

LA ‘MONOPARENTALIDAD’ COMO FACTOR DE ‘VULNERABILIDAD SOCIOLABORAL’: ¿QUÉ PODER JURÍDICO Y CÓMO DEBE COMPENSARLO?

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

NET21 NÚMERO 14, MAYO 2023

1. Conforme a la “cláusula de transformación social” que recoge el art. 9.2 de la Constitución Española (CE), recientemente recordado por la exposición de motivos del Proyecto de Ley Familias (publicado en el BOCG en la simbólica fecha del 14 de abril de 2023¹), todos los poderes públicos, no solo el poder legislativo, están obligados a actuar con la diligencia debida, desde sus respectivas competencias, para corregir las desigualdades entre personas y colectivos, a fin de “garantizar” que las personas integrantes de todo tipo de familia dispongan, y mantengan, una situación de igualdad efectiva en el acceso y ejercicio de los derechos socioeconómicos. Entre ellos se incluye, como es lógico, también de los derechos sociolaborales establecidos para la conciliación de la vida familiar y profesional, abarcando a ese nuevo tipo de familia conformado “por una sola persona progenitora” (la norma elude adjetivarla, conociéndose usualmente como “monoparental” -que aquí preferimos, por su etimología latina, que nada tiene que ver con el padre, sin con el alumbramiento-, si bien hoy se predica, desde un cierto lenguaje inclusivo, “monomarental”, porque es un hecho que más del 80 por cien de este tipo de familias lo encabezan mujeres). Esta protección de la diversidad familiar se reconoce como un significativo factor de enriquecimiento sociocultural a proteger, no solo prohibiendo las discriminaciones, en especial las indirectas, así como todo tipo de desigualdades no justificadas objetivamente, sino también con acciones positivas que favorezcan la igualdad efectiva, en el marco de la normativa internacional que regula y garantiza, desde un comprometido sistema multinivel, esta cuestión social de primer orden (ej. Convención de Derechos del Niño, Directiva UE/2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -CEDAW-).

Desde esta perspectiva, reconocidos ciertos factores de vulnerabilidad socioeconómica se deriva una exigencia de tutela reforzada para favorecer la crianza en unas familias en relación con otras, en aras de lograr una libertad real de decisión de la diversidad y de igualdad efectiva, real, existencial, como las monoparentales. Hasta el punto de que la familia monoparental (en el caso de tener dos personas descendientes en edad de cuidar) son equiparadas ahora a las familias numerosas (lo

¹ https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-151-1.PDF

que es objeto de crítica por ciertos sectores). Pero va más allá. Le reconoce una tutela especial.

En efecto, expresamente se les otorga una visibilidad oficial, con el título de familia monoparental, de validez estatal (ya lo otorgan varias CCAA), con un régimen jurídico propio y “una acción protectora específica” de favor (arts. 33 y ss. Proyecto de Ley). Sin embargo, pese a que, a otros efectos, se modifican los preceptos relativos a los permisos de nacimiento y crianza, incluido el art. 48 ET, ninguna previsión realiza sobre un eventual derecho de acumulación de permisos, manteniendo la equiparación “formal” con la biparental y su efecto excluyente de la diferencia de trato (art. 23.3 RD 295/2009). En suma, la ley proyectada no reconoce ningún vacío normativo a tal fin en el Derecho español, por supuesto tampoco discriminación alguna, sino que mantiene un silencio elocuente: la debida diferencia de trato de las familias monoparentales respecto de las biparentales debe reconducirse a través de muchas medidas, pero no acumulando permisos por nacimiento y cuidado (trabajo de cuidar).

2. Pudiera parecer sorprendente tan omisiva situación legal proyectada atendiendo a la STS, 4ª, 169/2023, de 2 de marzo. Quienes critican su negativa a reconocer un permiso acumulado por el nacimiento y crianza a las personas (generalmente mujeres) titulares de una unidad monoparental lo consideran una clamorosa exigencia para la ley española, por describir una discriminación indirecta por razón de sexo (perspectiva de género) y, más aún, una violación del principio de protección del interés superior del menor (perspectiva de infancia). De este modo, para el - numeroso- sector crítico con la mayoría, adherente al voto particular, la cuestión jurídico-social relevante a plantear sería la propia de los “límites a la potestad legislativa” a la hora de conformar el sistema normativo interno, a la luz de sus deberes de integración jurídica conforme al principio internacional de la diligencia debida². Éste impondría a la ley un determinado contenido de mayor favorabilidad a la igualdad efectiva en la diversidad. De ahí que, en el plano de la crítica jurídica-interna, dos sean las líneas de crítica judicial interna a la jurisprudencia, que rechaza la duplicidad de permisos de nacimiento y cuidado. A saber:

- a) El planteamiento de una cuestión prejudicial comunitaria para que el TJUE dilucide si, la actual omisión de un régimen particular, supone una forma de discriminación indirecta por indiferenciación de permisos de nacimiento, para las familias monoparentales, vulnera el Derecho de la Unión Europea (contradicción pretendida del art. 48.4 ET respecto del art. 5.8, en relación con el considerando 37, de la Directiva 2019/1158, así como, incluso, del art. 21 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Así se ha planteado ya por el Juzgado de lo Social n. 1 de Sevilla, apelando al TJUE para enmendar la plana al TS.

² Para su alcance en los sistemas nacionales de seguridad social vid. Miñarro Yanini, M- Molina Navarrete, C. (2023). *Una reinención sistémica de la seguridad social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género*. Editorial Bomarzo, Albacete.

- b) El planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, por parte de la sección del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) que, disconforme con la revocación por el TS de su originaria posición favorable a la acumulación, valora la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo ex art. 14 CE. No es la posición de la mayoría de la sala vasca, pero sí de un grupo crítico suficiente.

Por supuesto, no pretendo aquí volver a debatir sobre las razones jurídicas de una y otra posición, ya ampliamente discutidas, tanto en sede de doctrina científica como, en especial, judicial, ante la enorme cantidad y diversidad de posiciones sustentadas y de argumentos esgrimidos. Tengo para mí que, en tanto no dispongamos de un nuevo hito jurídico, legal -preferible- o jurisprudencial, de un nivel jurisdiccional diferente y superior al TS, la discusión jurídica se volverá circular y redundante, adhiriéndose unos sectores a la mayoría sentada por el Alto Tribunal y otros a la minoría, posición interpretativa esta última, por cierto, que parece volver a concitar la mayor simpatía doctrinal. Por mi parte no puedo, por estricta honestidad científica y, lógicamente, por la debida coherencia de pensamiento, sino reiterar la comprensión hermenéutica que expresé hace ahora casi dos años, en este mismo lugar (entrada del 10 de junio de 2021³). En aquél entonces, cuando todas las lecturas de doctrina científica eran entusiastamente partidarias del derecho a la acumulación de los permisos de nacimiento y cuidado en caso de unidad monoparental, entendida como una exigencia de diligencia debida en perspectiva de género e infancia, ya expresé y razoné por qué estaba convencido de que una decisión de tal calado, incluso si se consideraba -lo que es debatible- oportuna desde el punto de vista de la política del derecho de conciliación de la vida laboral y familiar, no podía ser una competencia propia del poder judicial, sino del poder legislativo. En suma, entiendo que la posición jurídicamente correcta es la sostenida por la mayoría en esta materia.

3. No, por supuesto, tampoco pretendo aquí “recrearme” en una suerte de “ya lo dije yo”, pues de nada serviría para lo que entiendo debe ser la misión de nuestra ciencia y de la doctrina que la cultiva: aportar nuevas perspectivas para avanzar, culturalmente, pero también en el plano social, desde el Derecho. Al respecto, dos son las reflexiones u observaciones jurídico-sociales que me gustaría plantear sucintamente en estas líneas, a propósito del debate jurídico, técnico y de política del derecho, que abre esta cuestión y la respuesta jurisprudencial. A saber:

- 1) Una desde un punto de vista teórico, pero con transcendencia práctica, en torno a la diferencia entre la función de libre creación (suplencia legal prohibida al poder judicial en aras de principio democrático) y la de debida integración de lagunas (y corrección de antinomias) desde el enjuiciamiento en clave de género e infancia (cumplimiento de una función de progreso

³ “El conflicto de conciliación trabajo-familia y monoparentalidad: ¿quién debe garantizar las necesarias acciones positivas? <https://www.net21.org/conciliacion-trabajo-familia-monoparentalidad/>

social desde la garantía de efectividad del Derecho inexorable para la interpretación jurídica).

- 2) Otra, más en un plano de pragmatismo jurídico, a fin de dar mayor concreción operativa, tanto de política legislativa como de hermenéutica aplicativa del Derecho Social, para la mejora efectiva del derecho la conciliación de la vida laboral y familiar de las familias monoparentales, ex art. 48 ET (modelo basado en los permisos -hasta ahora preferente en nuestro sistema-) y ex art. 34.8 ET (modelo que se basa en la adaptación del trabajo a las necesidades de cuidar -hasta ahora relegado en nuestra experiencia, salvo que mediara reducción de jornada y salario-).

En el primer plano, se ha abierto una agria polémica en la doctrina judicial partidaria de reconocer y garantizar el derecho a un permiso acumulado (aunque discrepen entre quienes consideran que debe ser las 32 semanas y quienes creen que debe ser tan solo 26 semanas), porque considera que el poder judicial es la vía adecuada para integrar una laguna o vacío normativo cuya persistencia llevaría a una antinomia normativa, al venir impuesto, a su entender, por la doble perspectiva, tanto de género como de infancia. A este último respecto, en el plano de la política jurídica, sorprende que se ponga el acento en la necesidad de asegurar a toda persona menor cuidada el mismo tiempo de atención de sus progenitores, de forma corresponsable en la biparental, de un progenitor, por lo general la madre, en la monoparental y no merezca atención alguna, ni siquiera par dar una explicación de la diferencia, el que el hijo o la hija de una familia parental en la que no se reúna el doble requisito contributivo exigible en nuestro sistema carezcan también de esta atención "completa". Pero, al margen de esta cuestión (no menor), a mi juicio, se olvida, o se infravalora, en esta posición que la función de progreso social desde el canal interpretativo ha de hacerse a través del rigor jurídico, sin deslizar los nuevos cánones de enjuiciamiento social integradores de la doble perspectiva de género e infancia por la peligrosa senda del "uso social alternativo del Derecho", como ya distinguiera de manera precisa, siguiendo la mejor doctrina científica en materia (LARENZ, FERRAJOLI), la STS, 4ª, 576/2022, de 23 de junio (integración de cotizaciones ficticias por parto).

Esta sentencia, un paradigma de aplicación correcta integradora de la perspectiva de género en el sistema prestacional de seguridad social, recuerda que, con su adopción:

"no se trata de alterar las fronteras de la protección social delineada por el legislador. Mucho menos de arribar a soluciones voluntaristas. Lo que sucede es que las pautas interpretativas que acabamos de exponer (perfil del subsidio para mayores de 55 años, concordancia interna de la LGSS, finalidad de la LOI, mandato constitucional) convierte en razonable y deseable el resultado a que llega la sentencia referencial. (...). Esta pauta interpretativa...tiene el máximo sentido a la hora de efectuar la interpretación normativa en relación con situaciones en que están en juego instituciones jurídicas encaminadas a la consecución de la igualdad efectiva de hombres y mujeres..." (FJ Sexto).

A tal inteligencia de la hermenéutica como función correctora e integradora, no solo de interpretación de sentido favorable al derecho fundamental en caso de dudas de cuál es el más favorable, corresponde el enjuiciamiento en clave de género (y de infancia), de modo que la aplicación nunca sea incondicional o acrítica. Ahora bien, lo que no puede ser conforme a Derecho es crear la solución jurídica desde la propia posición de política social de la jurisdicción (que, como vemos, ni siquiera es unívoca, pues en un caso se propone la regla de las 32 semanas, en otros la regla de las 26 semanas), pues en tales casos, si se entiende insanable el contraste entre las leyes (laborales y de seguridad social) y los derechos fundamentales, la única solución es bien cuestionar la validez constitucional bien cuestionar la conformidad comunitaria. En suma, siendo innegable la legitimidad, desde el garantismo jurídico-social, la función de crítica judicial social a las leyes, en clave de género, debe ser solo de corrección de vicios jurídicos en tal sentido, no de creación autónoma de la ley, salvo cuestionarla ante niveles superiores.

4. En el segundo plano, el de la pragmática jurídica, entiendo que, para cumplir con esta función de sujeción del poder legislativo y del poder jurisdiccional social a su papel de garantes, cada uno desde sus competencias constitucionales y comunitarias, también desde el juicio de convencionalidad ex art. 96 CE, del derecho a la no discriminación, y a la protección del interés superior del menor, en el marco de las familias monoparentales, hay otras vías, incluso más adecuadas, desde la política del derecho, a mi entender, claro, que insistir en la vía tradicional, la salida de la mujer -por ser la que sigue ejerciendo de forma más frecuente los derechos de conciliación, especialmente los que no conllevan ni retribución ni prestación económica- del trabajo para conciliar. En el plano legislativo, y al margen, lógicamente, de la legítima opción legal de conceder un permiso ampliado en caso de familia monoparental (perfectamente válido⁴, si bien sería más cuestionable que fuese un permiso puramente duplicado, ignorando las no desdeñables razones de corresponsabilidad subyacentes a ese modelo de equiparación, de ahí su individualidad y carácter intransferible entre progenitores), cabe explorar una vía diferente y que puede consistir en reconocer un permiso de nacimiento y cuidado a una tercera persona que medie relación de parentesco o no, siempre que acredite un cierto vínculo con la persona titular de la unidad familiar monoparental. De este modo, el concepto legislativo axial de la corresponsabilidad experimentaría una ampliación acorde con los nuevos tiempos, de modo que se vincule no solo a la directa progenitura, tampoco solo el ámbito familiar en sentido estricto -aun ampliado conforme a la nueva ley, sino a la colaboración social.

En lo que concierne al plano interpretativo, como ya planteé en su día, entiendo que la condición de monoparental debe servir de criterio de favor a la hora de establecer un derecho a la adaptación razonable (principio de proporcionalidad y ejercicio de

⁴ La reforma propuesta para el art. 48.6 ET reconoce un periodo de permiso adicional de dos semanas en caso de que la persona descendiente en edad de cuidar tenga discapacidad, una semana para cada persona progenitora, previendo que las dos semanas correspondan, lógicamente, a la única persona progenitora en caso de familias monoparentales. Una previsión perfectamente lógica y asumible.

buena fe) de las condiciones de trabajo a su situación especial familiar para conciliar ambos tiempos de vida y de trabajo (productivo y reproductivo), en virtud del art. 34.8 ET (un precepto este que está deviniendo cada vez más complejo en su aplicación y dispar en sus interpretaciones -ej. STSJ IC/Las Palmas 931/2022, 12 de septiembre, con un voto particular de dos magistradas-, incluida la dimensión indemnizatoria del derecho -ej. STSJ Madrid 64/2023, 27 de enero). Más aún. Esta condición sociofamiliar debe actuar como una presunción iuris tantum de adecuación razonable de la propuesta que realice la persona trabajadora monoparental, por lo común será una mujer, de modo que, de no probar la empresa razones suficientemente significativas de carga excesiva se deberá aceptar la propuesta. La reforma proyectada afecta notablemente al art. 34.8 ET, pero no recoge de forma expresa la condición monoparental como un factor específico a tener en cuenta para favorecer esa presunción de favorabilidad, por lo que podría tener un recorrido en tal sentido en el trámite parlamentario.

5. Es hora de terminar esta nueva aproximación a tan fascinante tema. Tiempo habrá de volver sobre él cuando se apruebe la reforma. Ahora solo me resta recordar que es momento de pensar en un modelo de conciliación corresponsable nuevo, que no se base en la idea del alargamiento continuo de permisos, más allá de lo razonable, para desarrollar y consolidar un modelo basado en un enfoque ergonómico efectivo (la real conciliación del tiempo de trabajo productivo y reproductivo) y en la socialización de los servicios de cuidar, de modo que, como ahora propone el proyecto de ley, se potencien las políticas públicas (garantía de rentas y de servicios sociales de cuidar), en coherencia con el valor positivo que tiene el trabajo de cuidar a familiares que así lo precisan (desde luego hijos/as, pero también, cada vez más, padres/madres).

En definitiva, creo y soy partidario de una ciencia jurídico-social, por lo tanto, de una hermenéutica jurídica, que se toma muy en serio las garantías de efectividad de los derechos sociales fundamentales, en especial de las personas trabajadoras, más a más vulnerables resulten, incluyendo claramente la lucha judicial por tales derechos. Ahora bien, parafraseando a Luigi FERRAJOLI (Derecho y garantías, 2024, pág. 34), una cosa es que ese paradigma de ciencia jurídico-social interaccione de forma activa, incluso se entrelace estrechamente con la "política del derecho social", y otra muy diferente es que se confunda con ella, atribuyendo a la jurisdicción un poder autónomo de crea aquella solución que considere más adecuada, al margen de la Ley del Derecho vigentes y válidos en cada momento. Un poder que no solo no existe constitucionalmente, tampoco en el plano del Derecho Comunitario, ni del Internacional, sino que, como vemos, tampoco da la certeza jurídica, menos la justicia social, requeridas, porque cada cual propone "su" solución, sin que haya coincidencia.

Desde esta perspectiva, a mi juicio, el voto minoritario del TS en esta materia no solo exhibe una desmesurada confianza en el papel garantista del derecho jurisdiccional, sino que formula una pretensión eminentemente "voluntarista", respetable, pero no más que la contraria, careciendo, sin embargo, del necesario referendo en el sistema.

A mi entender, la vía de solución de las necesidades de tratamiento diferenciado de condiciones familiares como la monoparental solo puede venir del Derecho rectamente entendido, esto es, de la ley nueva y de la interpretación conforme a la coherencia, la igualdad y la razón jurídicas, los únicos caminos para

“responder a la complejidad social y para salvar, con el futuro del derecho, también el futuro de la democracia” (social)⁵.

⁵ Vid. FERRAJOLI, L. (2004). *Derecho y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid. p. 34.