

# LA «NOVELA» SOBRE EL PERMISO DE PATERNIDAD: ¿ACASO PUEDE «HACERSE EL AMOR DE PADRE» CON EL «DESAMOR» DE LA LEY?

**CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE**

*Catedrático de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social.  
Universidad de Jaén*

## **Extracto:**

LA Ley 9/2009, de 6 de octubre –BOE de 7 de octubre–, ha enmendado o corregido el calendario previsto por la Ley de Igualdad para ampliar el permiso de paternidad, principal novedad de esta norma en relación con los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral con un enfoque de reparto equitativo o de «corresponsabilidad», anticipando la adición de 15 días más a los 13 días actuales –cuatro semanas de suspensión en total, a los que habría que seguir añadiendo los dos días de permiso previsto en el art. 37.3 de la LET–. Al mismo tiempo, prevé algunas «garantías» que permitan asegurar el cumplimiento en la práctica de este derecho. En suma, esta «novela» –nueva ley complementaria de otra– vendría a consolidar el cambio sociocultural promovido por la Ley de Igualdad con la mejora de un derecho que abre la vía a la implicación del padre en el trabajo no remunerado –meramente «amoroso»– de cuidar.

Sin embargo, por enésima vez, la lectura tanto del texto legal en su actual contexto sociocultural, cuanto de la parte extravagante de la «novela», nos reservan alguna sorpresa nada grata: el derecho descongelado se vuelve a congelar, porque no tendrá vigencia ¡hasta enero de 2009! Asimismo, el tenor de los enunciados de las pretendidas «garantías» para la efectividad práctica no permite confiar en que vaya a cumplir adecuadamente con este objetivo. Este estudio expone con detalle esta regulación, dando cuenta de su alcance y de ciertas deficiencias técnicas y, sobre todo, denuncia, con ironía pero con rigor, la creciente perversión técnica que padece el proceso de producción de leyes en el ámbito sociolaboral, una de cuyas patologías, que presenta esta «novela», es el primado de la «ley-propaganda» sobre la «ley-autoridad».

**Palabras clave:** permiso de paternidad, calidad de las leyes, derechos de conciliación y trabajo reproductivo.

# Sumario

1. Proemio.
2. La «historia novelada» del permiso de paternidad: las piezas del texto de la Ley 9/2009.
3. El sentido de la «novela» del permiso de paternidad: ¿una «novela romántica» o una «crónica del desamor»?
  - 3.1. Del «discurso romántico» de los «autores» de la «novela».
  - 3.2. ... a las prácticas del desamor por el trabajo de cuidar.
  - 3.3. ¿Y la Ley 9/2009?: las frustraciones del final de la «novela».
4. La crisis de «calidad de las leyes» en el estado social: ¿una «ley símbolo» o «ley propaganda»?
5. Tomando «en serio» legalmente el «amor de padre»: un estatuto promotor de su trabajo de cuidar.
6. Reflexión final.

*«Cada vez que nos dan clase de amnesia  
y nos conminan a borrar la ebriedad del sufrimiento  
me convenzo de que mi región no es la farándula de otros»*

Mario BENEDETTI

## 1. PROEMIO

El título deliberadamente provocador de este trabajo, el «desamor» de las «leyes sociolaborales», quiere situar al lector en un auténtico «lugar común», un tópico podría decirse, de los teóricos del Derecho desde hace más de medio siglo, que llevan largo tiempo alzando su voz, a lo que se ve en el desierto, contra la «crisis de la ley» moderna. Paradójicamente, allí donde encuentra mayores manifestaciones patológicas el proceso de producción legislativa, el sociolaboral, apenas si hay un puñado de plumas <sup>1</sup>, que hayan considerado merecedor de tiempo y esfuerzo el crear y promover un movimiento científico-social orientado a intentar corregir los «males» menos tolerables de esta deriva del proceso legislativo. Y eso que el objetivo es de los que merecen la pena, y no necesariamente tiene que estar abocado a la «desolación de la quimera», por parafrasear a Luis CERNUDA, como evidenciaría el proceso de crítica y, posterior, erradicación, esto es, de «acoso y derribo» de aquel engendro que fueron las «Leyes de Acompañamiento» a las Leyes de Presupuestos (LPGE).

La oportunidad para una reflexión de este tipo me la ofrece el penúltimo –el último es la Ley 13/2009, pero de ése procuraré dar «buena cuenta» el año próximo– sobresalto legislativo que ha puesto en riesgo mi estabilidad cardiaca, y que somete a una durísima prueba de resistencia mi confianza –fe si quieren– en la racionalidad última del sistema jurídico y su capacidad para sobreponerse al dominio de la lógica político-propagandística. El informado lector intuye ya que me refiero a la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de pretendida «ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida». Atendiendo al objeto de esta ley y a su contenido

<sup>1</sup> La más destacada y certera, sin duda, entre nosotros es la del Magistrado Aurelio Desdentado, que lleva denunciando estos procesos patológicos desde hace más de dos décadas, tanto en el ámbito de la Legislación de Seguridad Social como, más recientemente, de la Legislación Laboral.

programático, más que normativo, así como a sus abultadas deficiencias de técnica legislativa y de protección sociolaboral, no veo mejor ejemplo para replantear, al más puro estilo de MONTESQUIEU en el «Espíritu de las Leyes», la relación entre la «Ley» y el Derecho, más concretamente aquí los «derechos ciudadanos», no ya sólo en términos de «relaciones de afecto y desafecto», sino más concretamente de «amor-desamor paterno-filial», expresando antagonismos y tensiones.

No es la primera vez que recuerdo el deseo formulado por el citado MONTESQUIEU en el prefacio a su inmortal obra *L'Esprit des Loïs*. Para él, el mayor mérito de su obra sería el conseguir dar un epistolario de buenas y «nuevas razones» para que sus compatriotas se animen a «amar», además de a «su patria» y «su príncipe», «sus Leyes». Por su parte, ROUSSEAU espetaba que si realmente se quería que la ciudadanía obedeciese a las leyes «hacedlas de tal modo que las amen». Dejando a un lado los dos «sujetos primeros», sometidos a una importante reordenación en el seno de un Estado de Derecho, las últimas iniciativas legislativas en el ámbito social-laboral podrían llevarnos a reconsiderar la cuestión en términos bastante más negativos: ¿hay «razones» —de «cabeza» y de «corazón»— para que amemos los ciudadanos las leyes producidas, con gran improvisación y pésima calidad, en un tiempo en el que el proceso legislativo asemeja al galopar de un «caballo desbocado»<sup>2</sup>? Un amor de este tipo, esta nomo-filia, ¿no sería más bien una práctica contra natura con leyes tan deficientes y de efectividad tan relativa, e incluso dudosa?

Por supuesto esta crítica nada tiene que ver con una suerte de posición nostálgica evidenciada por quienes buscan, al estilo del «amor ideal» —que por su propia definición no existe, claro está, al ser «enemigo de lo posible»—, la «ley perfecta», quimera más que gran utopía del científico jurídico, como es también, pese a la magistral obra de U. ECCO, la búsqueda de la «lengua perfecta»<sup>3</sup>. Ningún sentido tiene hoy reavivar estos «mitos» de la «obra humana perfecta», menos en momentos tan críticos social y económica, también culturalmente, y en el que la «crisis de la ley» no es ya sólo la quiebra de las cualidades que la convirtieron en la fuente primaria del Derecho y del Estado, sino de un modelo jurídico, que pone de manifiesto, para bien, un sistema plural de fuentes, en el que el espacio dominante lo asumiría hoy tanto la Constitución como la Norma Internacional —Tratados—. Ahora bien, una cosa es buscar la absolutamente imposible perfección técnica de la ley, y otra muy diferente es ignorar del modo más extremo los imperativos de «calidad de la ley», presupuesto a su vez de una mínima credibilidad y coherencia de la indispensable función legislativa en el Estado Constitucional de Derecho.

En mi anterior artículo en esta Revista —octubre 2009—, dije, y hoy confirmo, que el modo más correcto, incluso «serio», de comprender el alcance y significado del aciago Real Decreto-Ley 10/2009, de 13 de agosto, por el que se regula el llamado, a falta de mejor denominación, «programa temporal de protección por desempleo e inserción», hoy convertido en la Ley 14/2009, 11 de noviembre —BOE del 12—<sup>4</sup>, era acudir al «género cómico». Por eso no creo fuera del rigor debido al trabajo científico,

<sup>2</sup> De «Leyes desbocadas» habla E. GARCÍA DE ENTERRÍA. *Justicia y Seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Cuadernos Civitas. 1999.

<sup>3</sup> U. ECCO. *La búsqueda de la lengua perfecta en la cultura europea*. Crítica. Barcelona. 1994. Para el «mito de la ley perfecta» vid. F. OST. «L'amour de la loi parfaite». En AA.VV. *L'amour des Loïs*. París. 1996.

<sup>4</sup> No tiene novedades de interés por lo que no merece la pena un comentario. Sólo tres aspectos destacaremos. El primero, y más relevante, el ya anunciado efecto retroactivo de la norma hasta los que perdieran la prestación a 1 de enero de 2009.

y del respeto a una tarea constitucional tan relevante como la producción legislativa, calificar el proceso legislativo, y aún su resultado, como de «Sainete», o incluso de «*Opereta* de los 420 euros», en la medida en que el rigor no está reñido con la ironía, como demostrara IHERING.

Ahora, cuando perplejo hasta el extremo, me enfrento al análisis del sentido y alcance jurídico de la referida Ley 9/2009, de 6 de octubre, no puedo sustraerme en modo alguno a la tentación de acudir al género del «romance» y/o la «novela». Como habrá advertido de inmediato el culto lector, recorro en este momento al doble significado de la palabra «novela», tanto al más común y moderno, el literario, como al más estricto y antiguo, el jurídico. En efecto, la palabra «novela» viene del italiano *novella*, esto es, «noticia», «relato novelesco», del adjetivo latino *novellus* - «joven», «nuevo», forma diminutiva de *novus* «nuevo». Pero tiene también un sentido jurídico. En la jurisprudencia antigua la palabra latina *novella* era un término técnico aplicado a *lex* o *constitutio*, y significaba una ley recientemente promulgada, como recoge nuestro DRAE<sup>5</sup>. En la misma dirección, el término alemán *eine Novelle* se emplea desde el siglo XVIII como «enmienda de la ley», esto es, refleja el carácter de ley complementaria, que modifica en sentido expansivo, no derogatorio, otra previa.

El sentido jurídico de mi uso es, pues, irreprochable. La Ley 9/2009 tiene como objeto ampliar, «en aras de una política de acción positiva hacia la figura del padre», a cuatro semanas el permiso de paternidad previsto en el artículo 48 bis de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET), visto como la principal novedad en el ámbito de los «derechos de conciliación» de la vida personal, laboral y familiar desde el moderno enfoque del «principio de corresponsabilidad». Por tanto, como ya hiciese, sólo para las familias numerosas –definidas en la Ley 40/2003– y por un periodo algo más corto, de tan sólo 7 días adicionales, la LPGE/2009, la Ley 9/2009 halla todo su sentido ya que, como es sabido, en la disposición transitoria 9.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres, se mandaba realizar la ampliación a 4 semanas del permiso de modo gradual o progresivo en el plazo de 6 años. Lo que ahora haría la Ley 9/2009 es anticipar –ya veremos que con algo de «trampa» por el carácter diferido de su vigencia– esa previsión legislativa al respecto. En suma, se trataría de una *novela de la LET*, al enmendar o más bien modificar en sentido expansivo lo establecido en su artículo 48 bis, en garantía del compromiso adquirido a través de la disposición transitoria 9.<sup>a</sup> de Ley Orgánica 3/2007.

Lo que sin duda será más discutible es el uso del sentido figurado, del sentido literario del término «novela», al que también aspiro en este comentario. Un análisis o relato que pretendo estrictamente jurídico, como siempre, aunque con un estilo irónico y, ahora, además novelado, a fin de

El segundo es un mandato para hacer un Estudio sobre el caótico estado en que ha quedado –esto lo añado yo– el sistema tras la irrupción de esta nueva prestación sin ubicación racional clara en el sistema, pese a incluirse en la rama de protección por desempleo. El tercero, otro brindis al sol, es una llamada a la potestad convencional. Una cuarta cuestión quedaría respecto de su financiación, por cuanto parece haberse buscado un sistema más alambicado. En todo caso, no hay más. Creo que esta nota es más que suficiente para dar cuenta de otro ejemplo de las nuevas patologías de la técnica legislativa jurídico-laboral, como es la producción de una ley que recoge casi inmodificado en sus términos lo contenido por un real decreto-ley, como moneda de cambio meramente político, conforme a la cual se paga la convalidación del real decreto-ley por las Cortes con la tramitación, eso sí, por vía de urgencia, de un Proyecto de Ley que genera la imagen –pero sólo eso– de participación de la voluntad general en el proceso de elaboración de la ley.

<sup>5</sup> Novela, en sentido derivado, es «cada una de las leyes nuevas o constituciones imperiales que dieron Teodosio II y sus inmediatos sucesores después de la publicación del Código teodosiano, Justiniano después de sus compilaciones legales, y los demás emperadores bizantinos posteriores al derecho justinianeo». (Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua –DRAE–).

dar mejor cuenta, de facilitar la comprensión de la falta de calidad de la norma. Y ello sea en el plano de la técnica como de la política del derecho, llamando la atención sobre la urgente necesidad de promover un debate sobre algunos de los vicios y patologías que refleja el proceso de producción legislativa en el ámbito sociolaboral del tiempo que vivimos. La Ley 9/2009, como el Real Decreto-Ley 10/2009, y como otras anteriores, entre ellas la propia Ley Organica 3/2007 –LOIS, en adelante–, y posteriores, llevan al paroxismo uno de los vicios legislativos más sonados del proceso de producción normativa de los últimos años, el relativo a las «leyes-símbolo» pero que terminan convirtiéndose realmente más bien en «*leyes propaganda*». Al final del estudio, el sabio lector juzgará con sentido propio, con opinión informada, si exagero en la metáfora o, al contrario, el recurso al género «novela» para dar cuenta del sentido y alcance de la Ley 9/2009 es la mejor forma de «digerir» o «comprender» una ley que, de otro modo, estaría rayana en el «teatro del absurdo», incluso de la «tomadura de pelo» a la ciudadanía.

## 2. LA «HISTORIA NOVELADA» DEL PERMISO DE PATERNIDAD: LAS PIEZAS DEL TEXTO DE LA LEY 9/2009

Como es sabido, desde marzo de 2007, los padres que realizan trabajo mercantil –remunerado– tienen el gran gozo de poder –porque es potestativo– «disfrutar» del derecho a un "permiso por paternidad" de 13 días, en los cuales el contrato se halla suspendido –art. 48 bis LET– y la garantía de renta es asumida por la Seguridad Social –arts. 133 octies a 133 decies–. A ellos hay que sumarle los 2 días de permiso por el nacimiento y a cargo del empleador, en cuanto que permiso retribuido ex artículo 37 de la LET. En todo caso, se trata de permisos autónomos al de la madre y, desde luego, compatible con la percepción de la prestación por maternidad cuando ella cede el derecho al otro progenitor, por cuanto es un derecho de titularidad individual. A diferencia del permiso de maternidad, el de paternidad es intransferible, de uso exclusivo por el padre como garantía de que no juegan «pactos de pareja» que lleven al «goce» del permiso sólo a ella.

¿Qué novedades introduciría la Ley 9/2009 al respecto? Para desarrollar y desentrañar el significado y alcance –comprender en sentido pleno– de nuestra «novela» sobre el permiso de paternidad es preciso previamente presentar al lector las «piezas» que integran la trama y que no es otra cosa que el contenido básico de la norma legal. A partir de ellas, se tratará luego de construir, de crear, la historia jurídica novelada, a fin de tratar de captar su sentido, de entenderla en toda su significación jurídica y también socio-económica y, cómo no, político-institucional.

Los enunciados normativos son, en principio, pocos y muy sencillos. Los podemos presentar articulados en dos aspectos. De un lado, el *reconocimiento de un derecho* sociolaboral de prestación. De otro, la previsión, al menos pretendida, de *garantías para su efectividad*.

El derecho reconocido es la *ampliación del plazo de suspensión del contrato para el uso y «disfrute» del permiso de paternidad* de 13 a 28 días –4 semanas–, anticipando de este modo la previsión recordada de la disposición transitoria 9.<sup>a</sup> de la LOIS, que es a su vez derogada –disp. derog. única–. Si esta ley «congelaba» el derecho en el tiempo, pendiente de la voluntad del Gobierno de

acelerar o, al contrario, ralentizar su reconocimiento, hasta marzo de 2013, quedando hasta entonces –¡6 años!– a su arbitrio el grado de expansión, la «novela» ahora parecería descongelarlo.

A tal fin, la «novela» modifica tanto el artículo 48 bis de la LET como el artículo 30.1 de la Ley 30/1984 (LMRFP) –para los funcionarios públicos–. Esta reforma paralela parece buscar un efecto de equiparación plena no ya sólo del periodo total de permiso para el personal al servicio de las Administraciones Públicas (AA.PP.), tanto funcionarios como laborales, que ya ahora es el mismo –15 días hoy, 28 a la entrada en vigor de la ley–, sino del modo de cubrir jurídicamente este permiso. Como es sabido, la vigente norma ordena en dos situaciones diferentes el permiso de paternidad previsto para los trabajadores: 2 días de permiso retribuido, a cargo del empleador y 13 días de suspensión de contrato, a cargo de la Seguridad Social. Curiosamente, para los funcionarios públicos los 15 días de permiso paternal responden a una misma y única situación, cubierta por la Seguridad Social. Así lo ha entendido, con buen criterio –dotado de sentido común pleno– el Tribunal Supremo –STS de 19 de mayo de 2009–.

Cuando entre en vigor la «novela», esta dualidad parecería desaparecer, de modo que en ambos casos el periodo sería de cuatro semanas y con un tratamiento legal equiparado –periodo de suspensión cubierto por la Seguridad Social–. Esta constatación me permite hacer un comentario de lo absurdo que a veces puede llegar a ser la persistencia de la dualidad de regímenes para el empleo público, el laboral y el funcional. Pintoresco es al efecto el caso resuelto por la referida STS, pues en ella se ventilaba la pretensión de un sindicato mayoritario de entender acumulables para el personal laboral las dos regulaciones, de modo que a los 13 días previstos en el ET se sumaran los 15 previstos en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), con lo que se alcanzarían ya los 28 días que tendrán en el futuro, como todos. Creo que no merece mayor reflexión el planteamiento. Si de recurrir a las metáforas literarias para explicar cómo se produce en nuestro tiempo el quehacer jurídico-laboral se tratara, queda claro que tampoco algunas acciones sindicales pueden sustraerse al género teatral del absurdo. En fin, quién esté libre de pecado...

Pero antes de retornar a la historia principal de nuestra «novela», aún es necesario hacer dos puntualizaciones más respecto a este siempre conflictivo tema de las relaciones entre la regulación jurídico-laboral y la administrativa de la prestación de servicios profesionales por cuenta ajena, cuya dualidad cada vez tiene menos sentido. La primera es que también ha omitido nuestra «novela» modificar el artículo 49 c) del EBEP, que fija el permiso en los referidos 15 días, que deberá corregirse a la entrada en vigor de la Ley 9/2009.

La segunda es que, en realidad, ese efecto igualador es nuevamente una ilusión, de ahí que haya insistido en el verbo «parecer». Si se repara con detalle, se verá que ahora realmente los trabajadores regulados por la LET, incluidos los empleados públicos con relación laboral, tendrán un permiso de paternidad de 30 días: 28 días –cuatro semanas– de suspensión del contrato a cubrir por la Seguridad Social, y dos días cubiertos por el empleador por cuanto la «novela» no ha modificado el artículo 37.3 b) de la LET que concede una licencia retribuida de dos días por nacimiento. En cambio, para los funcionarios públicos no se contempla este permiso o licencia por nacimiento al margen del permiso de paternidad en sentido estricto, por lo que se quedarán sólo, y a falta de mejora administrativa o convencional –recuérdese que la regulación estatutaria a estos efectos es de mínimos,

conforme al nuevo art. 49 EBEP–, con esos 28 días. Recuérdese que la reforma por la LOIS del artículo 30.1 a) de la LMRFP supuso la desaparición del análogo permiso por nacimiento contemplado en la normativa anterior, como también ha constatado la referida STS, Social, de 19 de mayo de 2009. El «gozo» de la pensada e inicialmente alumbrada equiparación, pues, en un «pozo», bien por improvisación o desconocimiento de los autores de la «novela», bien por una voluntad deliberada de mantener diferencias, lo que, a mi juicio, en este punto carece de cualquier racionalidad.

Pero volvamos al tema central de nuestra «novela». Como veremos, y según es ya una técnica habitual –lo vimos también en el comentario del RD-Ley 10/2009–, la lectura de siempre sorprendentes, y decisivas, disposiciones finales, nos ha de reservar una sorpresa: el derecho que parece descongelarse de «una tacada» por el decidido legislador –recuérdese que la «novela» no tiene su origen en un Proyecto de Ley, por tanto no obedece a la voluntad del Gobierno, sino en una Proposición de Ley de Convergencia i Unió apoyada unánimemente por todo el arco parlamentario–, se vuelve a congelar.

En suma, ésta es la «magia», o más bien la «trampa», de las disposiciones finales, en este caso de la disposición final 2.<sup>a</sup>. El esfuerzo realizado en el texto articulado es luego echado por tierra, con extrema frecuencia y sin empacho alguno, en la parte extravagante. Así, la confianza en el reconocimiento del derecho que hace el artículo 1 quebrará en la disposición final 2.<sup>a</sup>, al dilatar la entrada en vigor de la ley «a partir del 1 de enero de 2011».

Pero de nada serviría reconocer un derecho, aunque se fíe tan largo, si no hay garantías de efectividad del mismo, esto es, si no cuenta con instrumentos que transformen la norma –su ideal de cobertura– en práctica, en realidad. Y desde luego que la «novela» no permanece ajena a esta exigencia. A tal fin, nos hace creer que introduce al menos tres garantías de este tipo, tres llamadas de atención al Gobierno –y en parte a los interlocutores sociales– para que luego aprobada la «novela» no se quede en mera ficción legal, en mero ideal, sino que llegue a la realidad social que se quiere ir cambiando. Estas tres garantías que, como veremos, no hacen en modo alguno honor a su nombre y distan en de lo que sería exigible para tomar en serio la ley, son:

### 1.<sup>a</sup> La función comunicativa de la ley.

En la era contemporánea la utilidad de la regulación legal no se cifra ya en el momento de terminar su «proceso productivo», su elaboración y publicación, sino que requiere más bien de todo un «proceso discursivo», que va más allá de la tradicional interpretación-aplicación, para plantear la exigencia de tejer toda una red de compromisos activos, dinámicos, evolutivos y continuados por parte de una variada gama de actores a fin de que lo «dictado» sea «cumplido». A esta actividad se la ha denominado «función comunicativa» –«comunicacional» si se acepta el anglicismo– de la ley <sup>6</sup>.

Naturalmente, de toda la complejidad de esta función, hoy pieza clave para hacer creíble una regulación normativa, la «novela» ha acogido la versión simple de la misma. De ahí, que la concre-

<sup>6</sup> Vid. W. MACLAUHLAN. «La fonction communicationnelle de la Loi». En AA.VV. *L'amour... op. cit.* pág. 364 y ss.

te tan sólo en una acción gubernamental de «sensibilización» a los padres, potenciales beneficiarios del derecho, que ahora sólo en parte se descongela, que al tiempo queda enunciada con una fórmula en extremo desvaída:

«El Gobierno... impulsará campañas para dar a conocer a los padres los derechos que les otorga la ley en referencia a la paternidad y **campañas de sensibilización para promover que los hombres asuman una parte igual de responsabilidades familiares**» –disp. adic. 1.<sup>a</sup>–.

Entiendo que la propuesta desde algunos sectores de cambiar una tozuda realidad, y no sólo estadística, que dice que más de un 25 por 100 de los padres que podrían acogerse a este permiso a fin de implicarse mínimamente en el «trabajo cívico de cuidar» no lo hacen, a través del establecimiento por ley del «carácter obligatorio» de este permiso no sea lo más «comunicativo», aunque desde luego sería mucho más efectivo. Pero de ahí a dejar el cumplimiento de una norma con un elevado riesgo de ineffectividad –aunque sean más de 600.000 los padres que se han acogido a esta medida desde su entrada en vigor– a la simple actividad de «sensibilización» media un abismo, por lo que el legislador ha ignorado otras vías intermedias realmente promotoras del cumplimiento.

## **2.<sup>a</sup> La función de control de la eficacia de la ley mediante la evaluación de su incidencia o impacto social.**

Pese a su desarrollo en el plano científico y operativo, la evaluación de la incidencia real de las normas aprobadas sigue siendo asignatura pendiente en nuestro sistema. Con creciente frecuencia se legisla pero pocas veces se lleva a cabo la adecuada evaluación de su eficacia práctica. Si la primera de las garantías, más pretendidas que reales, pretendía fomentar el necesario cambio de mentalidad social para que los padres se acogieran a estos permisos, la segunda parece querer medir en todo momento ese cambio, a fin de mantener el pulso de la influencia efectiva de las leyes en las transformaciones de los modelos sociales que están en la base de la acción legislativa.

No se puede evaluar lo que no se mide. Ahora bien, de nuevo, la medida se agota únicamente en una técnica de tipo cuantitativo, por cuanto sólo se concreta en el mero deber de actualización continuada de toda la información estadística relativa al número de padres que se acogen al permiso y su puesta a disposición del Parlamento. Esta suerte de función de control estadístico de la eficacia social y de la efectividad normativa de la ley se concreta del siguiente modo:

«El Gobierno, con carácter anual, deberá presentar a las Cortes... un seguimiento estadístico de las medidas introducidas en la presente ley y su grado de aplicación».

Al margen de las enormes limitaciones de esta reducción del control de eficacia –evaluación de impacto social– al dato estadístico, pues el simple dato numérico apenas aporta información sobre el significado real del permiso para el cambio buscado –un reparto equilibrado del trabajo de cuidar–, la previsión legal, tal y como está redactada, es completamente inútil porque no añade nada a lo existente. En efecto, esa información ya está disponible para todos en la página web de la Seguridad

Social. En ella se encontrará un seguimiento mensual, trimestral, semestral, anual... del número de permisos relativos tanto a la maternidad como a la paternidad como, y aquí está el auténtico «caballo de Troya» del que nada se legisla para evitar las discriminaciones que encierra, de las excedencias por cuidado de familiares. La estadística incluye, desagregado por sexos, el coste para la Seguridad Social de unos permisos y otros.

Cierto que los números ofrecen relevante información. Pero no menos cierto es que las frías cifras <sup>7</sup> no dan toda la información necesaria para hacer las políticas legislativas y sociolaborales adecuadas en esta materia. De hecho, desde hace algún tiempo se viene reivindicando mejoras significativas en la información estadística, en la medida en que la actual no permitiría conocer de un modo adecuado las diferencias por sexos en la dedicación real al trabajo de cuidar, al carecer de todos los indicadores necesarios, y sobre todo no informar de los efectos que tienen los permisos en la posición diferencial de mujeres y hombres en el mercado de trabajo –retorno al empleo, promoción...–.

### **3.ª La usual cláusula de habilitación al Gobierno para gestionar, incluido el plano más clave de todos, el presupuestario –régimen económico y financiero–, las acciones necesarias para desarrollar la ley (disp. final 1.ª).**

Como es bien conocido el coste económico de esta medida no recaerá sobre los empleadores sino, cómo no, sobre los presupuestos de la Seguridad Social –art. 133 octies LGSS–. Como es sabido, el coste equivale a la cobertura de la prestación económica sobre el que se sostiene el derecho, y que consiste, como la de maternidad, en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente –equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal (IT), derivada de contingencias comunes, según el art. 133 quater con relación al art. 133 decies LGSS–. Como es natural, el montante total del permiso de paternidad es notablemente inferior al de maternidad, pero eso se debe básicamente a la enorme diferencia en el plazo de duración de uno y otro, tanto en la regulación anterior a la «novela» –16 semanas para el «goce» de la maternidad y 13 días para el «goce» de la paternidad– como en la posterior –16 semanas en un caso, 4 en otra– <sup>8</sup>.

Precisamente, en esta razón económica estaría, al menos oficialmente, la congelación del derecho hasta 2011, si bien, como luego se comentará con algún detalle más, realmente esta razón, siempre invocada, hoy evidencia su enorme debilidad, aun en tiempos críticos como los actuales, pues la Seguridad Social sigue teniendo superávit y este derecho no obedece sólo a razones sociales –gasto– sino también económicas –inversión en políticas de natalidad–. En todo caso, el coste del permiso de paternidad parece levemente superior, en términos proporcionales, al derivado del permiso de maternidad, por las mayores bases reguladoras de los hombres –lo que puede ser un indicador de la

<sup>7</sup> Que evidencian un crecimiento. Pero muy desigual por comunidades autónomas –alguien debería explicar el porqué y si tiene que ver con el que unas contemplen incentivos y otras no– y extremadamente lento en su progresión –apenas un 3% por año–. Incluso en el primer semestre de 2009 se aprecia un descenso respecto del mismo periodo de 2008.

<sup>8</sup> Valga como ejemplo el coste de estos permisos en el primer semestre de 2009. Mientras que la Seguridad Social dedicó 890 millones de euros al pago de la prestación por maternidad, fueron algo más de 107 millones de euros los que se dedicaron al permiso de paternidad. El número de permisos de maternidad en este periodo fue de 169.942, incrementándose el coste respecto del mismo periodo anterior un 7,82 por 100. Los permisos de paternidad fueron 135.432 creciendo su coste el 3,5 por 100.

tan recurrente «brecha salarial» que pesa aún entre mujeres y hombres (situada en el 25% de diferencia)–. Aunque en cierto modo este incremento de la cuantía que supone el permiso se tendería a compensar por el también menor número de hombres que, al menos de momento, se acogen al permiso de paternidad –que también se sitúa en torno al 25%–.

Finalmente, para una mayor apariencia de estar verdaderamente ante una regulación innovadora, la «novela» contiene una disposición derogatoria única en virtud de la cual se derogan todas aquellas disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo que establece la presente ley. Una cláusula de derogación tácita tan usual como, en principio, inútil.

No obstante, tampoco es oportuno ser demasiado radicales en el juicio con esta cláusula legal de estilo, pues, la improvisación de la «novela» es tal y la deficiente técnica legislativa tan extrema, que siempre es posible encontrarle funcionalidad. Precisamente, Sus Señorías olvidaron derogar, junto a la disposición transitoria 9.ª de la LOIS, la disposición transitoria 6.ª del EBEP, que contiene, en coherencia con la previsión de la LOIS, exactamente la misma previsión de futuro expansivo para los empleados públicos, en particular para los funcionarios, en la medida en que, como nos ha recordado recientemente la STS de 19 de mayo de 2009, en esta materia el EBEP es de aplicación sólo para los funcionarios, mientras que para los laborales se ha de aplicar la legislación estatutaria, que presentaba algunas peculiaridades en la materia antes de la «novela» y a la que luego aludiremos. Por lo tanto, y en lo que aquí interesa, deberemos entender que, en virtud de la cláusula de derogación tácita, también está derogada la disposición transitoria 6.ª del EBEP, subsanando de este modo por vía interpretativa la omisión de la cláusula derogatoria legal expresa ex artículo 3 de la aquí comentada Ley 9/2009.

Expuestas las medidas legales, y sin perjuicio de algunas valoraciones parciales ya filtradas a lo largo de su comentario, y por tanto presentadas las piezas que integran nuestra «novela», estaríamos ya en condiciones de contar la verdadera trama de la historia jurídico-social novelada. En otros términos, a partir de un inicial conocimiento del texto de la novela podremos comprender el verdadero alcance de la misma, la «obra» que encierra, de modo que valoremos si el cambio normativo significará realmente un paso más en el cambio social que se busca, y que no es otro que favorecer desde el «amor de las leyes» la corresponsabilidad familiar del padre mediante el fomento, a su vez, del trabajo amoroso de cuidar al hijo.

### **3. EL SENTIDO DE LA «NOVELA» DEL PERMISO DE PATERNIDAD: ¿UNA «NOVELA ROMÁNTICA» O UNA «CRÓNICA DEL DESAMOR»?**

#### **3.1. Del «discurso romántico» de los «autores» de la «novela».**

Al inicio de este artículo no dudé en acudir al género «novelesco» para dar cuenta del sentido de la aparición en la escena política, social y jurídica de Ley 9/2009, que se presta fácil a esta modalidad de «literatura jurídico-laboral», mal que nos pese como juristas. Una «novela» es una obra literaria en prosa en la que «se narra una acción fingida», bien en todo bien en parte, y que busca el provocar

un «placer estético» –yo añadiría aquí más bien el cognoscitivo– a los lectores, a través de la pintura de sucesos, caracteres, pasiones, costumbres... El lector más ortodoxo podría pensar que abuso de la metáfora, que tengo una cierta frustración literaria, «mortificando» a los pacientes lectores/as con estos experimentos y alejándome de la seriedad del análisis jurídico. ¿Es que acaso no hay mejores cosas en qué gastar tiempo y papel? ¿Qué tienen que ver el sentido literario y el sentido jurídico de la novela aplicado al conocimiento de la Ley 9/2009? ¿Desvaría ya el comentarista? ...

Espero que no sea así. Si el magnánimo lector tiene paciencia, un poco más, encontrará pleno sentido a estas reflexiones. En cualquier caso, y si bien es cierto que entre los rasgos de la «novela», en sentido literario, no en sentido jurídico, estaría el formularse mediante una «narrativa extensa», a diferencia del «cuento», intentaré que sea sólo «relato corto». Asimismo, aún me permitiré recordar un dato más del sentido literario de «novela» que creo pertinente en mi proyección al sentido jurídico aquí realizado. Su origen histórico está en época medieval y respondió a la necesidad de promover una fórmula narrativa que, mediante comentarios alegóricos, facilitaran ciertas «enseñanzas en materia de amor». En aquella época sobre todo a las mujeres, pero ésta es otra época y el objeto de la mía se dirige básicamente al «amor de los hombres», pero, y aún con un sentido más moderno, en cuanto que padres privados del gozo del trabajo de cuidar que ahora las nuevas políticas de familia querían inculcar con esta legislación pretendidamente promotora o de incentivo.

Una vez expuesto su breve contenido textual no encuentro razones para desdecirme, manteniendo el doble sentido del término «novela» aquí aludido: el jurídico, no reprochable técnicamente, dado su carácter de «enmienda», y el más literario, discutible, pero más que aconsejable para mantener la necesaria dosis de ironía sobre una norma que tiene más aspectos críticos que loables. Una ley alejada de los nobles fines confesados para su promulgación.

Pero sí cabe una duda al respecto. Y es que a la vista de su primera y superficial lectura acepto que pudiera generar alguna reserva el fijar cuál debe ser su orientación principal. De un lado, podría ser orientada como una «novela romántica». Con tal adjetivación podría referirse aquí a dos sentidos. Uno más simbólico, también más antiguo, y para nuestra «novela» quizás más apropiado, que identificaba la figura del «romance» con una historia «fantástica» y «desmesurada». A este respecto, por influjo del adjetivo *romantic* adquirirá significado de «fantástico, maravilloso, aventurero, sentimental, exaltado, pintoresco...», e incluso «triste». Sin embargo, hoy en día, aplicado como subgénero novelesco, tienden a identificarse con la narración de *una historia «de amor» con un final, de ficción claro está, feliz*. Precisamente, la Ley 9/2009 contaría la historia del encuentro del padre con el hijo, a través de la asunción voluntaria y por un periodo breve claro, del trabajo amoroso de cuidados paterno-filiales, del que hasta ahora ha permanecido en gran medida ausente «oficialmente» y al que felizmente esta ley querría recuperarlo.

A juzgar por los debates, escasos, tenidos durante su tramitación en el Parlamento español ése sería el sentido preferido por Sus Señorías, que no han dudado, aprobándola por unanimidad, en hacer creer a la ciudadanía que ésta es una ley que viene a marcar un nuevo tiempo, anticipando unos años la ampliación del derecho de cuidar del padre, por lo que estaríamos ante un final «emocionalmente satisfactorio y optimista». Recojo algunas expresiones que, a mi juicio, ilustran muy bien la emoción sentida por nuestros parlamentarios –y parlamentarias– al aprobar esta ley. Así:

«Estamos satisfechos con esta medida de apoyo a la familia porque les permite (a los padres) poder empezar a disfrutar, y **me refiero a un disfrute unido al cariño**, a la dedicación, a la estima y a todos aquellos sentimientos que se unen a la responsabilidad en el momento en el que una mujer y un hombre deciden tener un hijo.

(...) Pero mi deseo más profundo es que ayude a crear una sociedad más igual e igualitaria de hombres y mujeres libres, comprometidos y, sobre todo, **felices**» (Señora GAIG I TORRAS, Grupo Parlamentario de Entesa).

Y además, la «novela»:

«... tiene que servir para que la sociedad en general y los agentes sociales relacionados con el empleo acepten que las mujeres no tienen por qué ser consideradas un problema cuando acuden en demanda de un trabajo... por el **hecho de que sean fértiles y tengan el bello destino de poder ser madres y el derecho de elegir serlo**, porque cada vez que una mujer es madre, **un hombre también es padre –al menos en la mayoría de los casos–, y debe serlo con la misma ilusión y alegría pero también con las mismas obligaciones.** (...)

De este modo, Señorías, los españoles y las españolas, los hombres y las mujeres, **van a poder ser más felices disfrutando durante cuatro semanas a tiempo completo de sus hijos e hijas**, que están llamados a ser las mujeres y los hombres del futuro. La paternidad no es una simple condición sin más; exige dedicación y responsabilidad, ejercicio de funciones y presencia activa. (...)» (Señora MONTALBÁN GOICOECHEA, Grupo Socialista, Diario de Sesiones del Congreso, 18-6-2009, n.º 313).

Me permitirá el lector que no siga con más ejemplos, para evitar el riesgo de convertirla en una suerte de «novela lacrimógena». Oír y leer a Sus Señorías tan alegres y tan satisfechos por la «obra monumental» que parecen haber «parido» con la promulgación de la Ley 9/2009, cuyo eje sería nada menos que la vivencia de sociedades y relaciones basadas en el cariño, el amor, e incluso hasta ¡en la felicidad!, puede tentarnos a todos –yo lo he pensado mientras releía tan melosos debates– a una gran movilización general, con pañuelos blancos enarbolados y cánticos entusiastas, y emocionados, dándole la bienvenida a esta «novela». Una «novela» que ya formaría parte, por «derecho legislativo propio», de nueva política de fomento de la corresponsabilidad familiar que, con algunas otras medidas del género, nos llevarán en un futuro no muy lejano al amanecer de esa utópica sociedad justa y equitativa:

«... formada por hombres y mujeres libres y comprometidos que se sientan capacitados para cumplir **sus anhelos y sus deseos. Mañana, los niños y las niñas que compartan el amor y la presencia al unísono de sus padres y madres –hombres y mujeres– agradecerán**, aunque no lo hagan de forma ostentosa, este aumento de dos a cuatro semanas del permiso de paternidad» (Señora MONTALBÁN, pág. 8, *op. cit.*).

Un comentario benévolo de este modo de razonar ya deja perpleja a la castigada ciudadanía –y mucho más a la parte femenina de la misma– sobre la «conciencia de la realidad» en esta materia que tienen Sus Señorías. Pero es que, además, discursos tan desafortunados como éstos, que ignoran por

completo no ya las limitaciones de las leyes para provocar unos cambios radicales sino las deficiencias extremas de esta «novela» para alcanzar el más limitado objetivo de la misma, nos llevan necesariamente a plantearnos un enfoque radicalmente distinto, especialmente crítico, por mutar una ley en huera propaganda.

El envite no es fácil. Por lo general, «la nobleza y la importancia del asunto», así los argumentos de tipo pragmático –siempre será mejor reducir el periodo de hibernación de un derecho que dejarlo dormir el «sueño de los justos» todo el tiempo previsto por la LOIS– van en el camino de desactivar todo discurso crítico por razones internas –técnica jurídica–, y no sólo externas –política del derecho–, a la propia ley.

Pero creo que el mantenimiento de las cualidades que hacen de la ley la fuente primaria, aunque no exclusiva del Derecho, llevan a la necesidad de alzar una voz crítica frente a un modo de legislar de esta guisa. Por las razones que esgrimiré, brevemente, la «novela» de referencia difícilmente puede tener el «final feliz» que le auguran sus autores.

El primer problema que suscitaría una orientación de este tipo, orientarla como una «novela romántica», como auspicia el debate parlamentario, es que tiene un evidente sesgo de sexo, pues se trata, por lo general, de un «género» leído prácticamente por mujeres; sólo un 5 por 100 de hombres, según algunos datos de fiabilidad más bien limitada, pero útil a mis efectos, leerían estas «ficciones». El segundo, y más relevante, es que resultaría muy poco convincente o creíble a la vista de escaso valor del texto de la «novela» para alcanzar su objetivo.

En efecto, en una «novela romántica», «los amantes» –en nuestro caso el padre– que se arriesgan a luchar por su amor –en nuestro caso el hijo (y podría aventurarse, para otras medidas, los familiares en general)– y su relación acaban siempre siendo recompensados con la «justicia emocional» y el «amor incondicional». Pero, ¿encontramos en nuestra «novela» suficientes razones para hallar esta doble recompensa para los padres que se aventuren por esta nueva senda, antes no transitada, del trabajo de cuidar?

A mi juicio no. Más aún: si la «novela» tampoco es para provocar llanto –«novela lacrimógena»–, ni tampoco espanto –«novela gótica»–, no puede dudarse que responde más a una «crónica del desamor». El desamor de una ley por un pretendido derecho de conciliación efectiva, el del padre en el trabajo de cuidar, que ha optado por una técnica legislativa de tan mala calidad para promoverlo, por una regulación tan autolimitada o auto-restringida que nos deja grandes dudas sobre la credibilidad de los objetivos que dice perseguir y, por tanto, de la efectividad del derecho mismo que dice reconocer, pero que en modo alguno garantiza, más allá de las apariencias creadas, como se indicó.

### 3.2. ... a las prácticas del desamor por el trabajo de cuidar.

Y no será porque no hace falta el «amor de la ley» por una regulación de esta materia a la altura de los tiempos sociales y de los valores proclamados tanto en las Constituciones como en las leyes.

Y es que como ilustra la actual práctica, el «desamor» por esta materia cuenta con un fortísimo arraigo social y empresarial, y con una cierta presencia institucional.

En efecto, el *desamor por el trabajo de cuidar está arraigado en la empresa*, origen de un buen número de las desigualdades y discriminaciones que aún perduran en nuestro mundo del trabajo. Las leyes serias no sólo deben ser programas de tipo ideal, transmisoras de valores jurídico-constitucionales –si la Constitución es el «verbo» ético social las leyes deben ser su «encarnación»–, sino también y, sobre todo, tratar con «autoridad» además de las «ideas» las «realidades». Éstas han de ser conformadas en atención a aquellos valores, corrigiendo las eventuales desviaciones que se produzcan entre lo «normal» –lo que sucede en la práctica– y lo «normado» –lo que debería suceder según los imperativos legales–.

A este respecto, parece claro ahora ya que no es tanto el sexo lo que se castigaría en las relaciones de trabajo –sin perjuicio de la continuidad de las más diversas formas de violencia contra la mujer en el seno de las empresas, como sucede en el 2% de situaciones de acoso sexual hoy presentes en ellas–, cuanto también, y sobre todo, la asunción de cargas o el ejercicio efectivo de las «responsabilidades familiares», que es lo que está en la base de la discriminación por maternidad. Cuando esta forma de trabajo social, útil pero no mercantilizado, por tanto no valorado institucionalmente, se asocia casi en exclusiva a las mujeres es evidente que, a los ojos de los empresarios, serán ellas las que sufran las políticas segregadoras y discriminatorias. Pero si se extiende a los hombres, a través de la corresponsabilización, cierto limitada, del permiso de paternidad, entonces se socializarán o generalizarán al tiempo tales tratamientos peyorativos.

Un simple repaso a los medios de comunicación más difundidos nos ponen en alerta sobre este proceso de «contaminación» o «contagio» de políticas empresariales discriminatorias. Así, podemos leer con cierta frecuencia noticias como ésta: «Pedí los días y mi jefe me dijo que no volviese más». La historia, que no es sino una de las muchas que se viven cotidianamente, se escribe así:

«Hace cuatro meses, B.C. vivió uno de los momentos más felices de su vida, el nacimiento de su primer hijo. Acudió a su empresa, una fábrica de Mérida, para dar la noticia. Les llevó helados a sus compañeros para celebrar su alegría y antes fue a hablar con su jefe para pedir el permiso de paternidad. Cuando salió de su despacho y ante la sorpresa de sus compañeros, les anunció que le habían echado»<sup>9</sup>.

Por supuesto no se trata de un arrebato, ni de una decisión improvisada, sino de una extendida estrategia. Como el protagonista de esta historia singular de desamor cuenta, los problemas vienen desde el inicio mismo, esto es, a partir del mismo conocimiento de las situaciones:

«Los problemas comenzaron cuando el jefe se enteró de que mi mujer estaba embarazada y ya me dijo que me fuese haciendo a la idea de que no iba a tener días de descanso. Luego, me tocó tener vacaciones y el mismo viernes que me marchaba, me cogió y me dijo que no las tenía».

<sup>9</sup> <http://www.hoy.es/20081117/badajoz/cada-cuatro-hombres-solicita-20081117.html>

El reconocimiento del «permiso de paternidad» estaría teniendo, pues, un efecto «colateral» inaudito e insospechado —o quizás sí previsible— de igualación, mientras que, paradójicamente, apenas está influyendo en el efecto primario de corresponsabilidad buscado. En este sentido, si dada la escasa duración y las condiciones de ejercicio de este permiso difícilmente puede implicar, más allá del momento del nacimiento y sus aledaños, un reparto equilibrado del trabajo de cuidar de un hijo, que sigue recayendo fundamentalmente en las madres, lo que sí está significando es una equiparación en las repercusiones negativas para el estatuto ocupacional y profesional del padre. Durante años, las mujeres se han venido enfrentando al riesgo de solicitar un permiso de maternidad —o cualquier otro derecho de conciliación— y ver no sólo perder oportunidades para la mejora o promoción en el trabajo, sino incluso la propia continuidad del mismo. Ahora, los hombres parecen enfrentarse al mismo riesgo derivado del «disfrute» del nuevo derecho, el permiso de paternidad, padeciendo problemas análogos, o sin más los mismos, a la hora de solicitarlo.

Los datos estadísticos extraídos de la Seguridad Social son reveladores de este temor, pues el crecimiento del número de beneficiarios del permiso cada año, aunque parece estancarse, o incluso quebrarse, algo en el último, no puede ocultar que la medida sigue siendo acogida por los hombres con algunas reticencias. Este diferencial de uso respecto de las mujeres —se recuerda, en torno al 25% menos— puede responder en parte a su desconocimiento, real o «voluntario», así como a la inercia de desentenderse de este trabajo de cuidar. Pero es evidente que el miedo a las represalias influye.

La implicación de los empresarios es una clave fundamental, cómo no, para que este derecho se extienda entre los trabajadores. La difusión mediática de noticias como éstas, relativas a despidos también a los hombres por motivos de «paternidad», se extiende como un reguero de pólvora en el mundo laboral, levantando una fuerte barrera para persuadir a los hombres de la necesidad de que se comprometan con la conciliación laboral, aunque sea de esta forma tan débil, como es la asunción de un pírrico permiso de paternidad. En un contexto de inestabilidad y precariedad laborales, así como de fuerte desempleo, queda claro que no contamos con las condiciones adecuadas para que los hombres se motiven para el ejercicio de derechos de este tipo y los reivindiquen.

En suma, la actitud negativa de muchos empresarios hacia esta medida y sus decisiones de represalia por el ejercicio del derecho estarían pesando tanto o más que la propia tradicional ausencia del hombre en estas tareas para que el derecho no adquiriera toda su virtualidad. Como cuentan otros actores de nuestra historia singular de desamor por el trabajo de cuidar:

«Sabemos de compañeros que han pedido los días y al volver se han encontrado con la baja de la empresa y la gente duda, no quiere poner su trabajo en peligro»<sup>10</sup>.

No es, en definitiva, un derecho sociolaboral de fácil ejercicio, pese a que cuenta con un estatuto protector fuerte, en el plano jurídico-formal. De ahí, que requiera una denodada lucha por su

<sup>10</sup> Los repertorios judiciales están plagados de estos casos, ya desde antiguo. *Vid.*, a título de ejemplo, la STSJ Castilla y León/Valladolid, 24 de julio de 2000, AS 2000/4314; o la STSJ País Vasco de 11 de noviembre de 2008, AS 2009/916, que reconoce el derecho tras la negativa de la empresa a aplicar la normativa, entre otras muchas que ya empiezan a desfilarse por los Tribunales, evidenciando éstos por lo general una actitud expansiva, favorable a la mayor utilidad de la regulación legal en aras de la célebre corresponsabilidad.

ejercicio efectivo en la vida cotidiana, como bien saben y practican cada vez más las mujeres, pero todavía no tanto los hombres, según nos enseña el final, sin duda frustrante, nada feliz, de esta historia singular de desamor que ilustra la gran historia de desamor que oculta la «novela» que aquí analizamos, la Ley 9/2009. Y es que nuestro protagonista no dudó en denunciar a su empresa y «encajarse» con ella, pero, como es inherente a la práctica totalidad de los trabajadores, necesitaba el dinero del finiquito para comprar cosas para el bebé y decidió llegar a un acuerdo:

«No pude ir a juicio, aunque me hubiese gustado, porque me dijeron que tardaría bastante, al menos cinco meses, y yo necesitaba el dinero. Ha sido muy duro y espero que no le pase a nadie más».

He aquí, una convincente explicación de ese 25 por 100 de padres que tienen derecho al permiso pero no lo solicitan. Y quienes sí lo solicitan ¿qué respuesta recibirán de la Entidad Gestora, y en general de las AA.PP., sin duda mucho más comprometidas, a priori, con el objetivo de las leyes que aprueban los Parlamentos?

Pues, en principio, en la inmensa mayor parte de los casos verán, como no podía ser de otro modo, reconocido su derecho si reúnen los requisitos fijados por la regulación legal, sobre todo el periodo de carencia de 180 días en 7 años anteriores al subsidio, cuyos efectos excluyentes son más que notables con la excesiva temporalidad y rotación que caracteriza nuestro mercado de trabajo y sufren los trabajadores en él. Precisamente, una de las Enmiendas presentadas en la tramitación de la Ley 9/2009 iba dirigida a promover la extensión de estas prestaciones a quienes no reuniesen el referido periodo de carencia <sup>11</sup>. No obstante, no siempre quien tiene derecho se ve tratado con el debido «cariño» por la Entidad Gestora, por lo que también las historias, aún ocasionales, de desamor institucional por el trabajo paterno de cuidar existen.

Para ilustrarlas, entiendo oportuno traer aquí a colación un reciente fallo del TSJ de Murcia, que ha condenado al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) a pagar la prestación por paternidad a un profesor que, por padecer una enfermedad contagiosa, que le impidió ver a su hija hasta 10 días después de nacer, no pudo disfrutar de ese permiso desde el momento del alumbramiento. Esta STSJ confirma la dictada en noviembre de 2008 por el Juzgado de lo Social N.º Dos de Murcia a favor de H.G. y desestima el recurso presentado por el INSS. En síntesis, el supuesto de hecho se concretaba en el padecimiento por el padre de una enfermedad contagiosa, lo que le obligó a darse de baja en la empresa, causando una prestación de IT <sup>12</sup>.

A raíz de esta enfermedad tuvo que permanecer ingresado en un Centro Hospitalario –en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital «Morales Meseguer» de Murcia– durante 10 días, tiempo durante el cual se produjo el feliz acontecimiento, el nacimiento de su hija. En mayo de 2008 H.G. solicitó la prestación de paternidad, que fue denegada por la Seguridad Social por considerar que el

<sup>11</sup> Vid. Enmienda de Adición de una disposición adicional presentada por el Grupo Parlamentario Popular. BOCG, Congreso, Serie B, número 30-9, 25 de marzo de 2009.

<sup>12</sup> La baja se produjo desde el 9 de febrero de 2008 hasta el 23 de abril del mismo año, en que recibió el alta tras sufrir una neumonía neumocócica grave con *shock séptico*.

periodo para el que se pedía estaba fuera del previsto en la Ley del EBEP. La Sala señala en su sentencia que:

«el hecho de pedir la prestación por paternidad 27 días después del alta médica no excluye su derecho a la misma»,

añadiendo, con un claro «tirón de orejas» al INSS, que:

«precisamente por el uso de ese derecho impuesto por la Ley de Igualdad de Géneros en beneficio del progenitor en este caso, por un lado, y el beneficio de la menor, por otro, dada la enfermedad contagiosa padecida por el padre, obligan a desestimar el recurso interpuesto por el INSS»<sup>13</sup>.

Aunque afortunadamente esta actitud institucional de resistencia y estas malas prácticas administrativas respecto del reconocimiento a los hombres de estos permisos no es la dominante, tampoco puede entenderse aislada. Desde hace tiempo han proliferado lecturas de la regulación vigente contrarias a un uso expansivo de tales permisos paternales orientados a una distribución más equitativa del trabajo amoroso de cuidar, de modo que con cierta frecuencia los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo proceden a corregir decisiones que poco o nada tienen que ver con la proclamación del derecho al permiso<sup>14</sup>.

### 3.3. ¿Y la Ley 9/2009?: las frustraciones del final de la «novela».

En principio, si algún sentido tiene la Ley 9/2009 es el de poner fin, en cierto modo desde la óptica de la escritura de un «final feliz», a estas prácticas de desamor, promoviendo el cambio socio-cultural que implicaba la LOIS desde un reforzamiento de la efectividad del derecho, en una doble dimensión:

- La *generalización de su uso* entre todos sus titulares –los padres que reúnan los requisitos previstos en las leyes sociolaborales–, a fin de llevar a la práctica el objetivo del reparto de las tareas de cuidar desde un enfoque de corresponsabilidad.
- La *igualación*, por lo alto, del ejercicio del derecho con el de las mujeres.

<sup>13</sup> Información extraída de [http://www.soitu.es/soitu/2009/05/13/info/1242215044\\_355701.htm](http://www.soitu.es/soitu/2009/05/13/info/1242215044_355701.htm)

<sup>14</sup> Interesante es el caso resuelto favorablemente para el trabajador –en este caso un Guardia Civil– por la STSJ Andalucía/Sevilla, 22 de noviembre de 2002 –JUR 2003/133406–, que hace una reinterpretación extensiva del artículo 30.3 de la LMRFP por aplicación directa de la Directiva Comunitaria sobre permisos parentales, por tanto anterior a la promulgación de la LOIS. O la STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), 3 de febrero de 2000, RJCA 2000\49, que corrige una interpretación restrictiva de la Administración en torno a la compatibilidad entre permisos de maternidad y «permisos de paternidad», también antes de la LOIS. Asimismo, es destacable la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativa, Sección 3.ª, 14 de marzo de 2006, que reconoce la responsabilidad administrativa por la inadecuada denegación de un permiso de paternidad a funcionario público. También improcedente consideró la denegación del permiso TSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), Sentencia núm. 715/2009 de 18 de mayo... La lista es larga, pero creo que el objetivo «probatorio» de la afirmación hecha en el texto está cumplido.

La transición, pues, desde las ideas, desde los «enunciados generales» de política del derecho formulados en la LOIS, al reconocimiento y garantía de derechos con un poder real de actualización práctica del cambio de mentalidad propuesto, y a realizar mediante leyes de aplicación –o la intervención de otras fuentes del sistema, sobre todo la negociación colectiva, también ausente en gran medida en este proceso a día de hoy–, constituiría el presupuesto para la fiabilidad o credibilidad de los dos grandes objetivos insitos en la regulación del permiso de paternidad. A saber:

1. El *impulso de políticas de familia*, y no sólo de mujer, capaces tanto de promover el referido reparto equitativo del trabajo de cuidar cuanto el fomento de mejores tasas de natalidad, uno de los principales problemas no ya sociales sino también económicos de nuestro país –apenas tenemos una tasa del 1,3, que está muy por debajo de la tasa de reemplazo generacional–.
2. El impulso de *políticas de igualdad de oportunidades en materia de empleo*, a través de medidas de conciliación que favorezcan no ya la compatibilidad del trabajo productivo de las mujeres con «su» trabajo reproductivo, sino avanzar realmente en la equiparación de las mujeres en orden al acceso y promoción en el trabajo. Y ello más que por el efecto reparto «equitativo» de las desventajas de la conciliación, como parece suceder en la práctica, por el diseño y puesta en marcha de *un sistema de incentivos que favorezcan la incorporación real del hombre* al trabajo de cuidar.

¿Algo de todo esto encontramos en la «novela», como auspician, con gran fervor, sus autores? Pues entiendo que más bien no. Ya hemos visto qué hace realmente la Ley 9/2009, y de ello cabe desprenderse una falta significativa de conciencia sobre la situación real y, lo que es peor, una falta de políticas que sean capaces de aspirar a una corrección, a medio plazo, de la actual situación desigual en el reparto del trabajo de cuidar y que, por tanto, mantiene la misma desigual distribución de oportunidades –de acceso y promoción– en el trabajo de producir –para el mercado–. La «novela» no sólo es improvisada y deficiente, sino incompleta, desenfocada y congelada en el tiempo.

¿Por qué?

a) La «novela» *NO cambiará en nada la vida presente de los ciudadanos*. Como ya se indicó, el derecho que se dice descongelar luego *se vuelve a congelar*; rompiendo lo que podíamos llamar «la cadena de valor» de la ley, pues nada de lo que afirma será exigible hasta 2011.

Para comprender adecuadamente el alcance de esta crítica, que evidencia con claridad la pérdida de valor y de autoridad de las leyes que se aprueban al calor de razones eminentemente de oportunidad político-simbólica, entiendo necesario recordar toda la secuencia temporal. Y es que habrán tenido que pasar casi cuatro años para que se produzca una ampliación generalizada del permiso de paternidad, siendo el compromiso legislativo –y social– el de proceder a su ampliación progresiva, gradual. Debe recordarse el sentido de esta medida. Puesto que se trataba de un nuevo derecho que había que poner en práctica para generar un nuevo uso social, un cambio cultural en realidad, que además exigía un importante compromiso presupuestario, al ir a cargo de la Seguridad Social, se era

consciente –como lo fueron los representantes de las organizaciones sindicales y empresariales– de que no sería fácil implantar una regulación tan trascendente en un margen escaso de tiempo.

Ahora bien, ¿es posible ir promoviendo ese cambio social cuando se actúa a saltos? No era sólo económica la razón de la aplicación progresiva, que en modo alguno quiere decir, por definición, que se esperara al final de los seis años, o incluso que pasaran cuatro años sin hacer nada al respecto –más allá de las familias numerosas y de lo que eventualmente pudiera conseguirse en algún convenio colectivo, sin duda excepcional–, sino cultural. Estos cambios han de tener periodos de adaptación, si bien al mismo tiempo deben acompañarse de medidas efectivas, que se muestren realmente útiles para promover, y asegurar en cierto modo, esa transformación sociocultural buscada.

Descongelar el derecho, para luego recongelarlo no es el mejor modo de hacerlo. Puede pensarse que ese periodo transitorio y de adaptación sería el necesario para conseguir el objetivo de sensibilización previsto en el disposición adicional 1.<sup>a</sup>, como entienden los promotores de la Proposición de Ley luego devenida en la «novela» de referencia. Pero no es creíble, porque tampoco esa previsión entrará en vigor hasta el 2011.

Los más que trascendentales objetivos sociales –igualdad, conciliación– y económicos –mejora de la natalidad, mejora de las oportunidades laborales de las mujeres para activar este sector mayoritario de la población...– hacen que las razones económicas esgrimidas –el coste para la Seguridad Social– sean casi irrisorias. Sabemos que lo deseable socialmente no siempre está dentro de lo posible económicamente, pero es manifiesto que en una situación todavía de superávit de la Seguridad Social y de creciente incremento del gasto público en aras de una «economía sostenible», no hay razones serias, en el plano de la racionalidad económica, que avalen esta congelación parcial del derecho sociolaboral. Si a ello añadimos que se mantiene un diferencial con el permiso de maternidad abismal es evidente que la razón financiera sirve tan sólo de excusa para justificar una falta real de compromiso institucional con el derecho y, sobre todo, con sus objetivos constitucionales y comunitarios.

*b) No hay ni una sola garantía de que vaya a cambiar algo sustancialmente en el futuro próximo.* La medida expansiva, aun cuando entre en vigor, no se acompaña de las garantías de efectividad que la práctica ha revelado necesarias para que se produzca el cambio social que subyace a la norma legal, con su consiguiente pérdida de autoridad.

Pudimos ver cómo esta necesidad de dar seriedad a los derechos que son reconocidos por las leyes sociolaborales y que implican deberes de prestación, sin perjuicio de responder igualmente al ejercicio de libertades –el permiso ha sido configurado como potestativo, y no como imperativo u obligatorio, como se preconiza por algunos y quizás resulte a día de hoy incluso conveniente– no está ausente por completo en nuestra «novela». Ahora bien, siguiendo ahora más el significado literario que el jurídico dado aquí a este término, la «novela» hace gala de un exceso de «ficción», o cuando menos de apariencia, porque ninguna de las dos previsiones al respecto –las campañas de sensibilización y el simple informe estadístico– están en condiciones de cambiar lo existente y corregir las barreras que hoy se oponen a una instrumentación «feliz» del derecho, a fin de lograr ese objetivo de la corresponsabilidad en el trabajo (amoroso) de cuidar. La también denunciada falta de

conciencia de la realidad de Sus Señorías, y de la que hacen gala en el debate parlamentario, está especialmente presente.

El punto de partida de la Proposición de Ley originaria sería la del uso más que extendido, por tanto exitoso, del permiso de paternidad, en comparación al menos con lo que viene sucediendo con la posibilidad de desarrollar el trabajo de cuidar a través del periodo de suspensión eventualmente a ceder por parte de la madre de su permiso de maternidad. Los datos estadísticos tratados de un modo segregado, aislado, así parecerían avalarlo. En efecto, mientras que apenas sólo un 2 por 100 de los padres se implican en los permisos de maternidad, «gozando» del periodo que puede ceder la madre –en 2007 de 330.000 permisos únicamente se acogerían a compartirlo 5.000 hombres; en 2009, en el primer semestre, de los 169.942 permisos de este tipo, tan sólo 2.762 fueron «disfrutados» por la figura del padre–, no estaría sucediendo lo mismo para los permisos de paternidad, como también se vio, que sí parecen tener una importante acogida por los padres –estaría en torno a una media de 200.000 por año desde que entró en vigor, en marzo de 2007, lo que haría esos más o menos 600.000 permisos reconocidos en todo el periodo–.

Ahora bien, al mismo tiempo se deja pasar otro dato estadístico también relativo y que puede darnos pistas del sentido real del uso que se está dando al permiso de paternidad y que explicaría la reducción de éste a un mero permiso ampliado por nacimiento, no para la corresponsabilidad en el trabajo amoroso de cuidar, que sí estaría parcialmente presente en el permiso de maternidad. Me refiero a la estadística sobre la evolución de otra medida de conciliación que realmente refleja dedicación al trabajo amoroso de cuidar, porque su fin es exclusivamente ése y porque no tiene compensación económica alguna, salvo algunas ayudas previstas en ciertas comunidades autónomas: la excedencia por cuidado de hijos. Pues bien, esa estadística no sólo nos informa de la sideral distancia que aún hoy hay entre el uso por parte de la mujer, sino también de que esa distancia lejos de disminuir se mantiene, e incluso se amplía: si en el primer semestre de 2009 las excedencias por cuidado de familiares –no sólo hijos– reconocidas a mujeres fueron de 17.318, para los hombres se situó en 919, cuando en el año anterior, 2008, del total de 32.038 excedencias de este tipo, 2.477 fueron para los hombres<sup>15</sup>. Los datos nos parecen suficientemente elocuentes de las falacias de la ley.

En suma, la «novela 9/2009» ni garantiza el uso generalizado del permiso de paternidad, manteniendo una importante brecha con relación al uso que las mujeres hacen del permiso de maternidad, ni tampoco contiene medida alguna que asegure que el uso que se hace del permiso de paternidad responda al fin de la corresponsabilidad. En consecuencia, tanto en el presente como también en el futuro próximo, cuando entre en vigor la ampliación, nos encontraremos ante una simple apariencia de derecho de conciliación equitativa o igualitaria del trabajo de cuidar, por lo que la «novela» apenas servirá para hacernos creer que caminamos hacia un cambio social cuando, en realidad, no se aporta nada efectivo para que así sea. La ley, pues, además de deficiente en el plano de la técnica legislativa, por su improvisación e incoherencia, cumpliría una función más bien ideológica. Ni que decir tiene que no se trata de buscar en las leyes la perfección de un templo griego o romano, sino de no privarla de las cualidades que le son propias como fuente primaria del Derecho, como es la autoridad y la identidad reguladoras, que no pueden devaluarse hasta el punto de ser sólo integrada por mandatos simbólicos, programáticos y condicionados a vigencias extremadamente futuras en el tiempo.

<sup>15</sup> En 2007 se concedieron 40.237: 37.910 por mujeres y 2.327 por hombres.

#### 4. LA CRISIS DE «CALIDAD DE LAS LEYES» EN EL ESTADO SOCIAL: ¿UNA «LEY SÍMBOLO» O «LEY PROPAGANDA»?

El problema de promover el cambio social desde la ley, en una materia en la que está en juego el derecho fundamental a la igualdad por razón de sexo y/o género no es, pues, una vez más, sólo el de ir despacio, lentos, muy lentos, sino el de ir también demasiado ligeros, o incluso sin el rumbo adecuado, que creo es el riesgo que se corre con este tipo de leyes-medida cara a la galería, tan del gusto de la sociedad mediática de nuestros días pero tan banales. La gravedad en nuestro caso se explica porque la novela comentada representa la confluencia o de dos utopías o, según otros puntos de vista, de dos quimeras: la utopía-quimera de la corresponsabilidad en el trabajo de cuidar, de un lado, y la utopía-quimera de contar con leyes de suficiente calidad como para inclinar la balanza del lado del derecho efectivo –utopía de futuro–, y no de la quimera –la falacia de derechos inefectivos–. ¿Andaremos «desolados» en ambas?

Los inventos corrosivos, o patológicos, para la calidad de las leyes, desde luego también, y sobre todo, en el ámbito sociolaboral han estado a la orden del día y, por tanto, no es ninguna novedad. En realidad, entre los mayores tópicos de la Ciencia Jurídica desde mediados del siglo XX está el advertir que vivimos en plena «crisis de la ley». Qué duda cabe que una parte de las causas es sólo expresión de un cambio de paradigma regulador, ante una sociedad más compleja que la contemplada en el orden liberal, y que obliga a cambios de relieve, por lo que no se pueden mantener las viejas concepciones de la ley típicas de momentos más formalizados y ajenos a valores sustanciales. Pero otra parte se debe a una pura «inflación legislativa», que obedece a los vaivenes de las relaciones de poder, a los oportunismos corporativos, sociales, políticos, económicos... Como la inflación devalúa la moneda, la inflación legislativa nos lleva a la devaluación de las Leyes, inhabilitadas por su pésima técnica para alcanzar sus fines constitucionales.

Entre las causas de este intensificado proceso de deterioro de la calidad de la ley están <sup>16</sup>:

- Las razones internas al derecho o causas estructurales –multiplicación de las reglas, medio-cridad de las normas, pérdida de sus cualidades clásicas, sobre todo ligadas a la estabilidad y a la autoridad, amén de la universalidad; multiplicación de objetivos no vinculantes que reducen las leyes a enunciados no vinculantes, de política general...–.
- Las razones políticas –instrumentación política de la ley, el tratamiento más mediático de la ley que efectivo, la ineficacia de la ley, el dominio de lo político sobre lo social...–.
- Razones institucionales –crisis de los modos de regulación social típicos del principio de soberanía, atendiendo más al principio de gobernación–.
- Razones culturales –confusión entre lo simbólico y lo ideológico, choque de solidaridades–.

<sup>16</sup> Recuérdese que los primeros en advertirlo han sido los privatistas que, sobre la base del proliferar de la legislación social, han venido deplorando estas desviaciones respecto del modelo estético propio de la «edad de oro» de la Codificación. Vid. G. RIPERT. *Le declin du droit. Études sur la législation contemporaine*. París. LGDJ. 1949, págs. 67 y ss. Pero ha sido sobre todo en el ámbito de la sociología jurídica donde ha tenido mayor desarrollo. Vid. J. CARBONNIER. *L'inflation des lois. En Essais sur les lois*. París. 1979, págs. 271-277. R. SAVATIER. *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*. Droit, 1977, págs. 43-48.

Ahora bien, el problema no está sólo en que la ley se nos presente como un producto en gran medida efímero, inestable. Si no que, al mismo tiempo, nos encontramos con una devaluación de la ley —«mandato» a ley— «medida», que la hace tan vulnerable como las medidas reglamentarias o las administrativas. Pierde su identidad a favor del primado de la acción pública y social —acción gubernamental—. Aunque la ley conserve un lugar de privilegio en la jerarquía de las normas, no es sino relativa pues entra en concurrencia, o queda condicionada, por otro tipo de fuentes más relevantes para la elaboración de las políticas, sociales y públicas, que presuponen su efectividad. Lo que no sólo disminuye notablemente su esfera de influencia, sino que terminan por arruinar la concepción misma de la ley, reducida a la formulación de programas, objetivos y tareas que dependen en su realización efectiva, en gran medida, de la apreciación discrecional de las autoridades responsables de su aplicación. Sin perder sus propiedades de tipo formal, lo que evita su control, sí se priva de sus cualidades o atributos más relevantes en el plano sustancial, traduciéndose en una pérdida global de calidad. Al igual que el hombre —o la mujer— moderno sería algo así como un «hombre sin atributos» o «sin cualidades», también la ley sufriría ese proceso —en última instancia la ley es sólo fruto de las personas—.

El resultado es una desnaturalización de la otrora fuente principal del Derecho, rebajada a mero o simple programa de acción gubernamental, por lo general poco comprometida, dado su carácter discrecional y abierto. El precio del crecimiento del número de leyes es la pérdida de autoridad y de significado social de las mismas, de modo que reenvía a todo un programa de acciones cuyo control de efectividad escapa en gran medida a los Tribunales y queda en manos de las AA.PP., o de los interlocutores sociales. Aunque este condicionamiento a acciones por parte de otras fuentes y actores pueden tener, y de hecho los tiene, aspectos más positivos, al dar mayor participación al conjunto de los actores, clave en un ámbito como el sociolaboral, no menos cierto es que está plagado de riesgos, cuando no de patologías. Entre ellas, una resulta especialmente del gusto de la tradición española: el aparentar que se hace algo, incluso una ley, que cada vez tiene menos coste el hacerla, sin preocuparse en exceso de su utilidad para alcanzar en la práctica el fin propuesto<sup>17</sup>.

Precisamente, la «novela 9/2009» participa intensamente de este gusto, hasta el punto de representar emblemáticamente esa nueva «patología de técnica jurídico-laboral» que es la llamada *legislación simbólica*. Se trata, como se decía, de la práctica o uso de producir leyes para crear la imagen de que en verdad se está introduciendo un progreso. En el discurso teórico la opción nos aparece fundada, por cuanto que entronca con el significado de la ley moderna como instrumento de renovación de los valores e ideas de la sociedad del tiempo que vivimos, poniendo a prueba la capacidad de las fuerzas resistentes al cambio. Piénsese por ejemplo en la ya célebre Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo<sup>18</sup>, o mucho más recientemente, el anunciado —y ya presentado en el Congreso— «Proyecto de Ley de Economía Sostenible». ¿Puede haber mayor ingenuidad que fiar

<sup>17</sup> Para este debate en España, al hilo del impulso dado por la jurisprudencia del TEDH y sus exigencias de calidad de las leyes que regulan derechos fundamentales —sus presupuestos serían como mínimo la accesibilidad y la previsibilidad de la regulación para el ciudadano—, *vid.* Fernando SAINZ MORENO —Juan Carlos DA SILVA OCHOA (coord.). *La calidad de las Leyes*. Parlamento Vasco. 1989; Pedro CRUZ VILLALÓN. «Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley». *Revista Derecho Privado y Constitución* 2003, n.º 17.

<sup>18</sup> Aun sin compartir enteramente este ejemplo, es el utilizado por quien más insistente y brillantemente ha alzado su voz contra estas patologías jurídico-laborales del proceso de producción legislativa, Aurelio DESDENTADO BONETE. «La legislación como propaganda». *Diario La Ley*, 7090, 2009.

sobre una ley todo un cambio de modelo productivo? Yo creo que no, pero en tanto ya se ha creado el mensaje de esperanza, aunque se sepa con total certeza que la salida de la crisis no estará sólo, ni tampoco de modo preferente, en esa ley, por muchos millones de euros que conlleve con su promulgación –piénsese en los sucesivos decretos-leyes para la creación de Fondos de Empleo; el último el RD-Ley 13/2009–.

Como puede apreciarse por los ejemplos dados, e ilustra nuestra «novela», lo que realmente domina cuando se entra a analizar la ley con detenimiento no es tanto esa suerte de «función simbólica» cuanto más bien el mensaje político-propagandístico que la mueve, quedando el «ideal» de transformación social que le sirve de referencia en un mero recurso para darle cobertura técnica. No es sólo cuestión de la ley. Lo vemos también en los anuncios por parte de los científicos con relación a sus estudios, sobre todo de Medicina, generando la confianza de que en breve se podrán resolver los problemas que nos aquejan, cuando en realidad no se hace nada efectivo o se hace muy poco. La ley muta en «una forma de propaganda» más. Prima el mensaje mediático, la necesidad de persuadir a la ciudadanía de que se está en busca de un mundo bien diferente y mejor, a construir a «golpe de leyes», que luego quedan frustradas.

En suma, nuestra «novela» forma parte de ese género legislativo cada vez más en boga en el que las leyes o no tienen en verdad un contenido normativo destacable, innovador, o bien, si lo tienen, se aplaza su vigencia en el tiempo, o se pueblan de mandatos sin más contenido que el proponer la realización de un Estudio sobre la materia –el ejemplo más reciente de esta perversión de la autoridad legal es la disp. adic. 1.<sup>a</sup> de la Ley 14/2009, que en vez de proceder a racionalizar por ella misma el sistema, ahora totalmente caótico y confuso, de protección por desempleo, se contenta con encargar un enésimo estudio–. Frente al más clásico, y exigible, mandato de autoridad legal, estas leyes se componen de solemnes declaraciones de principios, de remisiones a «programas de acción» o simplemente a «píos deseos». Una vez que cumplen en algún grado su función simbólico-propagandística de inmediato se desvanecerá, eso sí, dejando tras de sí una estela de inconsistencia, hasta que sea preciso otro fulgor, otra llamada de atención, reapareciendo bajo la forma de una nueva «novela».

Como en el «pensamiento simbólico», de cuya utilidad en modo alguno aquí se duda, la ley tiende a confundir la «representación normativa» de una realidad con la realidad misma, de modo que el «símbolo» –aquí la ampliación del permiso de paternidad– se hace aparecer como la «realidad» misma que se quiere transformar –transición desde la exclusividad del trabajo de cuidar a cargo de la madre a la corresponsabilidad por parte del padre–. Como todo «símbolo» más que una relación con la realidad, aunque no la pierda de vista, la «novela» se dirige a «dar un qué pensar», y ese qué pensar es el crear la ilusión de que se ha dado un gran paso adelante en cuestiones que constituyen un gran reto socio-cultural de nuestros días. Sin embargo, esa representación no se corresponde con la comprensión normativa de la norma y menos con la más concreta experiencia aplicativa de la misma, sino con la pura convención legal. Como hemos visto, la «novela 9/2009» no contiene normas aplicativas inmediatas para tratar de convertir el «símbolo» en nueva realidad, pues el derecho que se concede se aplaza 15 meses en su vigencia, y débil en sí mismo por su muy escaso contenido protector para alcanzar los ambiciosos objetivos que dice perseguir –la igualdad real entre hombres y mujeres, una sociedad justa...–, al tiempo que las garantías que integra son todas «normas

ficticias». Pero ¿quién va a reparar en ello? Pues sólo una pequeña parte del mundo, la que lee y –en menor porcentaje aún– estudia la norma, es decir, una minoría.

Para el resto de la ciudadanía, la gran mayoría, sólo retendrá el titular, el efecto mediático perseguido: se amplía el permiso de paternidad a 4 meses, de modo que se anticipa el compromiso contraído en la Ley de Igualdad. Queda claro que este «juego ilusionista» del legislador derivaría en pura ideología, en el sentido peyorativo del término, de mistificación, encubrimiento de la verdad, si no contiene garantías de efectividad útiles. Por las razones que he intentado explicar creo que nuestra novela está más cerca de lo ideológico-político que de lo simbólico-normativo.

## 5. TOMANDO «EN SERIO» LEGALMENTE EL «AMOR DE PADRE»: UN ESTATUTO PROMOTOR DE SU TRABAJO DE CUIDAR

Llevo tiempo convencido de que el mundo, más ahora, no sólo necesita «críticos», sino también «modelos». Por eso, considero de primera necesidad el que los juristas practiquemos más el oficio de pragmáticos del Derecho, no necesariamente de «ingeniería» –sus resultados no son los más halagüeños en tareas como la «reingeniería de procesos de reestructuración de empresas», o de creación de estructuras empresariales complejas para eludir derechos...–, de modo que junto a nuestra irrenunciable labor de denunciar la mala técnica y la incoherente política del derecho, se refuerce nuestra función propositiva. Qué duda cabe que en materia de derechos fundamentales y, más en particular respecto de la realización práctica de la igualdad de oportunidades, y también de la igualdad en el reparto de los tiempos de trabajo, esta tarea es aún más exigible si cabe.

Generalmente, se habla de la maravilla que supone para una mujer convertirse en madre, **sobre todo por primera vez**, así como de la multitud de cambios que se le van a presentar a todos los niveles, en el inicio de esta nueva etapa de su vida. Menos frecuente es prepararla para afrontar los problemas que de esa decisión-función se derivan en el ámbito laboral. En cambio, en un segundo plano suele quedar la figura paterna, **referencia vital** durante todo el proceso, previo, en el parto y, sobre todo, después, en la tarea de cuidar. Por eso, ha de ocupar un lugar creciente el papel del padre, que debe suponer más un «compañero de fatigas» o factor de ayuda para que la madre, sobre todo si tiene doble jornada, encuentre respiro y libere estrés.

Pero para alcanzar este reparto equilibrado, esta corresponsabilidad, es evidente que no basta con las imágenes simbólicas, melosas, emocionales de este objetivo, que se presenta en la realidad desigual actual como un auténtico conflicto, social y también de pareja. De ahí, que deban darse pasos mucho más ambiciosos, más integrales y bastante más coherentes que los que ofrece o representa nuestra «novela». Es necesario desmontar no sólo las resistencias mentales, sino las inseguridades de todo tipo que desincentivan la implicación real en el trabajo de cuidar. A tal fin, es necesario no incurrir en los defectos tradicionales que tanta presencia tienen en este ámbito, propicio para normas, legales o convencionales, que ya perpetúan las discriminaciones que quieren erradicar y tienen efectos contraproducentes, generando otras nuevas o incluso volviendo a viejos defectos. Un clarísimo ejemplo de norma nacida con una buena voluntad y con un propósito defendible, pero que termina

generando un efecto vicioso es el que representa el uso que se ha dado a la posibilidad de acumular el periodo de lactancia para generar un permiso de 15 días, que ha terminado por convertirse en una vía de incrementar el permiso de maternidad, por lo que «adiós» a todo el esfuerzo de implicación paterna en el periodo de lactancia, que hoy ya no es natural necesariamente.

Por eso, han de buscarse las más diversas opciones, y no todas valen. Por ejemplo, la Proposición de Ley planteada por el PP en 2008, y rechazada, estaba bien inspirada, al buscar medidas de incentivo de la corresponsabilidad, sin dar por hecho que bastará el reconocimiento del mismo para que tenga sus efectos, se articulaba luego sobre una interdependencia del permiso paternal respecto del de maternidad que terminaba provocando otras discriminaciones. Pero una idea sí quedaba clara. No basta, con que sea reconocido un derecho al permiso de paternidad, sino que es tan importante o más en qué condiciones se ordena, esto es, sus condiciones de uso, que deben articularse al menos en las siguientes:

- a) Debe ser de titularidad individual e *independiente por completo* del permiso de maternidad, así como, por supuesto, intransferible.
- b) Tanto su contenido –el contenido del derecho: un permiso, un crédito de horas de cuidar...– como forma de ejercicio –modo de disfrute– debe ser lo más **flexible** que se pueda.
- c) Con una *duración suficiente* para implicar al padre en el trabajo de cuidar, de modo que no se agote o en un permiso ampliado por el hecho del nacimiento –o de la adopción–, o en un mero folklore, o en tareas de pura administración –libro de familia, registros...–.
- d) Rodeado de un *sistema de incentivos* que fomenten su ejercicio para desactivar las principales barreras que se oponen a la implicación por parte de los padres, aunque se trate de acciones positivas a su favor y no sean bien valoradas o vistas por un significativo número de mujeres.
- e) Seguido por *instrumentos de permanente y eficaz evaluación* para evitar toda distorsión o disfunción, cuyos resultados deben proyectarse con la mayor inmediatez posible en el sistema de fuentes –legal, convencional e incluso judicial, así como, por supuesto, empresarial–.

Con una ordenación integral y coherente de estos cinco aspectos creo que no es necesario explorar la posición integrista o fundamentalista de los derechos de conciliación equitativos, ya evidenciada en algún Informe del Parlamento español, de establecer un régimen regulador del permiso de paternidad como «un permiso obligatorio», al menos una parte del periodo total, e «incentivado» en la parte voluntaria de disfrute del permiso. Desde luego no sería extraño a nuestro modelo, en la medida en que ya existe así para las mujeres, dada la existencia de un periodo obligatorio de disfrute para la mujer y otro voluntario. Ciertamente, se debe a razones de salud. Pero ningún inconveniente puede haber a que se introduzca también esta dimensión en el de paternidad por razones vinculadas a la igualdad efectiva, que es también un valor-derecho fundamental en nuestro ordenamiento. Sobrepasado el periodo para el disfrute mínimo, habría que recompensar el disfrute de un periodo ampliado.

Insisto en que esa suerte de «derecho sexuado», de modo que sólo el padre se vería obligado al ejercicio del derecho no plantea problemas jurídicos, sólo que no creo que sea la mejor forma de

«persuadir», de convencer, de fomentar. Por lo tanto, entiendo mucho más adecuado seguir el camino de la regulación adecuada de las condiciones de uso potestativo y de los incentivos al ejercicio por parte del padre. Esto está lejos seguramente de la opción que están presentando las asociaciones de mujeres, que vienen a considerar necesario un permiso de hasta seis meses de maternidad.

Personalmente, y con el debido respeto, entiendo que no es nada positivo el camino que lleva a mantener a la mujer más tiempo fuera de la empresa. La verdadera vía es la de llevar al hombre al hogar para desempeñar el trabajo de cuidar, tan primorosa o amorosamente como la mujer ha venido haciendo hasta ahora. En las circunstancias actuales y con la escasez de apoyo y de medidas para la conciliación de la vida laboral y la vida familiar es verdad que el ejercicio del derecho a tener hijos y la opción de tenerlos es difícilmente realizable por muchas familias. Es evidente también, y todo el mundo lo sabe, que España es uno de los países que menos gasto social dedica a la familia. El gasto social en España dedicado a las familias está en el entorno del 0,6 por 100 del producto interior bruto y el de la media europea está en el entorno del 2,2 por 100. Por tanto, estamos muy alejados de hacer verdaderamente políticas de familia, de apoyo a la familia, e incluso favorecer que las personas jóvenes, las parejas que se forman, tomen la decisión de tener hijos. En la mayor parte de los casos tienen uno o ninguno, lo cual nos ha llevado a tener una tasa de fertilidad que alcanza solamente el 1,37 hijos por mujer; estamos en dos terceras partes de la tasa de reposición. Éste es un problema muy serio y que cuestiona nuestro futuro como sociedad y el futuro de nuestro país.

Asimismo, es urgente poner en marcha otras medidas referentes, por ejemplo, a la mejora de las ayudas para reserva de puestos de trabajo en los casos de excedencia por cuidado de hijos e hijas y a los periodos de carencia, con el fin de facilitar esa conciliación a la que nos hemos referido y, sobre todo, de mejorar la igualdad entre mujeres y hombres. Sin olvidar que es indispensable completarlo con un abanico de medidas, como la necesidad de ampliar la oferta de servicios a las familias, una adecuada política fiscal, una mayor flexibilidad horaria, un mayor y mucho mejor reconocimiento a las empresas familiarmente responsables y el planteamiento de una nueva cultura del tiempo.

Si va a ver una «Ley de Economía Sostenible», ¿no debería tener cabida esta cuestión? No parece que, a día de hoy, la menor actividad femenina y sus desiguales oportunidades sea tanto una cuestión de sexo cuanto de género, esto es, del desigual reparto de las funciones asociadas a un sexo, pero que realmente son propias de ambos. En este sentido, desde el punto de vista económico al menos, está hoy ampliamente aceptado que la principal causa de la falta, o de la pérdida, de oportunidades laborales está en la conciliación.

Los estudios se han ido centrando en factores tales como la falta de formación-educación, o la menor experiencia, conforme a la teoría económica neoclásica del «capital humano». Pero basta comprobar cómo en aquellas carreras profesionales –la judicial, la académica...– donde no se dan tales diferencias se sigue suscitando el mismo desigual reparto. En definitiva, se sabe que las diferencias realmente relevantes hoy están más bien acumuladas no en el sexo –hombre o mujer–, sino en la existencia de hijos o no, esto es, de responsabilidades familiares o no, o mejor, en la asunción de tales responsabilidades de modo efectivo. Es el trabajo de cuidar el que marca la diferencia, de ahí la necesidad más que de «políticas de mujer» de «políticas de familia», concretamente de «políticas de corresponsabilidad familiar», en las que se otorgue un papel activo al padre.

La «conciliación» no puede ser vista ya sólo como un problema de las mujeres, de ahí la importancia de avanzar tanto en el reconocimiento de los permisos de paternidad como en las garantías de ejercicio efectivo, más que de ellos de todo el conjunto de medidas orientadas a tal fin. Las razones que se dan son múltiples, incluidas las económicas, en el sentido de que una política de familia responsable supone un mayor compromiso y satisfacción laboral, al tiempo que se evidencia que sólo difundiendo este reparto se podrá evidenciar la igualdad, pues el sesgo de género previene el recurso de los hombres, que están convencidos de que su ejercicio les reportará efectos negativos para sus expectativas de promoción –leyenda negra de las responsabilidades familiares– en la empresa. Es un problema de inequidad social, pero también claramente de ineficiencia, por desaprovechar talentos de más del 50 por 100 de la población.

No es de extrañar que también se haya suscitado un cambio desde la teoría económica feminista de las relaciones de producción, de modo que buscan sustituir la unidad central de análisis en el «mercado», y su lógica de cálculo, por el del más moderno y global concepto de «vida sostenible», y su propia lógica de contabilidad. El trabajo de cuidar, que realizan a día de hoy las mujeres de modo mayoritario, no sólo es un recurso más, que debe ser tenido en cuenta por la ciencia económica, sino que es presupuesto necesario para la vida, por lo que no puede permanecer al margen del análisis, siendo marginado y, a menudo, excluido como «no trabajo», por no tener lugar en el mercado y por tanto carecer de precio: es un asunto de solidaridad social, no económico.

## 6. REFLEXIÓN FINAL

Pese a la opción metafórica elegida, a fin de tratar con ironía, pero con rigor el significado y alcance de la «novela 9/2009», este tema del «amor-desamor» de las leyes con relación al fomento del trabajo de cuidar por parte del padre, en un marco de búsqueda de sociedades más igualitarias, tiene que ver con unas cuestiones de gran relevancia. No es una pura licencia literaria, sino que, al contrario, nos retrotrae al pensamiento clásico en materia de teoría política y del Derecho y nos sitúa al mismo tiempo en el centro de las preocupaciones de los legisladores –tanto del estatal, que es el aquí concernido como también de los autonómicos, que parecen campar libremente por sus fueros–:

- El sentido de la ley y del Estado en una sociedad moderna.
- Las relaciones de los ciudadanos con la ley, especialmente, y por lo que a nosotros concierne, el papel de la ley como expresión de la solidaridad social –en este punto también conectaría con nuestro último trabajo–.
- La reflexión sobre los recientes fenómenos o patologías que interpelan directamente la legitimidad de las leyes sociolaborales y, muy especialmente, la credibilidad de las instituciones jurídicas que diseñan y ponen en práctica. Un desafío importante es mantener la confianza de los ciudadanos respecto del sistema.

Independientemente de las **nuevas leyes**, avancen o no en normalizar ese principio de corresponsabilidad, y sin perjuicio de que cada padre, cada mujer y cada pareja constituyen un universo

totalmente distinto, la figura del padre ha de configurarse como **el mejor factor de cooperación para la madre** y uno de los dos puntos de referencia, en igualdad de términos –y tiempos de dedicación, cuantitativa y cualitativa– del hijo en común. ¿Utopía, quimera, derecho?... Quién sabe, el tiempo dirá. Pero desde luego un punto de partida debe ser la legislación –también la negociación colectiva, pero hoy no toca este tópico– «de calidad». Desde luego, con «novelas» como la 9/2009 no se podrán avanzar. Por eso, además de promover un coro de voces que eleven su voz denunciando estos modos de legislar, es necesario aportar ideas viables sobre lo que se debería hacer para mejorar la calidad de las leyes sociales en general, y de «conciliación corresponsable» en particular.

Soy consciente de que la «novela» mantiene un abismo entre las muchas expectativas de las personas que pueden acceder al derecho y la realidad de lo que se reconoce y garantiza, bastante más pobre. No basta con palabras, no basta con bonitos gestos sino que tiene que ser también una prioridad en los presupuestos públicos y algo que no se contemple simplemente como un gasto, sino como una inversión de futuro; como una inversión en una sociedad que de verdad sea justa; como una inversión en la igualdad, en los derechos, en la justicia, en el equilibrio en el reparto de responsabilidades entre hombres y mujeres y en el establecimiento de nuevo modelo de familia que sea distinto, donde los hombres también estén a la altura de la responsabilidad que se les pide. Es invertir en la posibilidad efectiva de que las familias tengan hijos y, por tanto, de que se fortalezca el futuro de nuestro país y de que puedan criar esos hijos y darles una formación adecuada.

El coste social del nacimiento de hijos debe recaer de una manera más generalizada tanto en padres y en madres como en la sociedad en general, empezando por el propio Estado pero también por las empresas, y no exclusivamente en las mujeres, en las madres. El trabajo de cuidar debería ser bastante más que una pretendida aspiración o un exclusivo deseo de las mujeres para ser tratado como lo que verdaderamente es, un bien social: es la sociedad la que necesita renovarse generacionalmente. Quizás, como ha planteado algún Grupo Parlamentario, debe hasta cambiárseles el nombre, pasando a referirlos como «permisos de trabajo de cuidar», o permisos por responsabilidades familiares, distinguiéndolos de los permisos por nacimiento –o por adopción–, que en todo caso deben mantenerse. Entiendo, en todo caso, que es el momento de dar pasos pero más avanzados. El facilitar de verdad, con fiabilidad, la conciliación de la vida familiar con la personal y laboral, es sin duda una de las asignaturas pendientes de nuestro modelo de bienestar.

Hay que hacerlo bien y hay que tratarlo y trabajarlo también en el seno de la concertación social. Una buena práctica requiere sin duda una implicación clara de los empresarios y de los trabajadores para que se generalice, al menos en este caso, una cultura de corresponsabilidad por parte de los padres, por parte de las empresas y por parte de la sociedad, y una posición mejor de las mujeres a la hora de competir en el mercado eliminando la discriminación por ejercer el derecho a la maternidad que hoy todavía las penaliza. A tal fin, la equiparación no debe ser en los perjuicios sino en los derechos y deberes.

En suma, no sólo hay que evitar el divorcio de la ley con la realidad, sino de los propios ciudadanos con las leyes. No se trata de volver a un «amor romántico» por las leyes sociolaborales, sino de recuperar la confianza en su capacidad de llevar a cabo una gestión eficaz de los asuntos

sociales. La distribución justa de los tiempos de trabajo –de mercado y de cuidar– entre hombres y mujeres debería ser ya una cosa a tomar realmente en serio. La «novela» escrita por la Ley 9/2009 no será en ningún paso significativo a tal fin, pero habrá que seguir confiando en nuestras instituciones. Eso sí de manera crítica y vigilante y no de forma pasiva y resignada. En todo caso, sólo he querido abrir a tal fin un debate, del modo más intenso, pero menos agrio, posible. No creo ni en la «novela rosa» ni en la «novela romántica», pero sí tengo ilusión y confianza en el sistema jurídico-institucional. Si esta cualidad ha de estar con nosotros siempre, más lo debe estar ahora que tan cercana está la Navidad, al menos en los «locales de negocios», no sé si en el «espíritu de los hombres» –y de las mujeres–.