

## Suplemento

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**16814** *Pleno. Sentencia 152/2011, de 29 de septiembre de 2011. Cuestión de inconstitucionalidad 648-2006. Planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Vigo en relación con el artículo 70.4 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia. Derecho a la igualdad: validez del precepto legal que limita la cesión del derecho al permiso por maternidad biológica exclusivamente al supuesto de que ambos progenitores trabajen (STC 75/2011).*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pascual Sala Sánchez, Presidente, don Eugeni Gay Montalvo, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Francisco José Hernando Santiago, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 648-2006, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Vigo en relación con el art. 70.4 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia, ante su posible contradicción con el art. 14 CE. Ha intervenido el Fiscal General del Estado y han comparecido el Abogado del Estado, el Letrado de la Xunta de Galicia y el Letrado del Parlamento de Galicia. Ha sido Ponente el Magistrado don Francisco José Hernando Santiago, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. El 24 de enero de 2006 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un oficio del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Vigo, al que se acompañaba testimonio del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales núm. 2-2005, del que forma parte el Auto de 4 de enero de 2006, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 70.4 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia, ante su posible contradicción con el art. 14 CE.

2. Los antecedentes de la presente cuestión de inconstitucionalidad son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El demandante en la vía judicial, funcionario de carrera perteneciente al cuerpo de Profesores de enseñanza secundaria, solicitó un permiso de ocho semanas por razón del nacimiento de un hijo, a disfrutar una vez transcurridas las primeras ocho semanas posteriores al parto. La petición fue denegada mediante resolución de 21 de enero de 2005 dictada por la Delegación Provincial de Pontevedra de la Consejería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, a causa de que la madre, Abogada en ejercicio y afiliada a la Mutualidad General de la Abogacía, carecía de derecho a permiso por razón de parto, sin que pudiera ceder al padre un derecho del que ella misma carecía.

b) Contra la denegación del permiso, el demandante interpuso recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, fundándolo en la vulneración del art. 14 CE, aduciendo la discriminación sufrida por los padres que tienen hijos por naturaleza frente a quienes los tienen por adopción, los cuales, en sus mismas circunstancias, hubieran tenido derecho al permiso solicitado. El conocimiento del recurso correspondió al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Vigo y, seguido el procedimiento por sus trámites, la Magistrada-Juez acordó, por providencia de 18 de noviembre de 2005, que, con suspensión del plazo para dictar Sentencia, se oyera a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo de diez días, a fin de que alegasen lo que tuvieran por conveniente acerca de una eventual formulación de cuestión de inconstitucionalidad.

c) En un posterior Auto de 24 de noviembre de 2005, dictado –se dice en su razonamiento jurídico tercero– de conformidad con la facultad que otorga al Juez el art. 267.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), se acordó completar la anterior providencia, indicando que «la disposición legal aplicable al caso, sobre cuya constitucionalidad se duda y de cuya validez depende el fallo, es el artículo 70.4 de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia» y que «el precepto constitucional eventualmente vulnerado es el artículo 14 de la Constitución Española de 6 de diciembre de 1978».

d) La Administración autonómica demandada, mediante escrito de 24 de noviembre de 2005, no consideró procedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, sosteniendo que no existía la denunciada discriminación entre hijos biológicos y adoptivos, al ser evidente que el permiso por parto obedece a razones de orden biológico que no concurren en los padres adoptivos o en el caso de acogimiento; añadiendo que, en todo caso, se podría plantear cuestión de ilegalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

e) El Fiscal, por medio de escrito de 29 de noviembre de 2005, alegó que no existe discriminación cuando se tratan de forma diferente supuestos distintos, no siendo contrarias a la Constitución aquellas disposiciones que tiendan a la tutela de la mujer trabajadora en relación con el embarazo o la maternidad, factores que permiten introducir distinciones de trato para la protección de la mujer. Añadió que no son supuestos equiparables la maternidad biológica y la adoptiva, estando justificada la distinción, pues la primera es una función biológica que la naturaleza únicamente otorga a la mujer, circunstancia que no concurre en el padre ni en el caso de la maternidad-paternidad adoptiva, supuesto este último en el que sí resulta lógico que el legislador equipare los derechos concedidos al padre y a la madre. Por lo que –concluyó– el art. 70.4 de la Ley de la función pública de Galicia no viola el art. 14 CE.

f) El recurrente, mediante escrito presentado el 13 de diciembre de 2005, defendió la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, por entender que es la propia Ley la que permite la situación discriminatoria denunciada. Razona al respecto que aunque por mandato constitucional todos los hijos son iguales ante la ley, sin embargo, en el caso de adopción, el padre adoptante puede disfrutar de permiso aunque la madre adoptante no trabaje; por el contrario, en caso de maternidad biológica el padre sólo podrá disfrutar de permiso (de aquella parte del mismo que no obedece a la recuperación física postparto) si la madre cedente tiene cubierta esa contingencia en su régimen de Seguridad Social. Y siendo –finalizó– la solución denegatoria adoptada por la Administración pública demandada la que viene siendo declarada como conforme a Derecho por la jurisprudencia, la ley que permite esa interpretación es inconstitucional por vulneración del art. 14 CE.

g) Finalmente, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Vigo acordó, por Auto de 4 de enero de 2006, promover cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 70.4 de la Ley gallega 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia, por su posible contradicción con el art. 14 CE, en los términos que seguidamente se detallan.

3. En el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el órgano judicial, tras reflejar los antecedentes del caso, argumenta que la aplicación del precepto cuestionado origina situaciones de clara discriminación. Parte el órgano judicial de que la titularidad del permiso por razón de parto debe corresponder exclusivamente a la madre en lo que atañe a las seis primeras semanas inmediatamente posteriores al parto, por evidentes motivos fisiológicos. Pero que nada obliga a considerar (a salvo circunstancias de peligro para su salud) que sólo la madre siga siendo titular del derecho al permiso durante las restantes semanas, pues ello priva al padre biológico de poder disfrutar de ese permiso en aquellos casos en los que la madre no se halle afiliada a un régimen de la Seguridad Social que prevea tal contingencia, lo cual ocasiona una clara desigualdad en contra del padre natural, en este caso funcionario, frente al padre adoptivo, que sí goza de un derecho propio al que puede optar en condiciones de igualdad con la madre adoptiva. Más aún, la discriminación afecta especialmente al hijo, quien en el primero de los casos no tendrá derecho a la compañía de su padre, frente al hijo adoptivo, para quien sí está prevista la posibilidad de que el padre (aunque la madre no tenga ese derecho) disfrute del permiso. Por todo lo cual, el órgano judicial considera procedente promover cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 70.4 de la Ley gallega 4/1988, por posible infracción del art. 14 CE, así como, indirectamente, de los arts. 39 y 41 CE.

4. Mediante providencia de 8 de noviembre de 2006, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, así como dar traslado de las actuaciones al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Gobierno por conducto del Ministro de Justicia, al Fiscal General del Estado, así como a la Xunta de Galicia y al Parlamento gallego por conducto de sus Presidentes, al objeto de que en el improrrogable plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen convenientes. En la misma providencia se acordó publicar la incoación de la cuestión de inconstitucionalidad en el «Boletín Oficial del Estado», lo que tuvo lugar en el ejemplar del 20 de noviembre de 2006 (núm. 277 de ese año).

5. El 22 de noviembre de 2006 tuvo entrada en el Registro General el escrito del Presidente del Senado poniendo en conocimiento de este Tribunal el acuerdo de la Mesa de la Cámara por el que se decide su personación en el procedimiento, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC). El Presidente del Congreso de los Diputados, por su parte, mediante escrito que tuvo entrada el 27 de noviembre de 2006, comunica que la Mesa de la Cámara ha acordado su personación en el procedimiento, ofreciendo su colaboración a los efectos de lo previsto en el citado art. 88.1 LOTC.

6. El Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones el 4 de diciembre de 2006, en el que solicita la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad y, subsidiariamente, su desestimación.

Considera, en primer lugar, que la cuestión de inconstitucionalidad debe ser declarada inadmisibles porque se suscita respecto de aquella redacción del art. 70.4 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/1988, de 26 de mayo, que fue dada por la Ley gallega 3/1995, de 10 de abril, sin tomar en consideración que esa redacción fue modificada por la Ley autonómica 9/2003, de 23 de diciembre.

En cuanto al fondo, reconoce el Abogado del Estado que, en el caso descrito, el «funcionario-padre adoptivo» podría obtener el permiso por razón de adopción previsto en el art. 70.4 de la citada Ley, mientras que el «funcionario-padre biológico» no podría disfrutar la parte del permiso por parto susceptible de cesión. Pero, añade, la diferencia de trato está justificada, puesto que el permiso por parto sirve a dos finalidades: la protección de la salud de la madre y la atención al recién nacido, mientras que el permiso por adopción sólo sirve a la segunda finalidad, la mejor atención del hijo adoptado. Además, la adopción puede efectuarse por un solo adoptante de sexo masculino, al que correspondería obtener el permiso de adopción a título originario; en cambio, el disfrute

por el padre del permiso por parto es puramente derivativo, pues su titular originaria es siempre la madre, única respecto a la que tiene sentido la finalidad de preservar la salud postparto. En consecuencia, la diversa finalidad del permiso por parto y del permiso por adopción justifica su diferente régimen jurídico en relación a su titularidad y disfrute.

7. El 4 de diciembre de 2006 el Letrado de la Xunta de Galicia solicitó ser tenido por parte en el proceso, al tiempo que presentó escrito de alegaciones en el que solicita la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad. Razona para ello que la maternidad biológica tiene un elemento esencial –el parto– que supone para la madre una afectación a su salud incompatible con una incorporación inmediata a la actividad profesional; a lo que se une otro elemento específico de la maternidad biológica –la lactancia– que sólo a ella afecta y que debe iniciarse con inmediatez al alumbramiento. Por el contrario, el permiso por adopción tiene como finalidad la construcción de un vínculo familiar inicial que permita la perfecta integración de un hijo no biológico.

8. El 7 de diciembre de 2006 el Letrado del Parlamento de Galicia presentó un escrito de alegaciones en el que, tras poner de relieve que se ha cuestionado una redacción del precepto que no era la vigente, señala a continuación que la maternidad biológica y la adoptiva no son, a efectos constitucionales, situaciones equiparables: la norma que reconoce el permiso por parto a las funcionarias trata de garantizar que una función biológica exclusiva de la mujer no constituya un obstáculo para su desarrollo profesional, aparte de proteger su salud; esta circunstancia natural, que no se da en el padre, justifica un diferente trato normativo respecto de él. En cambio, en la adopción la madre no atraviesa por un proceso biológico como el señalado, por lo que no se justificaría que la ley estableciera distinciones entre el padre y la madre adoptivos, ya que el fundamento de este permiso está en la necesidad de facilitar la integración del adoptado en la familia. Consecuentemente, no procede equiparar los derechos del padre y de la madre biológicos con los adoptivos, por tratarse de situaciones fácticas diferentes.

9. El Fiscal General de Estado presentó su escrito de alegaciones el 18 de diciembre de 2006, en el que comienza realizando una serie de consideraciones preliminares, que pueden extractarse del siguiente modo:

a) En primer lugar, señala que no cabe examinar la posible vulneración de los arts. 39 y 41 CE, a los que se alude en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, pues tanto éste como las resoluciones que abrieron el trámite de audiencia a las partes ex art. 35 LOTC, se encuentran ayunos de cualquier argumentación al respecto. b) Recuerda después que una cuestión de inconstitucionalidad no puede tener por objeto combatir una determinada interpretación que la jurisdicción ordinaria realice del precepto cuestionado. c) Señala a continuación que la redacción del precepto cuestionado que se transcribe en el Auto de planteamiento no es la aplicable al caso, por lo que la cuestión de inconstitucionalidad debe ser inadmitida. d) Considera que la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad obligaría a este Tribunal a actuar como un legislador positivo, imponiendo que la madre funcionaria tuviese derecho a un permiso durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, ampliable cuando su reincorporación al trabajo supusiese un perjuicio para su salud y que, en otro caso, el tiempo restante hasta las dieciséis semanas lo pudiesen disfrutar los dos progenitores con la distribución que estimasen conveniente; pero una sentencia que tuviese esa consecuencia supondría, afirma el Fiscal General, atribuir al Tribunal Constitucional un papel que es ajeno a su función. e) Por último, destaca que, en el caso subyacente, la madre Abogada pudo optar entre afiliarse a la Mutualidad General de la Abogacía (que no contempla un permiso retribuido, sino el pago de una cantidad fija por el nacimiento de un hijo) o al régimen de autónomos de la Seguridad Social, el cual sí prevé el permiso retribuido de maternidad; por tanto, la situación en que se encuentra, careciendo de un permiso retribuido que parcialmente pueda ceder al padre, ha sido consecuencia de su voluntaria elección.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada, señala el Fiscal General del Estado que la maternidad y, por tanto, el embarazo y el parto son una realidad biológica diferencial, objeto de una protección derivada directamente del art. 39.2 CE y, por tanto, las ventajas o excepciones que la ley determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre. La atribución de un permiso por maternidad a ella, y no al padre, aparece justificada por el hecho biológico de la gestación, parto y puerperio, así como por la especial relación de afectividad que se establece entre la mujer y su hijo recién nacido y por las potencialidades que la naturaleza atribuye a la madre para su alimentación.

Por el contrario, en el supuesto de maternidad adoptiva la mujer no sufre proceso biológico alguno, por lo que si el legislador decide conceder algún tipo de permiso por el hecho de la adopción, a fin de facilitar la integración del menor adoptado en su nuevo núcleo familiar, no estaría justificado otorgarlo a uno u otro adoptante, al encontrarse ambos en idéntica situación para poder llevar a cabo la tarea de integración del menor adoptado. La concesión de permiso sólo a uno u otro de los adoptantes implicaría una discriminación por razón de sexo (opuesta al art. 14 CE), una discriminación en el matrimonio (vetada por el art. 32.1 CE), en el trabajo (proscrita por el art. 35.1 CE) y en la obligación del cuidado de los hijos (vedada en el art. 39.3 CE); de ahí que en estos supuestos la titularidad de la licencia se atribuya sin consideración alguna al sexo o a la condición de padre o madre adoptivo.

10. Mediante providencia de 28 de septiembre de 2011 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 29 del mismo mes y año, trámite que ha finalizado en el día de hoy.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Vigo plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 70.4 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia, ante su posible contradicción con el art. 14 CE.

El precepto legal cuestionado regula el derecho de los funcionarios de la Administración autonómica gallega a la obtención de permisos por razón de parto y de adopción (o acogimiento), que en ambos casos tendrán una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, si bien, en lo que ahora interesa, se establece una diferencia consistente en que, en caso de adopción, si la madre y el padre trabajasen por cuenta ajena, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos; de modo que, en tales casos, ambos adoptantes son cotitulares del derecho al permiso. Por el contrario, del permiso por parto sólo la madre es titular, sin perjuicio de que en caso de que el padre y la madre trabajasen por cuenta ajena, ésta pueda optar porque el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior a las seis semanas siguientes al parto.

A juicio de la Magistrada proponente, el diferente régimen de uno y otro permiso produce una situación discriminatoria, en perjuicio de los padres e hijos biológicos frente a quienes lo son por adopción. En particular, la discriminación se produce cuando la madre no sea funcionaria o trabajadora integrada en un régimen de la Seguridad Social (como en el caso de que dimana la presente cuestión de inconstitucionalidad, al ser la madre una Abogada integrada en la Mutualidad General de la Abogacía); en este caso, el padre funcionario no puede obtener permiso por parto, en consideración a que no es titular de ese derecho ni puede serle cedido por la madre, al no tener ella tampoco derecho a él. Por el contrario, en caso de adopción, el padre funcionario, al ser por sí mismo titular del derecho, podría disfrutar de permiso, al margen de que la madre tuviera o no derecho al mismo.

2. Una vez expuesta la duda de constitucionalidad y antes de emprender su examen, debemos hacer alguna consideración de carácter preliminar:

a) La primera de ellas se refiere al óbice formulado por el Fiscal General del Estado, el Abogado del Estado y el Letrado del Parlamento gallego, para quienes la cuestión de inconstitucionalidad debe ser inadmitida, a causa de que se ha suscitado respecto de aquella redacción del precepto que le fue dada por la Ley autonómica 3/1995, de 10 de abril, sin tomar en consideración que fue modificado por la Ley, también autonómica, 9/2003, de 23 de diciembre, siendo ésta la vigente en el momento de plantearse la cuestión de inconstitucionalidad. Como es natural, es ésta una objeción a la que ha de responderse con carácter previo, sin que exista ningún obstáculo para que tal pronunciamiento se realice en este momento procesal puesto que se trata de una cuestión de orden público procesal (por todas, SSTC 224/2006, de 6 de julio, FJ 4; 166/2007, de 4 de julio, FJ 5; y 59/2008, de 14 de mayo, FJ 2).

Ciertamente, el art. 70.4 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia, fue reformado por primera vez mediante la Ley gallega 3/1995, de 10 de abril y, posteriormente, por la Ley gallega 9/2003, de 23 de diciembre (cuya redacción era la vigente al tiempo de plantearse la cuestión de inconstitucionalidad) para ser, de nuevo, reformado por la Ley 13/2007, de 27 de julio. Finalmente, la propia Ley de la función pública de Galicia ha sido derogada por el Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia, cuyo art. 76.4 mantiene el contenido de la última versión del art. 70.4 a).

Pues bien, el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se limita a señalar, sin más precisión, que el precepto cuestionado es el art. 70.4 de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia, por lo que, como no puede ser de otro modo, el planteamiento hay que entenderlo referido a la redacción del precepto aplicable al caso, que no era otra que la aplicada en la resolución administrativa impugnada y que permanecía vigente al tiempo de suscitarse la cuestión de inconstitucionalidad, esto es, la fijada por la Ley autonómica 9/2003, de 23 de diciembre. Ocurre que, indudablemente por error, en la resolución judicial se transcribe la redacción del precepto anterior a la indicada reforma. Sin embargo, se trata de un error que en nada afecta al argumentario del propio Auto de planteamiento, ni priva de sentido a las alegaciones de las partes ni, en fin, coloca a este Tribunal en la posición de matizar su respuesta, ya que, la duda de constitucionalidad habría de ser idéntica para una u otra versión del precepto, al ser la redacción de su párrafo segundo sustancialmente la misma.

Por consiguiente, el óbice debe ser descartado, conclusión que viene también abonada por el criterio antiformalista que debe inspirar el juicio sobre la admisibilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad (STC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2) pues el interés objetivo al servicio del que existe la cuestión de inconstitucionalidad –la preservación de la sujeción de las disposiciones de ley a la Constitución– impone no detener su curso cuando, como en el presente caso, la duda de constitucionalidad es reconocible a la vista de lo que en el Auto de planteamiento se expresa (STC 155/1987, de 14 de octubre, FJ 3).

b) En segundo lugar, debemos señalar que el Auto de planteamiento cuestiona en su integridad el art. 70.4 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia, que en la redacción en ese momento vigente y aplicable al proceso *a quo* resultaba del siguiente tenor:

«En el supuesto de parto, la duración del permiso será de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en caso de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El permiso se distribuirá a opción de la funcionaria siempre y cuando seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del permiso.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en caso de que la madre y el padre trabajen, ésta, al iniciar el periodo de descanso por maternidad, podrá optar porque el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al

parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato hubiera de permanecer hospitalizado a continuación del parto, el permiso podrá computarse, a instancia de la madre o, en su defecto, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de este cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre.

En los supuestos de adopción o acogida, tanto preadoptiva como permanente, de menores de hasta seis años, el permiso tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de adopción y acogida múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, a contar a elección del funcionario, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogida, o bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. La duración del permiso será, asimismo, de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogida de menores, mayores de seis años de edad, cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por circunstancias o experiencias personales o que por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. En caso de que la madre y el padre trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos.

En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los apartados anteriores o de las que correspondan en caso de parto múltiple.

Los permisos a que se refiere el presente apartado podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, a solicitud de los funcionarios y si lo permiten las necesidades de los servicios, en los términos que reglamentariamente se determinen.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, el permiso previsto para cada caso en el presente artículo podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.»

Ahora bien, la duda de constitucionalidad está centrada exclusivamente en el segundo párrafo, que es el único contenido normativo del precepto con incidencia en la resolución del proceso *a quo* y, en consecuencia, el único cuyo análisis de constitucionalidad cabe abordar en el presente proceso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.1 LOTC.

c) Por último, es preciso señalar que aunque en el Auto de planteamiento se citen, como «indirectamente» infringidos, los arts. 39 y 41 CE, sin embargo ninguno de ellos fue mencionado en las resoluciones que dieron lugar a la apertura del trámite de audiencia a las partes *ex art.* 35 LOTC, sin que tampoco hayan sido las alegaciones de las partes las que hubiesen contribuido a ampliar el parámetro de constitucionalidad inicialmente propuesto por el órgano judicial. A ello se añade –siendo esto lo más relevante– que las dudas de constitucionalidad expresadas en el Auto de planteamiento están referidas exclusivamente a la pretendida contradicción del precepto cuestionado con el art. 14 CE, sin que ninguna argumentación específica se realice acerca de su eventual contradicción con los indicados arts. 39 y 41 CE, cuya cita no pasa de ser una alusión meramente retórica, carente de todo desarrollo autónomo en relación con el eje central de la cuestión, que es el de la invocada contradicción del precepto cuestionado con el principio de igualdad en la ley e interdicción de discriminación (art. 14 CE).

3. Una vez acotado el objeto del presente proceso constitucional, el examen de la duda de constitucionalidad debe partir de la doctrina fijada en la STC 75/2011, de 19 de mayo, en la que enjuiciamos la constitucionalidad del art. 48.4 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (precepto que regula la suspensión del contrato de trabajo en los casos de parto, adopción y acogimiento), en la redacción que le dio la Ley 39/1999, de 5 de noviembre; doctrina ya aplicada en vía de amparo por la STC 78/2011, de 6 de junio.

En aquella ocasión el Juzgado promotor de la cuestión de inconstitucionalidad consideraba que no existía justificación para que, en el supuesto de parto, el padre trabajador sólo pudiera disfrutar del periodo de descanso «voluntario» y percibir el correspondiente subsidio por maternidad, si la madre le cedía el derecho a disfrutarlo, lo que sólo era posible si se trataba de trabajadora incluida en algún régimen de la Seguridad Social que tuviera prevista esta contingencia. La cuestión de inconstitucionalidad fue desestimada en atención a consideraciones que son trasladables al presente caso, en tanto en cuanto la regulación del derecho a la obtención de permiso por razón de parto o de adopción que se contiene en el precepto ahora cuestionado es trasunto de la suspensión de la relación laboral por causa de parto o de adopción que se contemplaba en el art. 48.4 Ley del estatuto de los trabajadores (LET), en la redacción resultante del art. 5 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre.

En consecuencia, no cabe sino reiterar que este Tribunal tiene declarado, desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que «el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos» (SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; y 88/2005, de 18 de abril, FJ 5, por todas).

También hemos destacado que lo propio del juicio de igualdad es «su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas» (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que «las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma» (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5).

En la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la ya citada STC 75/2011, de 19 de mayo, en la que enjuiciamos la constitucionalidad del art. 48.4 LET, fueron dos los términos de comparación aportados por el órgano judicial para suscitar la duda de constitucionalidad: de un lado, la situación diferencial que se establecía entre mujeres y hombres (madres y padres) al configurar el derecho al descanso voluntario como originario de la madre, que podía cederlo –si así lo deseaba– al padre, siempre y cuando ambos fueran trabajadores afiliados a la Seguridad Social; de otro, la diferencia de trato, en detrimento del padre biológico, entre el supuesto de parto y el supuesto de adopción (o acogimiento).

En el presente caso, sólo esta segunda perspectiva ha sido tomada en consideración por el órgano judicial para promover la duda de constitucionalidad, por lo que nuestra respuesta debe comenzar por recordar que los supuestos de parto y de adopción son plenamente equiparables desde el punto de vista de los derechos de los hijos, pues éstos son iguales ante la ley con independencia de la filiación, como establece el art. 39.2 CE,



pero sin que eso signifique necesariamente que tengan que ser supuestos equiparables a efectos de los derechos profesionales de los progenitores y adoptantes, por ser distintas las situaciones protegidas en caso de parto (maternidad biológica) y en caso de adopción (o acogimiento).

En efecto, en el supuesto de maternidad biológica la finalidad primordial perseguida por el legislador al establecer en el precepto legal cuestionado el derecho de la funcionaria a disfrutar de permiso por parto durante dieciséis semanas ininterrumpidas (o el periodo superior que proceda en caso de parto múltiple), es preservar la salud de la madre ante un hecho biológico singular, considerando que una reincorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo tras el alumbramiento puede ser perjudicial para su completa recuperación, debiéndose hacer compatible esa protección de la condición biológica y de la salud de la mujer con la conservación de sus derechos profesionales, sin perjuicio de que puedan tenerse en cuenta otros intereses dignos de protección conectados al hecho del alumbramiento, como la lactancia natural y la especial relación de afectividad entre la madre y el neonato, por ejemplo.

Así se desprende de nuestra doctrina (SSTC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 4; 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; y 324/2006, de 20 de noviembre, FFJJ 4 y 6, por todas); y en este mismo sentido se pronuncian la normativa comunitaria (así, art. 2.7 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002; y refundida en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, declarando compatibles con el principio de igualdad de trato las disposiciones relativas a la protección de la mujer en relación con el embarazo y la maternidad, y calificando de discriminaciones directas por razón de sexo los tratos menos favorables a la mujer debidos a tales causas. Más concretamente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene señalado que el derecho al permiso de maternidad tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, como ya se ha indicado (así, Sentencias de 12 de julio de 1984, *caso Hofmann*; de 30 de abril de 1998, *caso Thibault*; de 27 de octubre de 1998, *caso Boyle y otros*; de 18 de marzo de 2004, *caso Merino Gómez*; y de 30 de septiembre de 2010, *caso Roca Álvarez*).

De ahí que en el supuesto de parto pueda hablarse con propiedad de «periodo de descanso por maternidad», distinguiéndose entre un periodo de descanso «obligatorio» (las seis semanas inmediatamente posteriores al parto) que la madre ha de disfrutar necesariamente, en aras al propósito de garantizar su recuperación; y un periodo de descanso «voluntario» (las semanas restantes), que la madre puede ceder al padre si lo estima oportuno, y siempre que el padre también trabaje.

Ello explica y justifica que, siendo el descanso por parto un derecho de la funcionaria madre, ésta pueda ceder al padre, cuando él también trabaje por cuenta ajena, el disfrute del periodo de descanso «voluntario» en su integridad o parcialmente, de suerte que si la madre no trabaja no puede ceder al padre el derecho a disfrutar de ese periodo de descanso por maternidad, pues nadie puede ceder a otro un derecho que no tiene (*nemo plus iuris quam ipse habet transferre potest*).

Cosa distinta es que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del régimen jurídico de los funcionarios y en apreciación de las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento, pudiera atribuir en este supuesto al padre, si lo estimase oportuno (como lo ha hecho en el ámbito laboral, mediante la reforma introducida en el art. 48.4 LET por la disposición adicional undécima de la Ley Orgánica 3/2007, con el propósito de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares), el derecho a la obtención del permiso, y sin que ello signifique que la opción legislativa contraria sea por ello inconstitucional (STC 75/2011, de 19 de mayo, FJ 8).

4. Por el contrario, y a diferencia de lo que sucede en el supuesto del parto, en la adopción (y en el acogimiento) no concurre la necesidad de proteger la salud de la mujer, por lo que la decisión del legislador de extender al supuesto de la adopción de menores de corta edad el derecho a la concesión del permiso por maternidad tiene una finalidad diferente al supuesto tradicional del permiso por parto, pues no se trata de garantizar la recuperación de la madre mediante el derecho a permiso durante un periodo determinado, sino de facilitar la integración del menor adoptado o acogido en la familia adoptiva o de acogimiento, y de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares.

Por ello, en el supuesto de adopción (o de acogimiento), cuando ambos padres trabajen por cuenta ajena, el derecho al permiso durante el periodo establecido, que se equipara en su duración a lo establecido para el supuesto de parto, corresponde *ex lege* indistintamente al padre o madre, a elección de los propios interesados, pues no existe razón para dar preferencia en el disfrute del derecho a uno de los padres sobre el otro (antes bien, de establecerse tal preferencia podría ser tachada de discriminatoria por razón de sexo y en consecuencia contraria al art. 14 CE), mientras que si sólo uno de los padres es funcionario o trabajador incluido en un régimen de la Seguridad Social, el derecho al periodo de descanso legalmente establecido le corresponderá a aquél en exclusiva, como es lógico, puesto que sólo él puede ser titular del derecho en este caso.

En conclusión de todo lo señalado podemos afirmar que la regulación del derecho al permiso por razón de parto por el art. 70.4 de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia, en cuanto permite a la madre ceder al padre el disfrute del periodo de descanso «voluntario» sólo en el caso de que ambos trabajen, quedando excluida la posibilidad de cesión al padre del disfrute de ese periodo cuando la madre no fuese funcionaria o trabajadora incluida en algún régimen de la Seguridad Social, no vulnera el art. 14 CE, lo que determina la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido,

Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad de núm. 648-2006.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintinueve de septiembre de dos mil once.—Pascual Sala Sánchez.—Eugeni Gay Montalvo.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Ramón Rodríguez Arribas.—Manuel Aragón Reyes.—Francisco José Hernando Santiago.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Firmado y rubricado.