Milagros: “La tutela del derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de circunstancias familiares. Un mecanismo coherente para fomentar

- la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de responsabilidades familiares”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* nº 28 (2012).
- ARASTHEY SAHÚN, María Lourdes: “Relación laboral y avances en materia de corresponsabilidad familiar entre mujeres y hombres”, *Actualidad Laboral* nº 1 de 2008.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo: “Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad”, *Revista de Derecho Social* nº 51 (2010).
- BALLESTER PASTOR, María Amparo: “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su trasposición al ordenamiento español”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 11 de 2019.
- BENITO BENITEZ, María Angustias: “La protección de la maternidad y de la corresponsabilidad”, *Trabajo y Derecho* nº 74 (2021).
- CABEZA PEREIRO, Jaime: “La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional”, *Revista de Derecho Social* nº 92 (2020).
- CASAS BAAMONDE, María Emilia: “Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 10 de 2018.
- DE LA FLOR FERNANDEZ, María Luisa: “Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el nuevo complemento por maternidad”, *Revista de Derecho Social* nº 76, (2016).
- GALA DURAN, Carolina: “El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?”, *Temas Laborales* nº 158 (2021).
- GARCIA RUBIO, María Amparo: “Despido por causas empresariales y conciliación familiar: garantías de las personas trabajadoras a la luz de la actual normativa y jurisprudencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 236 (2020).
- GORELLI HERNANDEZ, Juan: “Hacia la corresponsabilidad mediante la suspensión por nacimiento de hijos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 53 (2019).
- GORELLI HERNANDEZ, Juan: “Límites a la conciliación: de las necesidades de flexibilidad a la insuficiencia de las reducciones de jornada”, *Trabajo y Derecho* nº 46 (2018).
- GORELLI HERNANDEZ, J.: “Teletrabajo, tiempo de trabajo y desconexión tras la Ley 10/2021”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* nº 59 (2021).
- HERRAIZ MARTIN, María del Sol: “El impacto de la digitalización del trabajo en el empleo público y el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 54 (2019).
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando: “La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales”, *Derechos de las Relaciones Laborales* nº 8 de 2019.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014.
- MARTINEZ BARROSO, María de los Reyes: “La Seguridad Social como instrumento de conciliación de la vida familiar y laboral. Últimas tendencias”, *Tribuna Social* nº 205 (2008).

- MOLERO MARAÑÓN, María Luisa: “Los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar en la sociedad española del Siglo XXI”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social* nº Extraordinario (2019).
- MOLERO MARAÑÓN, María Luisa: “Derechos de conciliación y tiempo de trabajo”, *Documentación Laboral* nº 82 (2008).
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: “El «fin» de la «re-conciliación» trabajo/familia como derecho social fundamental ¿«sexuado»? sin «corresponsabilidad» no hay «paraíso» de igualdad”, *Trabajo y Derecho* nº 47 (2018).
- PERAN QUESADA, Salvador: “Tiempo de trabajo y género. La perspectiva española”, en AA.VV., dirigidos por S. Perán Quesada, *La ordenación del tiempo de trabajo en el Siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Comares, Granada 2014.
- PERAN QUESADA, Salvador: “La configuración jurídica del principio de corresponsabilidad y su necesaria aplicación efectiva”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 53 (2019).
- POQUET CATALA, Raquel: “Los nuevos derechos de conciliación de la vida laboral y familiar: la distribución horaria sin reducción de jornada”, *Actualidad Laboral* nº 21-22 de 2012.
- RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel: “Reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas: la reconstrucción de una frustrada acción positiva en el extinto complemento por maternidad”, *Trabajo y Derecho* nº 77 (2021).
- RECHE TELLO, Nuria: “La nueva Directiva de conciliación de los progenitores y cuidadores: ¿otra oportunidad perdida?”, *Revista de Derecho Social* nº 89 (2020).
- RODRIGUEZ ESCANCIANO, Susana: “Tiempo de trabajo y conciliación: premisas de un reparto equilibrado bajo el principio de corresponsabilidad”, *Trabajo y Derecho* Monográfico nº 13 (2021).
- SERRANO GARCIA, María José: “Los permisos de maternidad, paternidad y parentales en los instrumentos jurídicos de la Unión Europea”, *Relaciones Laborales* Tomo II de 2012.
- TOSCANI GIMENEZ, Daniel: “El disfrute paterno del permiso de lactancia y su interpretación por el TJUE”, *Revista de Derecho Social* nº 56 (2011).
- USHAKOVA, Tatsiana: “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 192 (2016).