

## La conciliación de la vida familiar y de la vida laboral en el Derecho Comunitario. Un análisis jurídico-feminista

Juana María González Moreno

Universidad César Vallejo, Trujillo, Perú

### Resumen

Nuestro trabajo analiza, a partir de la teoría feminista y, en particular, de la teoría jurídica feminista, la problemática de la conciliación de la vida familiar y de la vida laboral en el Derecho Comunitario (en la actualidad, Derecho de la Unión Europea) y muestra cómo éste no tiene en cuenta la necesidad que tienen las mujeres de un reparto equitativo con los hombres de las tareas familiares y domésticas. En el Derecho Comunitario la conciliación de responsabilidades familiares y profesionales no es percibida como una cuestión de ciudadanía. La ciudadanía se articula en torno al espacio público, y este espacio toma como referente el modo de vida masculino, del que no forma parte la asunción de las tareas familiares y domésticas, tareas que, por el contrario, forman parte de la función de reproducción social de la vida humana que deben asumir las mujeres. Lo que pone de manifiesto el sesgo masculino y de género del Derecho Comunitario.

**Palabras-clave** mujeres, derecho comunitario, conciliación de la vida familiar y laboral

### Abstract

**The Conciliation of work and family life in the Community Law. A feminist legal analysis**

From the feminist theory and, in particular, from the feminist legal theory, our work analyze the situation of the conciliation of work and family life in the Community Law (today, the European Union Law) and it show how this hasn't included the women's need of an equitable distribution with the men of the family and domestic tasks. In the Community Law the conciliation of work and family life isn't perceived as a citizenship question. The citizenship is formulated around the public sphere and this sphere has as referent the men way of life of which the family and domestic tasks aren't accepted. Contrary these tasks to belong to function of social reproduction of human life that the women must to take on. What become apparent the masculine bias and of gender of Community Law.

**Keywords** women, community law, work and family life conciliation

### Resumo

**A conciliação entre a vida familiar e a vida profissional no Direito Comunitário. Uma análise jurídico-feminista**

O nosso trabalho analisa, a partir da teoria feminista e, em particular, da teoria jurídica feminista, a problemática da conciliação da vida familiar e da vida profissional no Direito Comunitário (na actualidade, no Direito da União Europeia) e mostra como este não tem em conta a necessidade que as mulheres têm de uma partilha equitativa das tarefas familiares e domésticas com os homens. No Direito Comunitário, a conciliação de responsabilidades familiares e profissionais não é percebida como uma questão de cidadania.

A cidadania articula-se em torno do espaço público e este espaço toma como referente o modo de vida masculino, do qual não faz parte a assunção das tarefas familiares e domésticas, tarefas que, pelo contrário, se integram na função de reprodução social da vida humana que as mulheres devem assumir. Isto evidencia o enviesamento masculino e de género do Direito Comunitário.

**Palavras-chave** mulheres, direito comunitário, conciliação da vida familiar e profissional

## Introducción

El principio de igualdad fue uno de los principios fundantes de las Comunidades Europeas («Unión Europea», desde el 1 de diciembre de 2009, fecha de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa por el que se reforman los tratados fundacionales de las Comunidades).

Aunque inicialmente restringido al ámbito económico, en concreto a la igualdad de retribución entre hombres y mujeres, en consonancia con el carácter básicamente económico que revistieron las Comunidades Europeas (vid. el art. 119 del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, en que la igualdad de retribución entre hombres y mujeres era una exigencia que debían satisfacer los Estados miembros de las Comunidades Europeas<sup>1</sup>), con posterioridad el principio de igualdad se ha ido ampliando.

Es lo que ha ocurrido en el Tratado de Amsterdam, de 1997, en el que se extendía lo que en el Tratado de Roma sólo era reconocimiento de la igualdad de salario, a una igualdad real en todos los ámbitos de las relaciones de género, incluyendo en este concepto de igualdad la posibilidad de que los Estados miembros pudieran adoptar libremente medidas de acción positiva. Y, en el mismo sentido, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007, parte integrante del Tratado de Lisboa, y a la que éste dota de carácter vinculante<sup>2</sup>.

Por otra parte, el activismo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en la actualidad, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque en este artículo lo seguiremos designando de la primera forma y de manera abreviada, TJCE), ha contribuido a que la igualdad de trato se consolide como un derecho fundamental de la Comunidad, a través de dos mecanismos básicos que han sido: uno, el repudio de la discriminación indirecta, que es la que producen determinadas normas aparentemente neutrales en cuanto al sexo pero que com-

<sup>1</sup> Conforme al art. 119 del Tratado de Roma, «cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo (...)».

<sup>2</sup> En su art. 23, la Carta manifiesta, en relación a la igualdad, lo siguiente: «La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».

portan un perjuicio para las mujeres<sup>3</sup>, y dos, la admisión, aunque con determinadas condiciones, de las acciones positivas<sup>4</sup> (a nivel normativo, ya legitimadas en el Tratado de Amsterdam y otros textos).

Sin embargo, pese a esta vocación del Derecho Comunitario (o Derecho de la Unión Europea) por la igualdad real, que llega hasta la legitimación de las acciones positivas para combatir la situación social de subordinación en que se encuentran las mujeres en relación a los hombres, una problemática no resuelta y de la que depende en gran parte la igualdad entre los hombres y las mujeres es la de la conciliación de los tiempos de vida y de trabajo pues aún hoy «las mujeres aseguran siempre lo esencial del trabajo doméstico y son las únicas responsables de la conciliación familia – trabajo (un eufemismo que significa que son ellas quienes tienen que resolver el problema de la doble jornada de trabajo» (Staerklé et all. 2007:18).

Y aunque se señala que «la conciliación entre la vida profesional y la vida familiar de los padres ha sido durante mucho tiempo un principio dominante de la Comunidad Europea en materia de igualdad de sexos» (Letablier, 2001, cit. en UNAF, 2004), nosotros nos preguntamos en qué medida esto es así. Concretamente: ¿cuál es el tratamiento que el Derecho Comunitario ha otorgado a la conciliación de la vida familiar y de la vida profesional? O lo que es lo mismo: ¿en qué medida las experiencias de vida de las mujeres – su situación», como decía Simone de Beauvoir (1949) –, de las que forma parte la asunción en forma exclusiva de las responsabilidades familiares y domésticas, han sido tenidas en cuenta por el orden jurídico comunitario?

Porque el Derecho, en general, como la doctrina feminista ha puesto de manifiesto, históricamente no ha servido a los intereses de las mujeres sino que más bien ha constituido un mecanismo de control de la sexualidad de las mujeres, a las que ha encarcelado en su función de maternidad (vid. entre otros autores, Castán, 2000; Arnaud-Duc, 2000; Smart, 1994, 2000).

---

<sup>3</sup> La jurisprudencia comunitaria, siguiendo la senda de la jurisprudencia norteamericana, ha distinguido la discriminación directa, en la cual hay un trato desigual fundado sobre un motivo prohibido, de la discriminación indirecta en la que el trato es explícitamente igualitario, pero produce un efecto adverso y carente de justificación en una necesidad empresarial. Vid. al respecto la sentencia del TJCE en el asunto *Bilka Kaufhaus*, en que se trataba de una trabajadora alemana a la cual se le había denegado el pago de una pensión complementaria porque correspondía sólo a los trabajadores a tiempo parcial cuando hubieran trabajado al menos quince años en jornada completa de un período total de veinte, y en el que el Tribunal consideró que los hechos constituían una discriminación indirecta porque, en la empresa, el trabajo a tiempo parcial era desempeñado diez veces más por mujeres que por varones, y que, debido a esa desproporción, la medida creada en convenio colectivo, en apariencia igualitaria, producía un impacto adverso sobre las mujeres.

<sup>4</sup> El Tribunal de Justicia se ha visto forzado a admitirlas como consecuencia de las críticas recibidas a su sentencia en el asunto *Kalanke* (1995), en que no permitía que se concediera una preferencia automática a favor de las mujeres en el supuesto de subrepresentación en un determinado empleo. En asuntos posteriores (*Marschall, 1997; Badeck, 2000; Anderson, 2000*), el Tribunal ha considerado que los Estados pueden establecer medidas de acción positiva para las mujeres con determinadas condiciones.

En el caso del ordenamiento jurídico comunitario (en su conjunto, comprensivo tanto de normas vinculantes como no vinculantes), su configuración es tributaria en buena medida del sentir de los distintos estados nacionales, de los ordenamientos jurídicos internos y de las concepciones imperantes al interior de éstos (particularmente de las concepciones que éstos tienen sobre las mujeres), pero el ordenamiento jurídico comunitario es también el espejo en que se miran los ordenamientos jurídicos internos, lo que aumenta el riesgo de que se refuercen las pautas imperantes en éstos. De ahí la necesidad de realizar su análisis y de intentar dar respuesta a los interrogantes planteados.

### 1. El enfoque feminista del Derecho

Nuestro análisis del Derecho Comunitario toma como referente la teoría jurídica feminista y, en particular, el esquema de análisis del Derecho elaborado por Carol Smart, el cual significa atravesar tres fases de análisis que esta autora designa con las frases «el Derecho es sexista», «el Derecho es masculino», y «el Derecho tiene género» (Smart, 1994; 2000).

A partir de este enfoque se afirma que el Derecho no es neutro ni se limita a reproducir las desigualdades y discriminaciones que hay entre hombres y mujeres en la sociedad. El Derecho recrea estas desigualdades y discriminaciones y produce determinadas identidades de género. Esta faceta productora de identidades de género es la que Smart identifica con la frase «el Derecho tiene género», que implica la necesidad de desvelar las identidades de género que el discurso jurídico produce.

Al mismo tiempo, nuestro análisis tiene en cuenta la deconstrucción de la dicotomía público/privado que ha llevado a cabo la teoría feminista en estas últimas décadas (vid. Jónasdóttir, 1993; Pateman, 1995; Young, 1990). El espacio privado o, más exactamente, el espacio doméstico<sup>5</sup>, como señala la teoría feminista, ha sido caracterizado como el reino de las necesidades, el reino de las diferencias, pero dicho espacio es el lado necesario del espacio público (o espacio de la libertad, donde son los individuos, los sujetos, quienes actúan).

El espacio privado debe ser incorporado a la política, concebida ésta como un espacio en que los individuos y los grupos puedan afirmar sus diferencias y reclamar tanto la atención hacia sus necesidades específicas como la compensación de las desventajas sufridas por una situación anterior de discriminación. Y esta reivindicación feminista en relación a la política debe ser exportada al Derecho, a fin de que éste tenga en cuenta las necesidades específicas de las mujeres.

<sup>5</sup> En este trabajo, utilizamos los términos «espacio privado» y «espacio doméstico» como intercambiables. Pero si tenemos presente el análisis de Soledad Murillo, quien ha demostrado cómo el espacio privado (en tanto que espacio de la libertad, de la intimidad) no ha tenido existencia para las mujeres, por espacio privado habría que entender el espacio doméstico (vid. Murillo, 1996).

## **2. El Derecho Comunitario no tiene en cuenta la necesidad de las mujeres de un reparto equitativo con los hombres de las tareas familiares y domésticas**

En principio, puede decirse que el Derecho Comunitario ha prestado atención a la conciliación de la vida familiar y laboral, y de ahí que en él se contengan tanto medidas de conciliación formalmente admitidas como tales y que tienen como fin favorecer la igualdad real de hombres y de mujeres – por ejemplo, el permiso de maternidad y el permiso parental – como medidas que son utilizadas de hecho para favorecer dicha conciliación – como es el caso del trabajo a tiempo parcial.

Cabe citar en este sentido una serie de textos, vinculantes y no vinculantes<sup>6</sup>. Entre los primeros están dos Directivas que han regulado el permiso de maternidad y el permiso parental, respectivamente: la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 1992, relativa a la aplicación de las medidas para promover en el trabajo la mejora de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia, y la Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental de 14 de diciembre de 1995, celebrado entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios europeos (UNICE, CEEP, CES). Con posterioridad, estas medidas han quedado incluidas en el Tratado de Lisboa, el cual integra la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2007, en cuyo artículo 33. Vida familiar y vida profesional, se dice expresamente lo siguiente:

2. Con el fin de poder conciliar vida familiar y profesional, toda persona tiene derecho a ser protegido contra cualquier despido por causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.

Pero si examinamos de forma más detenida el Derecho Comunitario, y en concreto, la regulación dada a las medidas que hemos citado, y la interpretación que de las mismas ha hecho el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pueden percibirse determinadas pautas de actuación que denotan cómo este Derecho en realidad no tiene en cuenta la necesidad de las mujeres de un reparto equitativo con los hombres de las tareas familiares y domésticas.

Entre dichas pautas de actuación están la consagración normativa de una división de roles, la indiferencia hacia la forma de reparto entre los sexos de las tareas familiares y domésticas, el simbolismo de determinadas medidas de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales, el sentido restringido otorgado a «los otros» cuyo cuidado da lugar al establecimiento de medidas de

---

<sup>6</sup> Vid. por ejemplo la Estrategia Marco Comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005) de la Comisión Europea y el Programa Comunitario de lucha contra la discriminación (2001-2006), en los que se prevé como medidas para promover el acceso a la igualdad y al pleno goce de los derechos sociales por parte de las mujeres y de los hombres, las de mejorar el alcance del permiso de paternidad, la protección de la maternidad y el tiempo de trabajo.

conciliación, la regulación de la conciliación de responsabilidades sólo para las mujeres que trabajan y, finalmente, la inconsciencia de las consecuencias negativas que el trabajo a tiempo parcial tiene sobre la carrera profesional de las mujeres. Vamos a detallar a continuación cada una de estas pautas.

#### *La consagración normativa de una división de roles*

Una pauta presente en el Derecho Comunitario es la existencia de normas que, de forma indirecta, establecen un reparto sexuado de los roles en el seno de la familia (el rol de proveedor, el rol de cuidadora), y que, en consecuencia, habilitan la adjudicación a las mujeres, en exclusiva, de las tareas de cuidado, aunque no atribuyan explícitamente un determinado rol a cada uno de los sexos.

Así, puede leerse en la Carta social Europea, de 1961, Parte I: «4. Todos los trabajadores tienen derecho a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso». Y, en el mismo sentido, en su art. 4, 1: «(...) las partes contratantes se comprometen: 1. A reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso».

La Carta Social Europea retomaba una distinción de roles presente en el Derecho Internacional Universal (vid. el art. 25, párrafo 1 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, de 1948).

Ahora bien: es sobre todo la actitud que la jurisprudencia comunitaria ha desplegado en relación a las medidas de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales, la que llama nuestra atención.

#### *La indiferencia hacia el modo de reparto entre los sexos de las tareas familiares y domésticas*

Una actitud que se constata en la jurisprudencia comunitaria es su indiferencia hacia los modos en que la familia se organiza internamente. Esta indiferencia se pone en evidencia de forma expresa en la Sentencia 12/7/1984, asunto nº 184/3, *Ulrich Hofmann*.

En el caso en cuestión, el TJCE estima que es legítimo que Alemania haya establecido un permiso de maternidad a favor de la mujer en exclusiva incluso cuando se ha superado el período de protección obligatoria representado por el permiso de convalecencia de ocho semanas, porque la Directiva 76/207 del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la puesta en práctica del principio de igualdad de trato profesional entre hombres y mujeres, no obliga a los Estados miembros a permitir la obtención de tal permiso de manera alternativa por parte del hombre, incluso si los dos padres están de acuerdo sobre este punto.

En su sentencia, el TJCE reconoce la legitimidad de la protección de la maternidad, comprendida ésta en un sentido muy amplio que abarca no sólo la protección de la maternidad desde el punto de vista biológico sino también

desde el punto de vista social<sup>7</sup>. Y, al mismo tiempo, y contrariamente al parecer de la Comisión, que estaba de acuerdo con el demandante, afirma que la Directiva 76/207 del Consejo, de 9 de febrero de 1976 mencionada, no tiene por finalidad la de reglar las cuestiones relativas a la organización de la familia o la de modificar el reparto de responsabilidades en el seno de la pareja, manifestando expresamente que: «Este análisis deja entender que el fin de la Directiva no es regular las cuestiones relativas a la organización de la familia o modificar el reparto de responsabilidades en el seno de la pareja» (párrafo 24 de la sentencia).

En realidad, el TJCE da por presupuesto que el establecimiento de medidas de conciliación a favor de las mujeres constituye una forma de protección de la maternidad, que él entiende en sentido amplio. No cree que la reproducción social de la vida humana (o protección de la maternidad social, que es la nomenclatura que él utiliza), pueda ser realizada por los padres varones.

No obstante, como ha señalado la doctrina, con esta actitud, el Tribunal de Justicia estaría reforzando el tradicional reparto de las tareas domésticas. La Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 1992 (relativa a la aplicación de las medidas para promover en el trabajo la mejora de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia), interpretada en el sentido dado por el TJCE a la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 1976 (relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo), en el *asunto Hofmann*, es decir, a favor del establecimiento de un permiso de maternidad sin un permiso de paternidad correlativo, contribuía a preservar el reparto tradicional de tareas domésticas (vid. Cabeza Pereiro, citado por Martínez Yáñez, 2007:10).

De ahí que, dada esta línea jurisprudencial y sobre todo, la inexistencia al día de hoy de una directiva comunitaria que regule el permiso de paternidad, cobren la mayor relevancia los esfuerzos del Parlamento Europeo dirigidos a exigir a los Estados miembros, por un lado, la ampliación de la duración del permiso de maternidad, de catorce a veinte semanas, frente a las dieciocho planteadas por la Comisión Europea, y con una remuneración equivalente al 100% del último sueldo de la madre, y por otro, el establecimiento de un permiso de paternidad obligatorio y remunerado de dos semanas<sup>8</sup>. Sobre este último, se manifiesta en su Informe sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea – 2009 (2009/2011(INI)), de 1 de febrero de 2010, en cuyo punto 25:

<sup>7</sup> Esta interpretación la ha mantenido el TJCE en sentencias posteriores a la pronunciada en el *asunto Hofmann*. Vid. sus sentencias en los asuntos *Johnston* (1986), *Habermann-Beltermann* (1994), *Rentokil* (1998), *Merino Gómez* (2004), *Sass* (2004), entre otras.

<sup>8</sup> Vid. la nota de prensa al respecto del propio Parlamento Europeo en: <http://www.europarl.europa.eu/es/pressroom/content/20101020IPR88388/html/El-PE-exige-ampliar-la-baja-por-maternidad-a-20-semanas-remuneradas-al-100> [consulta en línea 09-03-2011]. El informe de la eurodiputada socialista portuguesa Edite Estrela fue aprobado por 390 votos a favor, 192 en contra y 59 abstenciones.

Señala la necesidad de abordar la cuestión del permiso de paternidad y pide a la Comisión que apoye cualquier medida destinada a introducir el permiso de paternidad a escala europea; considera que el permiso de maternidad debería vincularse al permiso de paternidad con el fin de proteger mejor a las mujeres en el mercado de trabajo y así luchar contra los estereotipos en la sociedad en cuanto al disfrute de dicho permiso.

### *El simbolismo de las medidas de conciliación*

Otra pauta presente en el Derecho Comunitario es el simbolismo que atribuye a las medidas de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales, particularmente a una medida clave como es el permiso parental, regulado en la Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996 como un permiso diferente del permiso de maternidad y que se genera a partir del nacimiento o de la adopción de un niño.

Y ello porque, aunque en la Directiva que establece este permiso se prevé que puedan disfrutar del mismo los trabajadores, con independencia de su sexo, no sólo las mujeres, que era lo que establecía la normativa de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), en la que dicho permiso habría tenido su origen<sup>9</sup>, y se amortiguan los efectos sexistas de la inexistencia a nivel comunitario de un permiso de paternidad que ya hemos comentado, se incurría, sin embargo, en un grave defecto al no obligarse a los Estados miembros a garantizar una remuneración económica al trabajador que solicita el permiso.

Este aspecto es el que dota de simbolismo a esta medida de conciliación de responsabilidades familiares y profesionales: su falta de remuneración, la misma que no ha sido puesta en cuestión por la Comisión de las Comunidades Europeas<sup>10</sup>, y se ha mantenido en la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental celebrado firmado por los representantes de los trabajadores y de los empresarios europeos el 18 de junio de 2009, y se deroga la Directiva 96/34/CE, pues en la nueva Directiva se opta, al igual que en el Acuerdo que aplica, por guardar silencio sobre la cuestión de la remuneración del permiso parental, que es lo que lamenta el Parlamento Europeo en su Informe sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea – 2009 (2009/2011(INI)), de 1 de febrero de 2010<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Vid. la Recomendación nº 123, de 1965 de la OIT, apartado IV. Ingreso y reintegración al empleo, punto 10, apartado 2).

<sup>10</sup> Puede verse, en este sentido, la Opinión motivada de 29 de octubre de 2009, dirigida a Hungría por la transposición incorrecta de la Directiva 96/34/CE citada, en que la Comisión estima que la legislación nacional húngara no concuerda con la Directiva en tres puntos, ninguno de los cuales es la falta de remuneración del permiso parental.

<sup>11</sup> Literalmente, en su Considerando letra L se expresa en estos términos: «(...) lamentando no obstante que el Acuerdo Marco de los Agentes Sociales en materia de licencia parental (julio de 2009) no trate la cuestión del permiso pagado, que tendría una incidencia decisiva en el índice de adhesión de los hombres a la citada licencia y en el reparto equitativo de las responsabilidades profesionales y familiares entre hombres y mujeres».



*El sentido restringido dado a los «Otros» cuyo cuidado motiva el establecimiento de medidas de conciliación*

Además de las notas que venimos describiendo, se constata que, en el Derecho Comunitario, tanto el permiso parental como los demás permisos previstos para conciliar la vida familiar y profesional se establecen para asumir el cuidado de niños, y no de otros miembros de la familia, como enfermos, etc., cuyo cuidado también corre mayoritariamente a cargo de las mujeres.

A pesar de que a nivel de la Unión Europea se sea consciente, especialmente en estos últimos años, del alcance de las tareas de cuidado, que comprenden el cuidado no sólo de niños sino también de familiares y dependientes<sup>12</sup>, no se han llegado a establecer normas vinculantes al respecto y por lo que se refiere a los textos no vinculantes, se suele enfatizar en ellos más las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral para hacerse cargo del cuidado de niños, como es el caso de la Recomendación del Consejo de 31 de marzo de 1992 sobre la guarda de menores, que abarca el establecimiento de servicios de guardería para niños y permisos especiales...

En la jurisprudencia comunitaria, se habría reconocido de manera indirecta que el cuidado puede alcanzar a otros miembros de la familia que no son los niños, al expresarse que las tareas de cuidado de los enfermos no constituyen una función que deba ser ejercida en exclusiva por las mujeres. Es lo que ocurre en Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 2001 en que se afirma que se ha producido una violación el art. 119 del Tratado de la Comunidad Europea por parte del Código francés de pensiones civiles y militares de 1964 al concederse en éste pensiones para que se pueda asumir el cuidado de un cónyuge inválido solamente a los funcionarios de sexo femenino y no a los de sexo masculino.

Sin embargo, no hay que perder de vista que lo que el TJCE hace en esta sentencia, al interpretar el Tratado de la Comunidad Europea, es extender el beneficio (pensión para cuidar de un cónyuge inválido) a los hombres.

*Las medidas de conciliación de la vida familiar y profesional se acuerdan sólo para las mujeres que trabajan*

Otra pauta perceptible en el Derecho Comunitario es que, en el mismo, se reservan los permisos para conciliar la vida familiar y la vida laboral a los traba-

---

<sup>12</sup> Vid. el Informe de la Comisión de las Comunidades al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones titulado «La igualdad entre mujeres y hombres – 2009», de 27 de febrero de 2009, punto 3.1., en que se habla de «responsabilidades familiares y otras»; y la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones de 3 de octubre de 2008, que incluye entre los «permisos familiares», el «permiso filial» para tomar a cargo el cuidado de miembros de la familia que se han convertido en dependientes. Pero las deliberaciones de la Comisión con los representantes de los trabajadores y de los empresarios europeos para que dichos permisos se concreten están todavía en curso.

jadores y trabajadoras. Dicho de otra manera: estos permisos se conceden para los casos en que hay una necesidad de hacer compatible la vida familiar y la vida profesional, es decir, cuando los padres, hombres o mujeres, trabajan.

Es verdad que la Recomendación del Consejo de 31 de marzo de 1992 sobre la guarda de menores no se dirige únicamente a los trabajadores que tienen un empleo ya que el acceso a los servicios de guarda está abierto también a los trabajadores que siguen una enseñanza o formación en vistas a obtener un empleo o que están a la búsqueda de un empleo o de una formación. Pero no deja de tratarse de un instrumento no obligatorio, lo que se explica, a juicio de la doctrina, por la ausencia de competencia normativa de la Comunidad en este ámbito (vid. Moizard, 2006:137).

Las medidas de conciliación no estarían encaminadas a conseguir la igualdad de hombres y mujeres, en general, que es por lo que han abogado los textos de derechos de las mujeres: alcanzar la igualdad de hombres y mujeres mediante un reparto equitativo de las tareas domésticas y de las responsabilidades familiares *entre hombres y mujeres*<sup>13</sup>(y no sólo entre trabajadores y trabajadoras). Para las mujeres que no tienen un trabajo remunerado – siendo el salario como es, en nuestros días, el elemento que define el trabajo, y éste a su vez el elemento que articula la vida humana<sup>14</sup> – no se acuerdan medidas que aseguren un reparto equitativo de las tareas y responsabilidades en relación a los hombres.

*La inconsciencia de las consecuencias negativas que tiene el trabajo a tiempo parcial sobre las mujeres*

Finalmente, el Derecho Comunitario legitima el trabajo a tiempo parcial. Así en la Directiva 97/81, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, en que se expresa la voluntad de facilitar el acceso al trabajo a tiempo parcial «con vistas a conciliar la vida profesional y la vida familiar [...] en interés mutuo de los empleadores y de los trabajadores y de manera que favorezca el desarrollo de las empresas» (párrafo 5 de las Consideraciones generales).

No obstante, no se tienen en cuenta los efectos nefastos de esta modalidad de trabajo (de patrimonio exclusivo de las mujeres, aunque a nivel normativo se presente como una modalidad de trabajo que pueden elegir en forma voluntaria tanto hombres como mujeres<sup>15</sup>) en lo que concierne a la promoción en la carrera profesional y a la jubilación de las mujeres. O bien, en el caso de llegarse a hablar

<sup>13</sup> Vid. en este sentido el Preámbulo de la Convención para la eliminación de la discriminación contra las mujeres, de 1979 y también su art. 5.

<sup>14</sup> Hoy en día se le estaría dando al trabajo, sin razón, un sentido ontológico. Puede leerse, sobre el rol del trabajo en la vida humana en Occidente: Savater, 2004.

<sup>15</sup> Vid. por ejemplo, las referencias sobre el trabajo a tiempo parcial contenidas en la Resolución del Parlamento europeo sobre la no discriminación basada en el sexo y la solidaridad entre generaciones, de 3 de febrero de 2009.

de los efectos del trabajo a tiempo parcial, no se prevén medidas eficaces para hacer frente a dichos efectos (puede notarse esta discordancia en la Resolución del Parlamento Europeo sobre la no discriminación basada en el sexo y la solidaridad entre las generaciones, de 3 de febrero de 2009, V Considerando, punto 5).

Por lo que se refiere a la jurisprudencia comunitaria, el Tribunal de Justicia ha condenado la discriminación indirecta que se produce en el marco del trabajo a tiempo parcial. Pero no ha cuestionado esta modalidad de trabajo (puede revisarse en este sentido, por ejemplo, su sentencia en el asunto *Bilka – Kaufhaus*, de 1986).

### **3. La conciliación de responsabilidades familiares y profesionales no es percibida como una cuestión de ciudadanía**

Todos estos aspectos que hemos descrito pondrían de manifiesto que el Derecho Comunitario no tiene una vocación por aliviar a las mujeres del peso de las tareas familiares y domésticas, y, de este modo, facilitar la igualdad entre hombres y mujeres.

La conciliación de responsabilidades familiares y profesionales no parece ser percibida como una cuestión de ciudadanía, ya que un presupuesto de la ciudadanía sería la igualdad real del hombre y la mujer en el espacio público y en el espacio privado o doméstico. Incluso esta intención del Derecho Comunitario de no considerar la conciliación de responsabilidades familiares y profesionales como una cuestión de ciudadanía llega a plasmarse en forma explícita cuando las propias medidas de conciliación son excluidas de la ciudadanía, que es lo que ocurre con el permiso por maternidad y el permiso parental, no incluidos en el Título V de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007, que es el Título que regula la ciudadanía (arts. 39 a 46) sino en el Título IV de la Carta, denominado «Solidaridad», en concreto en el artículo 33, párrafo 2, de la Carta, consagrado a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, que volvemos a reproducir nuevamente:

2. Con el fin de conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.

La Unión Europea habría optado por un concepto formalista de ciudadanía en que ésta es vinculada al ejercicio de los derechos políticos (que son los contenidos en el Título V de la Carta), y del que se excluyen los derechos económicos y sociales (de los que forman parte los permisos para el cuidado de menores y otros familiares). Lo cual significa excluir de la ciudadanía las necesidades de las mujeres, entre las que está la necesidad de una corresponsabilidad con los hombres en la asunción de las tareas familiares y domésticas. La ciudadanía es pre-

sentada como aparentemente neutra: el espacio público es el espacio en torno al cual aquélla se articula, y este espacio no tiene en cuenta especificidades.

#### 4. El giro masculino y de género del Derecho Comunitario

El Derecho Comunitario desdeña entonces una especificidad que caracteriza la vida de las mujeres que es la asunción en forma casi exclusiva de las responsabilidades familiares y domésticas. Este desdén puede ser explícito o desprenderse de normas, doctrina y jurisprudencia que, en principio, parecen ser indiferentes desde el punto de vista del sexo o guardan silencio.

Así, normas aparentemente neutrales pueden comportar perjuicios para las mujeres – como es el caso de la regulación (en términos neutros) del trabajo a tiempo parcial porque son las mujeres las que acaban «prefiriendo» mayoritariamente esta modalidad de trabajo – y lo mismo puede decirse del silencio normativo o de la jurisprudencia, porque con la actitud de inhibición de la jurisprudencia comunitaria en lo que se refiere a las formas de organización de la familia (puesta de manifiesto, como vimos, en el *asunto Hofmann*), lo que se garantiza es la persistencia de los roles tradicionales del hombre y de la mujer.

El Derecho Comunitario demuestra así su sesgo masculino, dejando de lado de manera explícita o implícita las especificidades de la vida de las mujeres, pues lo que toma como referencia es el modelo de vida masculino, del cual no forma parte la asunción de las tareas familiares y domésticas (Esta asunción forma parte justamente de la especificidad de la vida de las mujeres, una especificidad que no sólo es biológica sino también social, construida sobre la base de su capacidad reproductora).

Y demuestra también su género porque, a partir de disposiciones aparentemente neutras o del silencio normativo o jurisprudencial, se presenta una determinada imagen de la mujer: la imagen tradicional de la mujer reducida al hogar, desempeñando el Derecho Comunitario en este sentido el rol de productor de identidades de género.

#### Conclusiones

En definitiva, aunque el Derecho Comunitario comprenda medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, medidas a las que considera formas de alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres, en él se perciben una serie de pautas que evidencian que en realidad no tiene en cuenta la necesidad de las mujeres de un reparto equitativo con los hombres de las responsabilidades familiares y profesionales, pautas entre las que están: su indiferencia hacia los modos en que está organizada internamente la familia, el simbolismo de las medidas de conciliación de la vida familiar y la vida laboral, el sentido restringido otorgado a

«los Otros» cuyo cuidado motiva el establecimiento de medidas de conciliación, la inconsciencia de las consecuencias negativas que tiene el trabajo a tiempo parcial para las mujeres...

Las especificidades de la vida de las mujeres, de sus experiencias de vida – de las cuales forma parte la asunción en forma casi exclusiva de las responsabilidades familiares y profesionales – no han sido llevadas al espacio público. El Derecho Comunitario está articulado en torno a la dicotomía público/privado que ha articulado históricamente el espacio público (y por derivación, el Derecho y los derechos), y que ha determinado la subordinación histórica de las mujeres, y su exclusión de la ciudadanía, la cual se sigue entendiendo desde un punto de vista formalista, clásico, al margen de lo privado, de las necesidades, de las especificidades...

El Derecho Comunitario lo que plasma es el modo de vida masculino, del que están excluidas las necesidades de conciliación de la vida familiar y doméstica que tienen las mujeres, y lo que pretende es que sean éstas quienes se sigan ocupando de la reproducción biológica y social de la vida humana. Todo lo cual demuestra su sesgo masculino y de género.

### Referencias bibliográficas

- Arnaud-Duc, Nicole (2000), «Las contradicciones del derecho», en Georges Duby, Michelle Perrot (dirs.), *Historia de las mujeres*, t.4, *El siglo XIX*, Ed. Taurus, 1ª ed. 1990, Grupo Santillana de Ediciones, S.A., pp. 107 – 148.
- Beauvoir, Simone de (1949), *Le Deuxième sexe. I. Les faits et les mythes, II. L'expérience vécue*, Paris, Éditions Gallimard.
- Castán, Nicole (2000), «La criminal», en Georges Duby, Michelle Perrot (dirs.), *Historia de las mujeres*, t.3, *Del renacimiento a la Edad Moderna*, Ed. Taurus, 1ª ed. 1990, Grupo Santillana de Ediciones, S.A., pp. 510 – 524.
- Jónasdóttir, Anna (1993), *El poder del amor. ¿Le importa el sexo a la democracia?*, Madrid, Ed. Cátedra, Colección Feminismos.
- Martínez Yáñez, Nora María (2007), «Reflexiones sobre el permiso de maternidad y su concordancia con la igualdad de género», *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 8, 17.
- Moizard, Nicolas (2006), «Conciliation entre vie professionnelle et vie familiale. En droit social communautaire», *Informations sociales*, 2006/1, nº 129, pp. 130 – 139.
- Murillo, Soledad (1996), *El mito de la vida privada*, Madrid, Siglo XXI Editores, S.A.
- Pateman, Carol (1995), *El contrato sexual*, Madrid, Anthropos.
- Savater, Fernando (2004), *Los diez mandamientos en el siglo XXI*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, pp. 54 – 68.
- Smart, Carol (1994), «La mujer del discurso jurídico», en Elena Larrauri (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Madrid, Siglo XXI Editores, S.A., pp. 168 – 189.
- Smart, Carol (2000), «La teoría feminista y el discurso jurídico», in Birgin, Haydée (comp.), *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Buenos Aires, Ceadel, Ed. Biblos, pp. 31- 71.
- Staerklé, Christian, Delay, Christophe, Gianettoni, Lavinia, Roux, Patricia (2007), *Qui a*

*droit à quoi? Représentations et légitimation de l'ordre social*, Grenoble, Collection Vies sociales, Presses universitaires de Grenoble, Chapitre 1, pp. 13 – 26.

- Union National des Associations Familiales (UNAF) (2004), «Vers l'émergence d'une politique publique de la conciliation», [en línea] disponible en <http://www.unaf.fr/spip.php?article440> [consultado en diciembre de 2009].
- Yáñez, Nora María Martínez (2007), «Reflexiones sobre el permiso de maternidad y su concordancia con la igualdad de género» [en línea] disponible en <http://conc.ccoo.cat/pandora/incl/reflexiones%20sobre%20permiso%20maternidad.doc> [consultado en octubre de 2010].
- Young, Iris Marion (1990), *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press.

**Juana María González Moreno**, Profesora de Filosofía del Derecho, Univ. César Vallejo, Trujillo, Perú. Línea de investigación: Derecho y Género. Publicaciones más recientes: «Las ambigüedades del lenguaje jurídico como una forma de control de la autonomía reproductiva de las mujeres. Una mirada al orden internacional», *Llengua i Dret*, 53, 2010, 55-80; «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 12/7/84, Asunto Ulrich Hoffmann», *Aequalitas*, 25, 2009, 14-19; «Les lois intégrales contre la violence à l'égard des femmes en Espagne. Une analyse à partir de la théorie juridique féministe», *NQF*, 28-2, 2009, 12-23. E- mail: [jm.libre10@gmail.com](mailto:jm.libre10@gmail.com)

*Artigo recebido em 31 de Outubro de 2010 e aceite para publicação em 17 Março de 2011.*